Observatorio de los contratos públicos 2013

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
(Director)
MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY
(Coordinador)

Observatorio de los contratos públicos 2013

AUTORES

JORGE AGUDO GONZÁLEZ
MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY
BORJA COLÓN DE CARVAJAL FIBLA
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÙ
MARÍA HERNANDO RYDINGS
ANTONIO LÓPEZ MIÑO
TERESA MEDINA ARNÁIZ
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA
PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ
JULIO TEJEDOR BIELSA
FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA

Universidad Zaragoza
1542

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición, 2014

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

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).

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

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited.

© 2014 [Thomson Reuters (Legal) Limited /Jose María Gimeno Feliu]
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-9059-706-4
Depósito Legal: NA 1336/2014
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 23

I. REFLEXIONES GENERALES

CAPÍTULO 1

TRANSPARENCIA ACTIVA E INTEGRIDAD: POSIBILIDADES Y LÍMITES ACTUALES EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS 27

1. Ideas previas: importancia económica y social de la contratación pública 27

2. El principio de transparencia en la contratación: función y significado. Su carácter instrumental en relación a la eficiencia 36

3. La transparencia en la legislación de contratos: límites y posibilidades 56

4. El principio de transparencia como derecho a la información y complemento del derecho a buena administración 71

5. Reflexiones finales 77

CAPÍTULO 2

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 81

Página

I. LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD PÚBLICA: EL SIGNIFICADO DE LAS LEYES DE TRANSPARENCIA 82

II. LAS EXIGENCIAS DE PUBLICIDAD ACTIVA EN LA LEY 19/2013, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA Y BUEN GOBIERNO 86

III. LA TRANSPARENCIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 90

IV. LA CONTRATACIÓN ABIERTA 96

V. LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA EN MATERIA DE CONTRATOS, EN LA LEY 19/2013, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PUBLICA Y BUEN GOBIERNO 98

1. Los sujetos de las obligaciones de publicidad activa sobre los contratos públicos 100

2. Información que debe publicarse en el Portal de Transparencia respecto de los contratos 104

3. La publicidad sobre convenios y encomiendas de gestión 111

4. Las obligaciones de los prestadores de servicios públicos y de los adjudicatarios de contratos públicos 115

VI. LAS NORMAS AUTONOMICAS SOBRE TRANSPARENCIA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 117

II. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO 3

LA INFLUENCIA DEL ACUERDO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA OMC SOBRE LA DIRECTIVA 2014/24/UE . . 123

I. LA NUEVA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU INCORPORACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ACP 124

Página

II. OBJETIVOS DEL ACP Y DE SU RECIENTE PROCESO DE REVISIÓN 127

III. LA ADOPCIÓN DEL ACP POR LA UNIÓN EUROPEA Y LAS MEDIDAS PREVISTAS POR ÉSTA PARA IMPULSAR EL ACCESO RECÍPROCO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS DE TERCEROS PAÍSES AL MERCADO DE LA UE Y DE LAS EMPRESAS EUROPEAS A LOS MERCADOS DE AQUELLOS 130

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ACP Y UMBRALES. INFLUENCIA SOBRE LA DIRECTIVA 2014/24 133

V. RECONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN 137

1. La novedosa regulación de los principios en el ACP reformado 137

2. Los principios en la Directiva 2014/24 y en la jurisprudencia del TJUE 139

VI. LA COINCIDENCIA ENTRE EL ACP Y LA DIRECTIVA 2014/24 EN SU IMPULSO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. 143

VII. INTEGRIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES 148

VIII. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN Y NEGOCIACIÓN 152

IX. LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DEL ACP . . 158

X. LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA ONU 159

XI. HACIA UN DERECHO GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 162

CAPÍTULO 4

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN LA NUEVA DIRECTIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA 165

Página

I. INTRODUCCIÓN: LA RECURRENTE BÚSQUEDA DE LA MODERNIZACIÓN Y LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN PÚBLICA 166

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN LA LLAMADA «CUARTA GENERACIÓN» DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN 173

1. El diseño asimétrico de los procedimientos de adjudicación en el Derecho de la Unión Europea 173

2. Propuesta de clasificación de los procedimientos de adjudicación contenidos en la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública 177

III. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS POR LA DIRECTIVA 2014/24/UE. 181

1. Las escasas novedades en la regulación del procedimiento abierto 181

2. Las escasas novedades en la regulación del procedimiento restringido 183

IV. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS CON NEGOCIACIÓN POR LA DIRECTIVA 2014/24/UE 186

1. Supuestos que permiten la inclusión de un procedimiento con negociación 186

2 Procedimiento de licitación con negociación 196

3. Diálogo competitivo 205

4. Asociación para la innovación 210

V. LAS ESCASAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD PREVIA 217

VI. CONSIDERACIONES FINALES 229

Página

CAPÍTULO 5

PRINCIPIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO PREVIOS A LA COMERCIALIZACIÓN (O COMPRA PÚBLICA PRE-COMERCIAL)* 233

I. EL DECIDIDO APOYO A LA INNOVACIÓN DESDE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 234

1. Las Directivas de contratos públicos «de cuarta generación» y el uso estratégico de la contratación pública para favorecer la innovación 234

2. El concepto de «innovación» a afectos de las Directivas de contratos públicos. 237

II. LA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA Y SUS MODALIDADES 242

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO PREVIOS A LA COMERCIALIZACIÓN (O COMPRA PÚBLICA PRE-COMERCIAL). 244

1. ¿Qué es la compra pública pre-comercial? 244

2. La compra pública pre-comercial excluida del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratos públicos 246

3. La adjudicación de servicios de investigación y desarrollo pre-comercial: Los principios generales y su materialización en experiencias concretas 249

a) Los principios de publicidad y transparencia 253

b) La concurrencia en la fase de investigación 256

c) El principio de igualdad 259

d) El principio de confidencialidad y su alcance 259

e) Elección de la oferta más ventajosa. En especial, la gestión compartida de la popiedad intelectual e industrial derivada 262

Página

4. Las ayudas de Estado como límite 265

IV. CONCLUSIONES. 269

CAPÍTULO 6

LOS CONFLICTOS DE INTERESES LLEGAN A LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA 271

I. INTRODUCCIÓN 271

II. LAS IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 274

III. LOS CONFLICTOS DE INTERESES 280

1. La noción de «conflicto de intereses» 281

2. Identificación de las circunstancias en las que pueden surgir conflictos de intereses 284

IV. LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LA NORMATIVA CONTRACTUAL 285

1. El Reglamento financiero y sus normas de desarrollo. 287

2. El Acuerdo sobre Contratación Pública 289

3. La Ley Modelo sobre la contratación pública. 289

4. Las Directivas de la Unión Europea del año 2004 291

V. EL NUEVO MARCO JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 293

VI. BIBLIOGRAFÍA 300

CAPÍTULO 7

REVISIÓN DE PRECIOS Y RÉGIMEN DE DESINDEXACIÓN. 303

Página

1. Sobre las novedades incorporadas por la Disposición Adicional Octogésima octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 303

1.2. Ámbito de aplicación subjetivo. Carácter básico 305

1.3. Ámbito de aplicación objetivo 308

1.4. Ámbito de aplicación temporal 310

1.4.1. Contratos afectados 310

1.4.2. Referencia al carácter coyuntural y, por ello, a una supuesta eficacia temporal de la disposición 310

1.5. Intento de análisis sustantivo de la disposición 312

1.6. Consecuencias prácticas y reflexiones 316

2. Análisis de las modificaciones en materia de revisión de precios que incorpora el Proyecto de Ley de desindexación de la Economía Española 317

2.1. Régimen de aplicación de la futura Ley 322

2.2. Tipos de revisión de precios 324

2.3. Otras novedades 325

CAPÍTULO 8

EL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL COMO INTENTO DE DEPURACIÓN FORMAL DE ESTE TIPO DE PROCEDIMIENTOS 329

I. BREVE RECORDATORIO ACERCA DEL MARCO JURÍDICO Y ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL SISTEMA DE RECURSOS Y RECLAMACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 330

Página

II. EL PROYECTO DE REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL: ANÁLISIS DE LA RECEPCIÓN DE LOS CRITERIOS DOCTRINALES FIJADOS POR LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES 336

1. Precisiones previas 336

2. Precisiones que incorpora el reglamento sobre el Tribunal Central de recursos contractuales 338

3. Precisiones aplicables al procedimiento. 340

3.1. La interposición del recurso especial, la reclamación y la cuestión de nulidad: el anuncio previo, el lugar de presentación, el plazo de interposición y la legitimación 341

3.2. Solicitud de medidas provisionales 350

3.3 Prueba 352

3.4 Indemnización de daños y perjuicios 353

3.5 Utilización de medios electrónicos 354

III. CONSIDERACIÓN FINAL 356

III. CUESTIONES DE ÁMBITO SECTORIAL

CAPÍTULO 9

SOCIEDADES LOCALES, IDONEIDAD DE MEDIOS PROPIOS Y RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN 361

I. AUTONOMÍA MUNICIPAL Y SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS 362

II. EMPRESAS PÚBLICAS, SERVICIOS PÚBLICOS E INICIATIVA LOCAL EN ACTIVIDADES ECONÓMICAS . . . 375

1. Sociedades mercantiles y servicios públicos locales. 375

Página

2. Sociedades mercantiles e iniciativa en el ejercicio de actividades económicas 383

III. LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL PÚBLICO COMO MEDIO PROPIO O ADJUDICATARIAS DIRECTAS DE CONTRATOS PÚBLICOS 385

1. Gestión directa mediante sociedad mercantil: medios propios y entidad instrumental 385

2. Gestión indirecta mediante empresa de economía mixta: elección del socio privado y adjudicación de contratos públicos 395

IV. LOS ENCARGOS DE EJECUCIÓN EN LA GESTIÓN DIRECTA POR SOCIEDAD MERCANTIL 400

1. Encomienda de gestión vs. encargo a entidad instrumental . . . 400

2. Ejecución por administración *vs.* encargo a entidad instrumental. Idoneidad del medio propio y límites a la contratación 402

V. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS QUE GESTIONAN DIRECTAMENTE O INDIRECTAMENTE SERVICIOS PÚBLICOS 409

1. Régimen jurídico de contratación de sociedades mercantiles de capital íntegramente público. Subcontratación e idoneidad . . . 410

2. Régimen de contratación de sociedades mercantiles mixtas y de otras personas o entidades privadas 418

3. Sociedades participadas o vinculadas directa o indirectamente a entidades sujetas que no desarrollen actividades de interés público o general 420

BIBLIOGRAFÍA 421

Página

CAPÍTULO 10

COLUSIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA *(BID RIGGING)*: PROPUESTAS PARA COMBATIRLA EFICAZMENTE Y POSIBILIDADES QUE OFRECE LA DIRECTIVA 2014/24/UE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA* 425

I. INTRODUCCIÓN 426

II. INOPERATIVIDAD DE LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN PARA EVITAR LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS 431

III. PROPUESTAS PARA COMBATIR LA COLUSIÓN EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 438

1. Cláusulas anticolusorias incluidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares 440

a) Indicaciones relativas a los aspectos de la contratación de más fácil manipulación. 440

b) El compromiso del licitador de no incurrir en prácticas colusorias 444

c) El placet comunitario: la sentencia PC-WARE . . . 449

2. Fórmulas orgánicas de protección de la competencia en la contratación pública 451

IV. LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA DECLARACIÓN JURADA DEL LICITADOR Y SU EXCLUSIÓN POR INCURRIR EN PRÁCTICAS COLUSORIAS 455

1. Consideraciones generales. 455

2. Exclusión inicial del operador jurídico: Prohibición de contratar 458

3. Exclusión durante la tramitación del procedimiento de contratación 465

Página

V. INTERVENCIÓN NO SANCIONADORA DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 467

VI. LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ESPAÑOL . . 468

1. Informes dirigidos a modificar normas o actuaciones públicas contrarias a la competencia 469

2. La Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia. Los mecanismos reactivos frente a las infracciones anticompetitivas. En particular, el artículo 12.3 LDC 472

VII. EL AMIGO AMERICANO 477

1. La obligación de notificar las evidencias de conductas anticompetitivas en el procedimiento de contratación 478

2. Exclusión temporal y definitiva de los participantes en el cártel 479

a) Suspensión 479

b) Prohibición de contratar (debarment) 480

3. La «*Competition Advocacy*» 481

a) Organización 481

b) Funciones 483

CAPÍTULO 11

EL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA 489

I. INTRODUCCIÓN 489

II. EL ORIGEN DE LOS PRIMEROS VÍNCULOS ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO 492

1. El modelo concesional español 492

2. La difícil relación entre la concesión administrativa y el CPP . . 497

Página

III. ÉXITO Y FRACASO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA 499

1. El origen del CPP 499

2. El dilema conceptual sobre la naturaleza del CPP 501

3. El difícil camino hacia la consolidación del CPP 505

4. Y entonces llegó la crisis… 508

IV. LA CAÍDA DEL MITO, HACIA UNA NUEVA FORMA DE ENTENDER LA COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO 513

V. CONCLUSIONES 520

BIBLIOGRAFÍA 523

IV. OBSERVATORIO DE CONTRATOS PÚBLICOS

CAPÍTULO 12

OBSERVATORIO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2013 527

I. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2013 529

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NECESIDAD DE EXISTENCIA DE TRIBUNALES AUTONÓMICOS EN MATERIA DE RECURSO 535

III. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2013 . . . 542

1. Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 543

2. Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) 544

Página

3. Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TCPCM) 544

4. Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (TARCA) 545

5. Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña (OARCC) 546

6. Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco 547

7. Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCYL) 547

8. Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra (TACPNA) 547

IV. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS PROCESALES O DE FORMA DEL RECURSO . . . 548

1. La calificación del contrato 548

2. Contratos de gestión de servicios públicos y cálculo de gastos de primer establecimiento 552

3. Actos recurribles 553

4. La imposibilidad de emplear el recurso especial para recurrir la exclusión y para la adjudicación 554

5. Legitimación para recurrir 555

5.1. La actividad del recurrente debe estar relacionada con el objeto del contrato 555

5.2. El recurrente debe haber participado en la licitación o haber podido participar en caso de modificación del condicionado 556

5.3. Grupo de trabajadores 559

5.4. Representantes de trabajadores 559

5.5. Legitimación individual de los concejales 559

5.6. Legitimación de asociaciones 561

6. Plazo de presentación del recurso 561

Página

6.1. Recurso contra Pliegos que se dan a conocer mediante su publicación electrónica 562

7. Existencia de prejudicialidad a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa 563

V. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS MATERIALES O DE FONDO DEL RECURSO . . 564

1. Los Pliegos que han de regir la adjudicación y ejecución del contrato 564

1.1. Requisitos de solvencia 565

1.1.1. Proporcionalidad de los requisitos de solvencia . . 565

1.1.2. Determinación y acumulación de los requisitos de solvencia 565

1.1.3. Disponibilidad de medios 569

1.1.4. La solvencia cuando existen varios lotes 570

1.1.5. Criterios de solvencia versus criterios de adjudicación versus condiciones de ejecución 571

1.1.6. La Mesa debe verificar, cuando proceda, la solvencia 575

1.2. Los criterios de adjudicación 578

1.2.1. La forma de valorar los criterios de adjudicación. La necesidad de determinación previa 578

1.2.2. La solicitud de aclaraciones a los licitadores. 583

1.2.3. La valoración de las mejoras 583

1.2.4. Criterios de adjudicación inadmisibles. 587

2. La no exclusión de ofertas. Especial referencia a los errores si fueron causados por el poder adjudicador 588

3. Las Resoluciones de adjudicación 590

3.1. La motivación. Fundamento esencial en la adjudicación 590

Página

3.2. El desistimiento de uno de los integrantes UTE no es óbice para adjudicación en favor de los restantes componentes 592

3.3. Ofertas anormales o desproporcionadas 593

3.4. La falta de adjudicación en plazo no es susceptible de recurso especial 596

4. Administración electrónica Versus contratación pública 597

4.1. Notificación por medios electrónicos 598

4.2. ¿Puede obligarse a la presentación exclusivamente electrónica de ofertas? 599

5. Otras cuestiones de interés 600

5.1. El procedimiento negociado 600

5.2. Cláusulas de subrogación 604

5.3. La posibilidad de incluir dentro de un mismo contrato objetos distintos. Los contratos de gestión integral 604

5.4. La cesión del contrato como modificación subjetiva 610

V. ANEXO

REUNIÓN DE COORDINACIÓN DE TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES. SEVILLA, 7 NOVIEMBRE 2013 617

Cuestiones planteadas en el orden del día de la reunión: 619

1. Recalificación de contratos ya formalizados y tramitación del recurso especial. Alcance de la estimación del recurso. Anulación del procedimiento de adjudicación y del contrato formalizado. Supuestos de deslinde entre la cuestión de nulidad y el recurso especial en los casos de contrato formalizados . . . 619

2. Extensión del recurso especial a los actos previos a la aprobación de los pliegos y que pueden ser determinantes de la nulidad de todo el procedimiento de adjudicación 621

Página

3. Ámbito del recurso especial: conocimiento de cualquier infracción del ordenamiento jurídico o solo de infracciones del ordenamiento jurídico contractual 621

3. Aplicación de las medias aritméticas para la valoración del precio como criterio de adjudicación 621

4. Medidas provisionales. Suspensión automática del procedimiento. Levantamiento: 622

5. Resoluciones de inadmisión por incompetencia del Tribunal. Levantamiento o no de la suspensión automática del procedimiento 623

6. Lugar de presentación del recurso especial. Presentación en la sede de otro Tribunal dentro del mismo territorio 623

7. Plazo de interposición del recurso especial. Sentencia 3295/2013 del Tribunal Supremo sobre la presentación del recurso por correo 624

8. Impugnación de resoluciones de los Tribunales de Recursos Contractuales ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Emplazamientos y remisión del expediente al órgano judicial . 624

Presentación

Tiene el lector una nueva «entrega» del Observatorio de los contratos públicos, el de 2013, que consolida un proyecto de investigación con el objetivo de dar cuenta de las principales novedades en materia de contratos públicos y de aportar reflexiones prácticas que permitan tanto una mejor gestión «como orientar» al legislador sobre posibles reformas normativas.

En esta obra se da cuenta de las principales novedades en materia de contratación pública en 2013, con especial atención a las consecuencias de las nuevas Directivas comunitarias de 2014.

Este año 2014 ha sido aprobado un nuevo paquete de Directivas europeas que habrán de ser incorporadas a los ordenamientos nacionales a más tardar en 18 de abril de 2016. Los objetivos de estas nuevas Directivas son los de incrementar la eficiencia de los procedimientos de contratación pública (mediante la simplificación de sus procedimientos), así como el de permitir una mayor utilización de los contratos públicos en apoyo de políticas públicas. Un primer análisis de esas Directivas, y de las novedades que introducen en la regulación de los contratos públicos, es el que se encuentra en esta nueva –la cuarta– edición del Observatorio de contratos públicos, que ve la luz de nuevo gracias al apoyo del Ministerio de Economía y Competitividad (Proyecto de investigación DER2012-39003-C02-01).

De igual manera se incluyen en esta nueva edición del Observatorio algunas reflexiones sobre la influencia que tiene el principio de transparencia, cuyo alcance ha sido recientemente delimitado por la normativa estatal y autonómica, sobre los procedimientos de contratación pública.

Asimismo, como en ocasiones anteriores, se da cuenta de las principal doctrina de las resoluciones de los distintos órganos de recursos contractuales, cuya consolidación ofrece un muevo marco jurídico de referencia, y, por ello, se incluyen los acuerdos de «coordinación» que estos órganos han adoptado este último año, en la idea de aportar mayor seguridad jurídica y predictibilidad.

I. Reflexiones generales

Capítulo 1

Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: 1. IDEAS PREVIAS: IMPORTANCIA ECONÓMICA Y SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN: FUNCIÓN Y SIGNIFICADO. SU CARÁCTER INSTRUMENTAL EN RELACIÓN A LA EFICIENCIA. 3. LA TRANSPARENCIA EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS: LÍMITES Y POSIBILIDADES. 4. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA COMO DERECHO A LA INFORMACIÓN Y COMPLEMENTO DEL DERECHO A BUENA ADMINISTRACIÓN. 5. REFLEXIONES FINALES.

1. IDEAS PREVIAS: IMPORTANCIA ECONÓMICA Y SOCIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El sector de los contratos públicos es, hoy en día, de máxima actualidad no sólo por novedades de índole jurídica, sino también por la incidencia que el mismo tiene en el diseño y efectividad de las políticas públicas de los estados[1]. La Directiva comunitaria 2004/18, de 31 de marzo, de contratos públicos (acompañada para los sectores especiales

1. *Vid*. J. M. Gimeno Feliu, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*. Madrid: Civitas, 2006, pp. 16 a 18. Más reciente; mi trabajo «Compra pública estratégica», en libro colectivo Contratación publica estratégica / coord. por Juan José Pernas García, Civitas, Cizur Menor, 2013, págs. 45-80

de la Directiva 2004/17) pretendía responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicado res como por los poderes económicos buscando una mayor eficiencia y una mejor eficacia[2], amén de confirmar la tendencia hacia la formación de un derecho común europeo, obligan a una reflexión sobre sus consecuencias en la práctica administrativa nacional[3]. Criterio consolidado con el nuevo paquete legislativo comunitario de 2014: Directivas números 23 24 y 25 de 2014 (con fecha de publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014):[4].

La derogada Directiva 2004/18 ya lo indicaba claramente, en sus «considerandos»:

> *[...] responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales […] contenidos en el Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los prin-*

2. Por todos G. Vara Arribas, «Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública», *Revista Española de Derecho Comunitario,* 2008, núm. 26, pp. 115-150.
3. Sobre el contenido de la misma, con visión propedéutica, puede consultarse el trabajo de M. Fernández García, «La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo», *Revista de Administración Pública* 2005, núm. 166, pp. 281-320.
4. 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 y J.M Gimeno Feliu, «Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», Revista Española de Derecho Administrativo núm. 159, 2013, pp 25-89.

> *cipios que de estas libertades se derivan,* ***como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia****. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública.* [5]

5. (Negrita nuestra.) Los contratos públicos, al margen del umbral económico –insistimos en esta importante idea– están sometidos a ciertos principios que tienen una vis expansiva que alcanza incluso a los contratos públicos excluidos. Así lo ha puesto de relieve la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de octubre de 2005, (Parking Brixen GMBH) al afirmar que los artículos 43 CE y 49 TCE, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad pública adjudique, sin licitación previa, una concesión de servicios públicos a una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de dicha autoridad pública, sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero y cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercer de forma autónoma. Y es que los principios sobre los que se basa la actual regulación comunitaria de los contratos públicos, cómo ya destacó Borrajo Iniesta para el anterior sistema de contratación pública comunitaria, guardan relación directa con las libertades fundamentales, presentando dos características: una primera, la de informar la normativa comunitaria y constituir instrumento básico de interpretación; la segunda, actuar como poder integrador ante lagunas del ordenamiento jurídico. Y aquí debe tenerse muy en cuenta el destacado papel que en este punto debe desempeñar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, destinado a ser motor, a través de su jurisprudencia, de la auténtica consecución e implantación de los principios recogidos en la normativa sobre contratación pública. Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a mi trabajo *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*. Madrid: Civitas, 2003. Más recientemente puede consultarse el libro de J. A. Moreno Molina, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*. Albacete: Bomarzo, 2006; y del mismo autor «El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación», *Administración y justicia, un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Pamplona: Thomson, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II.

Por supuesto, esta misma idea sobre los principios es recogida en la nueva Directiva 2014/24, de contratación pública:

> «*La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia (cdo 1*)».

Interesa destacar que este principio de transparencia –junto con los de igualdad de trato y no discriminación– se fundamentan en los Tratados de la Unión (derecho originario), por lo que su vis atractiva alcanza a todo contrato al margen del concreto importe y no es admisible una interpretación «relajada» por tal circunstancia. Desde este primer considerando de la nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, se resalta la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados Miembros (una previsión similar, como es sabido, se recogía el considerando segundo de la Directiva 2004/18/CE). Se identifican estos principios con los reconocidos por «el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia» y se hace alusión reiterada a los mismos a lo largo de toda la exposición de motivos de la Directiva (considerandos 12, 31, 40, 58, 68, 101, 114 y 136). Principios que, debe insistirse, se aplican a todo contrato, al margen del concreto importe, en tanto tienen su fundamento en el TFUE. Esto significa que los referidos 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[6]. Interpretación que resulto avalada por la Comuni-

6. Vid. el trabajo de J. A. Moreno Molina «Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada», RAP núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización

cación 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)[7]. Y esta ha sido la posición firme adoptada por el TJUE. Así, en su sentencia de 14 de junio de 2007 (Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio) aplica los principios del Tratado en contratos que no alcanzaban el umbral comunitario[8]:

> «*efectivamente, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha calificado al Venizeleio-Pananeio de "entidad adjudicadora". Esta calificación también la admite el Gobierno griego, el cual declaró en la vista que dicho hospital es un organismo de Derecho público asimilado al Estado. Ahora bien, en virtud de una reiterada jurisprudencia, aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario haya regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de estas últimas, sin embargo, las entidades contratantes que celebran*

---

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 Leon, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. «La influencia del Derecho comunitario en al 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.

7. 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
8. Y la más reciente de Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, Wall AG (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main – Alemania) en la que se insiste en la idea de que una concesión de servicios –excluida del ámbito de aplicación– está sometida a los principios del Tratado.

> *un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. P. I-10745, apartados 60 y 61; auto Vestergaard, antes citado, apartados 20 y 21; sentencias de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. P. I-7287, apartados 16 y 17, y de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. P. I-8585, apartados 46 a 48)».*

Por ello, el contenido «armonizado» que se propone en las Directivas, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posibles regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública[9]. Las transposiciones nacionales no tienen, por tanto, libre disposición para falsear estos principios en los contratos no armonizados.

Fijado el carácter estructurante de este principio de transparencia –íntimamente vinculado con el principio de igualdad de trato–, procede también contextualizar su significado en el contexto de la compra

9. Una que debe corregirse ejemplo (ver mi opinión «La obligación de publicidad de todas las adjudicaciones en la plataforma de contratos del sector público. hacia una efectiva política de transparencia», en *www. obcp. es*) es la consecuencia que se deriva de que en los contratos no armonizados (no sujetos al umbral fijado por la normativa comunitaria), ya que 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» parece peligrosa, pues pueden proliferar distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que pueden ser 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 potenciando la compra del «cercano» e impidiendo el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala e impedir el 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. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública (más de 10,000, según indica la nota técnica del Observatorio de Administración electrónica en mayo de 2014.)

pública. Sin olvidar, claro, que guarda íntima relación con la cultura de nueva gobernanza[10].

En primer lugar, la contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar, y reflexionar sobre, la función y el efecto de la trasparencia[11]. Y ello por dos motivos principales. Primero, 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%[12]. Una adecuada y efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos –de especial interés en un contexto de reducción del

10. 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 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, pág. 8.
11. Principio de publicidad (y competencia) que ya han 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. Coordinado por B. Pendas, *Derecho de los contratos públicos*, Práxis, Madrid, 1995, pp. 25 a 25.
12. 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 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.

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). 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).

En el ámbito de la contratación pública, la apertura a la competencia para conseguir una gestión más eficiente precisa, ante todo, la introducción de incentivos que impulsen a los compradores públicos y aquellos dotados de derechos especiales exclusivos a realizar adquisiciones aplicando procedimientos competitivos. Ello explica el fundamento de las directivas comunitarias que pretenden un mercado competitivo y eficiente que respete el principio de igualdad de trato. En el conocido estudio Atkins de 1984, se resaltaba el triple efecto beneficioso que tendría la unificación y aplicación de la normativa relativa a la contratación pública:

a) Un efecto estático consistente en la reducción del gasto público.

b) Un efecto competitivo cifrado básicamente en la reducción de los precios lo que, obviamente, contribuirá a la satisfacción de otro de los fines principales del TFUE: la lucha contra la inflación.

c) Un efecto de reestructuración derivado de la aplicación de los principios de la economía de escala. Por ello, dada la importancia que tiene para la consecución de un auténtico mercado interior, debe favorecerse la apertura de la contratación pública (como manifestación del interés general para toda la Comunidad).

El impacto económico, desde una perspectiva de estabilidad presupuestaria, es evidente, y por sí mismo aconsejaría una revisión del modelo de transparencia con el fin de conseguir la mejor optimización de fondos públicos (evidente alternativa a la opción de ajustar otros capítulos presupuestarios sin testar un modelo más eficiente) preservando el mismo nivel de eficacia (o calidad) de la prestación que se contrata.

El segundo motivo está directamente ligado con la integridad, en tanto la realidad nos presenta como en este escenario concurren nume-

rosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas y, por supuesto, pérdida de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas[13]. Este objetivo de transparencia forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley orgánica 1/2008, de 31 de julio)[14]. Sin transparencia existe el riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un estado de derecho y que supone negar el derecho a una buen administración. Por el contrario, una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada[15].

13. Estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z.* Madrid: INAP, 2010, como el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos, de 25 de junio de 2008-SEC(2008) 2193-). *Vid*. J. M. Gimeno Feliu, «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2010, núm. 147, pp. 517-535. Lo acaba de poner de manifiesto el Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE presentado por la Comisión (3 de febrero de 2014): *http://ec.europa.eu/anti-corruption-report*. Resultan de interés las reflexiones de J. Vazquez 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.*

14. Por todos, J. Ponce, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Valladolid: Lex Nova, 2001; 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, núm. 30, pp. 445 y ss; J. Tornos Mas, «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor doctor Lorenzo Martín-Retortillo. Volumen I*. Zaragoza: Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y otros, 2008, pp. 629-642 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.

15. El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas;

En estos dos contextos conviene analizar las posibilidades del principio de transparencia en la contratación pública[16].

2. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN: FUNCIÓN Y SIGNIFICADO. SU CARÁCTER INSTRUMENTAL EN RELACIÓN A LA EFICIENCIA

Un objetivo principal de esta normativa comunitaria –que se contiene en el artículo 1 TRLCSP– es garantizar la eficiencia en la gestión de los fondos públicos[17]. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador

---

subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre «*Contratación pública y gestión de la hacienda pública*», donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

16. Sobre este vuestra resulta de interés el reciente estudio de P. Valcárcel Fernández, «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», en libro homenaje al profesor J. Santamaria titulado *Por el derecho y la libertad,* vol.II iustel, 2014, pp. 1901-1931.

17. *Vid*. J. M. Gimeno Feliu, «El principio de eficiencia», en libro col dirigido por J. Santamaría, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo.* Madrid: La Ley, 2010; M. Vaquer Caballería, «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 2011, núm. 186, pp. 91 y ss. En la búsqueda de la eficiencia debe tenderse a economías de escala (es decir, cuando el coste de elaboración o prestación de un determinado producto o servicio decrece a medida que se incrementa el número de unidades elaboradas o de servicios efectuados) o cuando se dan economías de densidad (es decir, cuando el coste de distribución de un determinado producto o servicio decrece a medida que se incrementa el número de potenciales perceptores o usuarios radicados en el área de reparto o prestación de dicho producto o servicio). sobre estas externalidades, el *Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local,* Madrid, 2005 *(http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Monografias/parrafo/01111111111111118/text_es_files/Libro-Blanco-Gobierno-Local.pdf*, consultado en noviembre de 2012.

potencial, una publicidad adecuada que permita abrir el mercado de servicios a la competencia y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, ARGE).

Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta:

a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales;

b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados.

En materia de contratación pública, el significado del principio de transparencia fue 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, 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 siguientes).

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 em-

presarial, 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)[18].

Cuestión que queda «cerrada» con la doctrina fijada por la STJUE de 19 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general al supuesto que nos ocupa:

> *«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 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*

18. 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.

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 estas 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[19]. También, debe servir para evitar que mediante fraccionamiento del objeto contractual se eludan los principios de publicidad y concurrencia[20].

Dicho esto, casa mal con este principio de transparencia la existencia de zonas opacas al mismo en la contratación como son los contratos menores y los procedimientos negociados sin publicidad. El artículo 138.3 TRLCSP –junto con el artículo 111 TRLCSP– establece que un contrato menor puede adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar. Se puede considerar contrato menor de obras el de importe inferior a 50.000€ (IVA excluido); en cualquier otro contrato cuando su importe sea inferior a 18.000€ (IVA excluido), la disposición adicional duodécima habilita contratar como contrato menor, sea cual sea su importe económico, siempre que no llegue al contrato armonizado, la suscripción a revistas y otras publicaciones así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas[21]. El mantenimiento de este procedimiento simplificado –que en muchas ocasiones sirve para fragmentar el objeto del contrato[22]– no parece una medida acertada (por mucho que convenza desde la

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

20. 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.

21. El IVA no computa a los efectos de este límite, al aplicarse la regla del artículo 89 TRLCSP. En este sentido se posiciona la Circular de la Abogacía del Estado 3/2008 y el Informe núm. 26/2008 de 2 diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

22. El Informe 9/2009, de 15 de junio de 2009, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía sobre fraccionamiento y contratos menores señala sobre esta cuestión lo siguiente: «[...] Los diversos aspectos planteados por el órgano consultante en torno a la problemática del fraccionamiento en la contratación pública, se encuentran íntimamente unidos a la categoría legal de los contratos menores ya que, en la generalidad de los casos, el uso de la contratación menor y su apariencia de legalidad constituye el cauce habitual que se emplea para incumplir los correspondientes preceptos legales sobre publicidad y sobre procedimiento de adjudicación.». Y más adelante prosigue: «[...] debe compren-

utilidad práctica de la gestión[23]) en tanto se restringe indebidamente la concurrencia (se confunde gasto menor con contrato menor identificando éste con la adjudicación directa sin concurrencia)[24]. Estamos, en definitiva, ante una de las zonas más oscuras de la contratación pública[25].

Entiendo que esta figura debería desaparecer –o al menos regularse de forma más adecuada y «limitar» los efectos de estas prácticas– y sustituirse por uno simplificado (siguiendo, por ejemplo, el modelo en la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra)[26]. O, como ha optado la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, al regular los contratos menores, y exigir al menos tres ofertas por encima del umbral de 6.000€ (30.000€ en obras) y configurar un trámite simplificado –con posibi-

---

derse que la tramitación del contrato menor exige cumplida acreditación de su objeto e importe; requisitos estos que, si bien son exigibles de cualquier tipo de contrato, en éste son absolutamente relevantes por su carácter definitorio y por constituir factores que condicionan su propia existencia, validez y operatividad, en tanto que se eligen en presupuesto normativo para acudir al régimen jurídico excepcional que le es propio.»

23. Así lo valora positivamente J.M. Galán Del Fresno, «La regulación del contrato menor en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, 2009, núm. 84, pp. 57 y ss.

24. Idéntica opinión sostiene 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», *op. cit*., p. 212. Esta figura exigirá consulta vía correo electrónico en tres licitaciones y limitar la acumulación de contratos idénticos en un mismo contratista.

25. *Vid*. F. Blanco Lopez, «Procedimientos de adjudicación de los contrato públicos en la LCSP», en libro col. *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local / Institución Fernando el Católico, 2008, pp. 177-180.

26. Y es que, aceptando la definición de R. Rivero Ortega, el precio de los contratos públicos debe ser el resultado de un procedimiento de búsqueda de una oferta de mercado, competitiva y ajustada al tipo de prestación realizada, con previa determinación legal o contractual de sus posibles variaciones. «El precio de los contratos públicos», en libro col. *La contratación pública*. Buenos Aires: Hammulabi Ed., 2007, p. 902. En cualquier caso, como bien recuerda el Informe 1/2009, de 25 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado es plenamente exigible el requisito de no estar incurso en las prohibiciones de contratar del artículo 43 LCSP.

lidad de tramitación electrónica– del procedimiento abierto[27]. O, mediante normativa interna (por ejemplo, bases ejecución presupuestaria) introducir adecuadas dosis de concurrencia[28].

Otro tanto sucede con el procedimiento negociado sin publicidad, configurado para supuestos tasados y excepcionales[29] y que es utilizado –especialmente cuando se elige por la cuantía– de forma intensa e inde-

27. Esta norma supone un importante avance al tener por objetivo facilitar y simplificar la gestión desde una perspectiva de utilización de los recursos públicos más eficiente y objetiva. Con fecha de 15 de abril de 2011 se publicó en el Diario Oficial del Congreso de los Diputados la Proposición de Ley Orgánica de principios y medidas contra la corrupción y por la transparencia en la gestión pública, presentada por el Grupo Mixto. Esta propuesta de norma pretende evitar los supuestos de corrupción y fomentar la transparencia de la gestión pública.
28. Así, puede citarse como buena práctica la del Ayuntamiento de Teruel que ha ganado el premio de la Comisión Nacional a las buenas prácticas en competencia (junio 2013). En esta candidatura se ha querido premiar la nueva regulación de la tramitación de la contratación de obras menores que ha adoptado el Ayuntamiento de Teruel. Con la entrada en vigor de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se puso en funcionamiento el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Teruel, donde se publican sus licitaciones. Esto redunda en una mayor transparencia en las adjudicaciones y contratación del Ayuntamiento. Esta medida se adoptó mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia, número 328, del 23 de febrero de 2001 y, que hasta la fecha se viene aplicando, en el que se dispuso la publicación de un anuncio de licitación de la obra menor en cuestión, en un periódico de tirada provincial, sustituyendo este soporte por el del Perfil del Contratante, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 30/2007. Durante todos estos años (más de 12) se ha podido comprobar como el hecho de promover esta competencia ha sido beneficioso, tanto para el Ayuntamiento como para los contratistas interesados en contratar con el Ayuntamiento. Se trata de una medida que exige un mayor esfuerzo en la tramitación, pero que en definitiva beneficia a todos, haciendo que la competencia sea efectiva.
29. Este carácter excepcional, como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de mayo de 1995, debe quedar debidamente justificado. En esta línea, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de abril de 2003, afirma que no puede excluirse que una razón técnica relacionada con la protección del medio ambiente pueda tomarse en consideración para apreciar si el contrato de que se trata sólo puede confiarse a un prestador de servicios determinado. *Vid.* J.A Moreno Molina en la voz «Procedimiento negociado», Bermejo Vera, J. (director). *Diccionario de Contratación Pública.* Madrid: Iustel, 2009, pp. 526-532.

bida[30]. Una primera afirmación en relación a este procedimiento es que puede ser una herramienta procedimental importante siempre y cuando se utilice adecuadamente este procedimiento y no se pervierta para convertirlo en un concurso simplificado o una contratación directa[31]. Es decir, hay, cuando menos, un incorrecto uso, cuando este procedimiento implica, de hecho, un procedimiento abierto 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. Tan solo se invitó a determinadas empresas a participar, se abrieron simultáneamente las ofertas y se aplicaron los criterios de adjudicación, quedando fijados con carácter inalterable los términos del contrato sin negociación»[32].

30. El carácter contrario a las directivas de los supuestos de procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas directivas, ha sido reconocido por la jurisprudencia comunitaria, habiendo declarado que deberá ser objeto de una interpretación estricta, en especial la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España. Así se recuerda que estamos ante un procedimiento de excepción y que no son posibles interpretaciones «generosas» del mismo, en tanto se afecta al principio de concurrencia y eficiencia. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2004, al condenar a la República Italiana por la utilización de este procedimiento incorrectamente, insistiendo en que los supuestos que lo amparan deben ser interpretados restrictivamente y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales, que justifican la excepción, incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas. Obviamente, su uso indebido viene a utilizarse para disfrazar bien «concursos simplificados», bien supuestos de adjudicación directa. De hecho, la práctica demuestra la desnaturalización de este procedimiento. *Vid*. G. Lago Núñez, «La negociación como procedimiento contractual», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 10, mayo de 2008, p. 1772.
31. Por ello creo que resultaría conveniente prever además una nueva tramitación abreviada, caracterizada por ser un procedimiento abierto a la participación de cualquier interesado, con mínima carga burocrática y plazos breves, en el que la publicidad de la licitación se realice a través de web (artículo 10 Ley 3/2011 de contratos de Aragón).
32. 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

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 […]»[33]. Es este, por tanto, un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente[34]. Así lo reafirma el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 50/2011, en la que se declara nulo el procedimiento de contratación seguido por un órgano de contratación por haber utilizado el procedimiento negociado para la adjudicación de un contrato y no haber procedido a negociar las ofertas con los licitadores:

> *De lo anterior resulta claro que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, debiendo de fijarse previamente en el pliego y, en su caso, en el anuncio cual será el objeto de la negociación, o como señala el artículo 160 de la Ley de contratos del sector público los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación.*
>
> *Por otro lado, con carácter general debe afirmarse que en el procedimiento negociado no existe una licitación en sentido estricto como existe en el procedimiento abierto, ya que las ofertas a que se refiere el artículo 162 de la Ley de contratos del sector público, no son equiparables a las proposiciones del artículo 129 de la citada Ley, entre otras razones y como fundamental, porque el precio u oferta*

---

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».

33. 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.

34. Y es que, sin efectiva negociación no hay un procedimiento negociado, que devendría, por ello, en ilegal. Sobre como 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, núm. 111, pp. 34 a 41, e *ibid*., «El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de nueva regulación legal», núm. 116, pp. 36 a 43.

económica es uno de los elementos, en el expediente de referencia el único, que debe de ser objeto de negociación sin que pueda quedar fijado con carácter inalterable en la oferta a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones.

Por lo que aquí interesa, el cuadro anexo del pliego de cláusulas administrativas particulares en su apartado K) «Criterios de negociación del contrato», en su punto 1 justifica la elección del procedimiento –afectar la contratación a los intereses esenciales de la seguridad del Estado–, y en su punto 2 incluye al precio, además de cómo único criterio de adjudicación, como criterio, también único, que ha de ser objeto de negociación, en cuanto que resulta evidente que la justificación de la elección del procedimiento contenida en el punto 1 en ningún caso podrá ser objeto de negociación.

Por otra parte, el órgano de contratación en su informe parece considerar a las ofertas presentadas por los licitadores como una fase de negociación, en cuanto que al referirse a las mismas señala que «este órgano de contratación, en el pliego de cláusulas administrativas, no recogió la posibilidad de abrir nuevas fases de negociación, dado que una vez abiertas las ofertas se adjudicaría al licitador que ofreciera el precio más económico para este organismo».

A este respecto, se debe señalar, en contra de lo manifestado por el órgano de contratación en su informe, que la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas, y más en un supuesto como en el expediente de referencia, en el que el único aspecto a negociar, de acuerdo con lo previsto en el pliego será el precio. Así, dado que en el expediente remitido a este Tribunal no existe constancia de negociación por el órgano de contratación con los licitadores, cabe concluir que, para el expediente de referencia, no ha existido negociación con ningún licitador de los aspectos susceptibles de la misma, en este caso del precio, de acuerdo con el contenido del pliego.

La negociación se inicia mediante o publicidad o invitaciones, que deberán enviarse por escrito, y de forma simultánea, a cada uno de los candidatos seleccionados[35]. En este punto, aunque parece que la potes-

35. La invitación deberá ir acompañada por el pliego de condiciones del contrato y la documentación complementaria, que como mínimo deberá ser la siguiente: dirección del servicio al que puedan dirigirse para obtener informaciones adicionales y

tad de invitar descansa discrecionalmente en el órgano de contratación, conviene recordar que el Informe 33/2009, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha abordado la cuestión de si licitadores no invitados pueden intentar presentar ofertas, dando una respuesta afirmativa. El argumento es el siguiente:

> *Para adoptar una conclusión correcta a este respecto es necesario tomar en consideración cuáles son las razones por las que se introduce en la Ley un procedimiento como el negociado sin publicidad, pues con él, sólo se pretende simplificar los trámites en determinados contratos por sus propias características, incluida su escasa entidad cuantitativa, o por las características del mercado.*
>
> *Pues bien, esta simplificación se traduce entre otras cosas en la exclusión de la publicidad de la licitación, estableciendo la Ley, como sustitutiva de ella, la invitación para tomar parte. Sin embargo, esta invitación no tiene otro sentido que el de hacer llegar a conocimiento de los empresarios que pudieran estar interesados en la contratación, el propósito de la Administración de celebrar el contrato. Precisamente por ello, dice la Ley que se solicitará oferta, al menos a tres empresas capacitadas para la realización del objeto, excluyendo solamente el caso en que no sea posible efectuar, ni siquiera las tres invitaciones.*
>
> *Se trata, por tanto, de una carga impuesta a los órganos de contratación con la finalidad de suplir el efecto producido por la publicación del anuncio en relación con la difusión del propósito de celebrar el contrato, toda vez que si no se impusiera la obligación de invitar a los empresarios, podría resultar imposible la celebración del contrato. No es, por tanto, una prerrogativa concedida al órgano de contratación para que en determinados casos restrinja el número de licitadores a sólo tres sino, como decimos, una carga impuesta a*

---

la fecha límite para solicitarlos; fecha límite para recepción de ofertas y dirección a la que deban remitirse; referencia a cualquier anuncio de licitación publicado; indicación de los documentos que hayan de adjuntarse, si procede, criterios de negociación del contrato cuando no figuren en el anuncio, su ponderación y método de negociación y cualquier otro requisito especial para participar y negociar en igualdad para la adjudicación del contrato. Obviamente, como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, la buena práctica desde el punto de vista de la gestión exige que se insista en la búsqueda de ofertas de un modo razonable, en caso de que alguna o algunas de las primeras solicitudes no hubieran dado resultado (*Informe 65/09, de 23 de julio de 2010*, «Procedimiento negociado; empresas capacitadas»).

> *ésta para que la licitación pueda ser conocida por los interesados.*
>
> *Este y no otro es el sentido que debe darse a la obligación impuesta de que, siendo posible, se invite al menos a tres empresarios, por considerar que tres es un número suficiente para celebrar una licitación con transparencia y más podría resultar excesivamente complejo desde el punto de vista práctico.*
>
> *Todo cuanto venimos diciendo, debe llevarnos necesariamente a la conclusión de que si por parte de licitadores no invitados se presentara, cuando el procedimiento aún lo permite, solicitudes de invitación para presentar ofertas o las propias ofertas, el órgano de contratación debe atender las primeras y aceptar las segundas.*

Obviamente, como recuerda el artículo 178.3 TRLCSP, durante la negociación, los órganos de contratación velarán por que todos los licitadores reciban igual trato garantizando una comparación efectiva de las ofertas con el objetivo de adjudicar a la económicamente más ventajosa[36]. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. Esto significa que deben figurar de forma clara los aspectos técnicos y económicos de la negociación, su ponderación (y sistema de puntuación) y la forma de negociar y su formalización en el expediente. Solo así, delimitada correctamente la forma de la negociación, se puede garantizar el principio de igualdad de trato en la negociación. Sin la ponderación de los aspectos de la negociación se incumple la principal función del procedimiento, sin que pueda justificarse con la necesidad de discrecionalidad, ya que esta lo debe ser para la valoración de los aspectos, pero sobre unas premisas ciertas, que preserven la filosofía de cualquier procedimiento de licitación: efectiva concurrencia para poder seleccionar la mejor oferta[37]. Por supuesto, un aspecto principal en este

---

36. *Vid.* también J.A. Moreno Molina, y Pleite Guadamillas, F. *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*. Madrid: La Ley, 2009, 2ª ed., pp. 733-734.

37. No comparto, por ello, el criterio fijado en el *Informe 3/2007, de 1 de marzo* de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía que indica que no es exigible fijar la ponderación de los aspectos de negociación. En el fondo, la negociación exige parámetros de comparación para que exista certeza en la tramitación procedimental. Y, las mismas razones que explican porque debe existir ponderación en los criterios de adjudicación ex artículo 150 TRLCSP, resultaría aplicable al procedimiento negociado. *Vid.* Carbonero Gallardo, J.M. «Los criterios de valoración de las ofertas en la selección del adjudicatario en el procedi-

procedimiento es la debida confidencialidad, que exige un cuidado especial en la forma de negociar y en su documentación en el expediente[38]

Por otra parte, resulta evidente que el interés de los suministradores o contratistas para obtener la adjudicación de un contrato, en el marco de un procedimiento negociado, se mostrará de forma diferente según se haya efectuado o no, convocatoria de licitación, así como la forma en que esta convocatoria se haya realizado, es decir, si se ha tramitado con la mayor transparencia que el concreto contrato licitado permite[39].

Un aspecto técnico de la negociación lo pueden ser las especificaciones técnicas y calidad técnica del producto en cuestión. Las Directivas definen las especificaciones técnicas como «exigencias técnicas contenidas principalmente en los pliegos de condiciones, que definen las características requeridas de una obra, material, producto, suministro o servicio, y que permiten caracterizar objetivamente la obra, material, producto, suministro o servicio, de manera que correspondan a la utilización a que los destine la entidad contratante», asimismo establece la obligación de las empresas de definir las especificaciones técnicas de

---

miento abierto y restringido. La delimitación de la materia objeto de negociación en el procedimiento negociado», *Cuadernos de Derecho Local,* 2011, núm. 25, pp. 22-25.

38. 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. Ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación». *Vid*. A. I. Beltran Gomez, «El derecho de acceso a un expediente de contratación y la confidencialidad de las propuestas», en núm. extraordinario sobre contratación pública de la *Revista Estudios de la Vida Local*, 2013.

39. Si existe publicidad, las normas que regulan este procedimiento son prácticamente las mismas que para el procedimiento restringido. Cuando la convocatoria se haya realizado a través de un anuncio de licitación específico para un contrato, las entidades contratantes interesadas en la adjudicación deberán enviar sus solicitudes de participación en dicha convocatoria, como respuesta al anuncio publicado por la entidad adjudicadora. Estas solicitudes de participación deben entenderse en este caso como manifestación de interés en dicho contrato. Cuando la convocatoria se hubiera realizado a través de un anuncio periódico indicativo, el anuncio deberá hacer referencia específicamente a los suministros, las obras o los servicios que sean objeto del contrato que se vaya a adjudicar, y solicitar a los posibles candidatos en la adjudicación que manifiesten su interés.

sus contratos con arreglo a las especificaciones europeas siempre que éstas existan, para evitar la discriminación de candidatos extranjeros[40].

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. Se plantea el caso 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 negociado 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*

40. Desde el punto de vista técnico, una norma, sea de rango internacional, europeo o nacional, es aquella que reúne estos cuatro requisitos: a)Aplicación repetitiva; b) Elaborada por expertos y partes involucradas; c) Ratificada por sus representantes oficiales y d) Editada por organismos oficiales. Una especificación técnica es un documento de carácter particular de un suministrador o de un comprador, que define las características de un producto no incluido en las normas antes citadas y debe tener la condición de no contradecir la de rango superior en ninguno de sus apartados. Es evidente que las especificaciones técnicas, por su propia definición, pueden ser negociadas libremente por las partes, siempre que no discriminen, en un sistema de competencia, en favor de un determinado suministrador y así se reconoce en la Directiva comunitaria de contratación para los sectores excluidos. En cuanto a las normas, pueden ser también negociadas (excepto las incluidas en un Reglamento o Disposición Administrativa de carácter oficial). No obstante, es preceptivo solicitar conformidad al organismo oficial europeo correspondiente para su aceptación. Este hecho es poco frecuente, porque el análisis del elemento ha sido exhaustivo y la normativa ha recogido todas las características que debe poseer. Vid. Bermudez Odriozola, «La Ley 48/1998, de 30 de diciembre. Su aplicación al sector de las telecomunicaciones», en libro col *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 1689-1693.

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».

Por otra parte, resulta evidente que el interés de los suministradores o contratistas para obtener la adjudicación de un contrato, en el marco de un procedimiento negociado, se mostrará de forma diferente según se haya efectuado o no, convocatoria de licitación, así como la forma en que esta convocatoria se haya realizado, es decir, si se ha tramitado con la mayor transparencia que el concreto contrato licitado permite[41].

Interesa destacar también la doctrina de la Resolución 75/2012, de 12 de julio de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la que, tras admitir la legitimación de la empresa recurrente que no tiene la condición de licitador en el procedimiento de adjudicación porque se ha acudido a un procedimiento negociado sin publicidad en el que se ha invitado a participar a una única empresa, anula la licitación. Y acepta su pretensión recordando que el supuesto de exclusividad que contiene el artículo 170 d) del TRLCSP y su utilización exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre aquella exclusividad, pues no sólo es que se restrinja la

41. Si existe publicidad, las normas que regulan este procedimiento son prácticamente las mismas que para el procedimiento restringido. Cuando la convocatoria se haya realizado a través de un anuncio de licitación específico para un contrato, las entidades contratantes interesadas en la adjudicación deberán enviar sus solicitudes de participación en dicha convocatoria, como respuesta al anuncio publicado por la entidad adjudicadora. Estas solicitudes de participación deben entenderse en este caso como manifestación de interés en dicho contrato. Cuando la convocatoria se hubiera realizado a través de un anuncio periódico indicativo, el anuncio deberá hacer referencia específicamente a los suministros, las obras o los servicios que sean objeto del contrato que se vaya a adjudicar, y solicitar a los posibles candidatos en la adjudicación que manifiesten su interés.

libre concurrencia respecto de los procedimientos ordinarios abierto y restringido, sino que se prescinde también de la publicidad que es un principio que rige, igualmente, en determinados supuestos del procedimiento negociado. A todo lo anterior se une que, de conformidad con el artículo 178.1 del TRLCSP, la regla general en el procedimiento negociado es solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible. Sin embargo, esa regla general vuelve a tener una excepción en el apartado *d)* del artículo 170 del TRLCSP, ya que el supuesto aquí contemplado parte de la existencia de un único empresario para la ejecución del contrato[42].

Igualmente rompen con el principio de transparencia la indebida práctica de los modificados en España[43]. La Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013, que condena al Reino de España y mantiene una sanción de la Comisión por modificados ilegales en la construcción de la vía AVE Zaragoza a Barcelona ha recordado el alcance del principio de transparencia en esta fase indicando que[44]:

42. 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, núm. 158, p.103 y C. Ruiz Rubia, «La justificación del procedimiento negociado», *Contratación Administrativa Práctica*, 2012, núm. 12, pp. 60-62.

43. No procede insistir sobre esta cuestión. Me remito a mi estudio «La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable», en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, 99. 83-140. Publicado también en la Rivista giuridico amministrativa per il Trentino Alto Adige – Zeitschrift fur Trentino-Sudtirol uber Recht und Verwaltung, EDK editore, 4, 2013, ISSN: 1593-5701.

44. 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

> «*Por lo que respecta al principio de transparencia,* (….), *éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (…)*» (párrafo 48).

Es decir, en tanto aspecto ligado directamente con la adjudicación y los principios de igualdad, la regla de la transparencia debe extenderse a la ejecución y, en especial, a las modificaciones[45]. Sin embargo, la práctica, como se pone de relieve en los Informes de los Organos de Control Externo, resulta ajena a este principio.

Las prácticas derivadas con la contratación «menor y negociada», así como de nuevos «contratos» mediante la modificación, constatan la

---

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 Velocidad 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.

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

ausencia de transparencia efectiva y, por ende de inadecuada gestión de los dineros públicos[46]. Bajo la formalidad legal de respeto al principio de transparencia la realidad demuestra un escenario –nada alentador– bien distinto.

Pero no es esa la única consecuencia. No puede desconocerse que la intensidad de la patología de la ausencia de publicidad puede generar corruptelas y prácticas corruptas. Con una trasparencia efectiva, pueden laminarse los efectos nocivos de la corrupción que se manifiestan claramente en el ámbito económico ya que suponen o comportan claras ineficiencias en la compra pública (pero igualmente inciden a nivel social y político, tal y como bien destaca T. Medina[47]).

Ya se ha advertido suficientemente que la contratación pública es especialmente un sector proclive a la corrupción en tanto es una de las áreas más propensas a la proliferación de prácticas corruptas[48]. De hecho 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»[49].

46. Igual opinión, J.A Moreno Molina, J.A. y F. Pleite Guadamillas, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*, *op. cit*., p. 748.

47. T. Medina Arnáiz, «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», Diario La Ley, núm. 7382, Sección Doctrina, 16 de abril de 2010. Sugerente sobre esta cuestión era el trabajo de 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. También el 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.

48. Sobre esta cuestión resulta de especial interés el estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*. Inap, Madrid, 2010. También el trabajo de B. Ariel Rezzoagli, *Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Editorial Ratio legis, 2005.

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

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[50]. 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 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[51]. Amén de una clara ineficiencia en la gestión de fondos públicos[52], 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 reciente Informe de la Comisión Europea sobre corrupción[53]). Resulta

50. 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.

51. 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», *op. cit.* , pp. 517-535. Resulta de interés los datos aportados por M. Villoria y F. Jiménez, «La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos», Reis Núm. 138, abril-junio 2012, pp. 109 y ss.

52. Según D. Strombom («Corruption in Procurement», en *Economic Perspectives,* 1998, núm. 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.

53. *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 Arnaiz, «Las disposiciones financieras de la Unión Europea y su aplicación a la contratación pública: especial referencia al nuevo reglamento

evidente que la corrupción es inherente a cualquier sistema jurídico y no responde a ideologías; pero también resulta evidente que los niveles de prácticas corruptas son mayores cuando existen debilidades jurídicas que permiten la fuga de los principios de igualdad de trato. Por ello hay que articular una reforma legal que descanse en criterios funcionales y no formales. El fin debe ser la eficiencia y el derecho a una buena administración (tomar decisiones que permitan un eficaz cumplimiento del derecho comunitario evitando inseguridad jurídica con prácticas no conformes con la esencia de las comunitarias) [54].

Además, insistimos en la idea –más en el actual contexto de recesión económica que exige reformas estructurales– de que una regulación adecuada de la contratación pública debe tener en cuenta el impacto y rol de las pequeñas y medianas empresas (PYME), para lo que una efectiva transparencia activa puede favorecer la mayor participación de estas en las compras públicas. Ello generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos y ofrecerá a los poderes adjudicadores una mejor relación calidad-precio, por cuanto que la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las PYME desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía europea (no en vano las PYME se consideran en general la espina dorsal de la economía de la UE y, para aprovechar al máximo su potencial de creación

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.

54. Sobre al 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 núm. 147, 2010, pp 517-535. También. T Medina Arnáiz, «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», Diario La Ley, Nº 7382, Sección Doctrina, 16 Abril 2010 y, muy especialmente, idídem. Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española, en libro colectivo la contratación pública a debate: presente y futuro, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 299- 344. Interesan las reflexiones 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). 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 con*flictos *de intereses y la lucha contra la corrupción*. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

de empleo, crecimiento e innovación, se debe facilitar su acceso a los contratos públicos)[55].

3. LA TRANSPARENCIA EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS: LÍMITES Y POSIBILIDADES

Son varias las estrategias a adoptar para hacer de la transparencia el eje de la contratación pública[56]. Para garantizar la transparencia, con el fin de promover la competencia, nuestra legislación contractual diseña un régimen de publicidad obligatoria en boletines oficiales y en

55. El Comité de las Regiones de la Unión Europea, en sesión plenaria, celebrada el pasado 3 de febrero, ha aprobado el proyecto de dictamen sobre la «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las empresas. En este documento se recogen medidas para facilitar el acceso a los mercados de la contratación pública. Este Dictamen responde a la Comunicación de la Comisión Europea de 25 de junio de 2008 sobre Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas. En esta Comunicación La denominación simbólica de «Act» de esta iniciativa subraya la voluntad política de reconocer el papel central de las PYME en la economía de la UE y de articular por primera vez un marco político completo para la UE y sus estados miembros mediante una serie de diez principios que guíen la formulación y ejecución de políticas, tanto a escala de UE como de los estados miembros; tales principios son esenciales para aportar valor añadido a escala de la UE, crear condiciones de competencia equitativas para las PYME y mejorar el marco jurídico y administrativo de la UE. Resulta de interés el Informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la Posibilidad de licitar un contrato mediante lotes y, simultáneamente, admitir la presentación de una «oferta integradora» de todos, o algunos de los lotes.

56. 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, pág. 286.

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

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 (es el caso de Cataluña, Galicia o Aragón)[57].

Ahora el Estado, para intentar corregir su error, plantea una reforma de este modelo de publicidad en 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 noviem-*

57. Modelo iniciado con Cataluña mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 17 de julio de 2007, y seguido en sentido similar por Galicia mediante Orden, de 4 de junio de 2010, por la que se regula la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia (el artículo 10 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega avanzaba esta línea).

> *bre, 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.*

Esta previsión merece alguna reflexión. La primera, que cualquier decisión legal que adopte el Estado debe reflejar la identidad auto-organizativa de las comunidades autónomas, en tanto que entes con autonomía política. No es posible una recentralización competencial (lo que expresamente rechaza el propio proyecto de Ley), ni desde la óptica legal, ni de oportunidad, ni de eficacia. Es cierto que hay que «reconducir» el actual fenómeno, pero poniendo en valor lo que ya existe y funciona en el marco de la descentralización territorial de nuestro Estado.

La segunda, que la unidad de mercado, con apoyo en el artículo 139 CE, exige uniformidad jurídica y de los sistemas de publicidad, lo que no implica unicidad de plataforma de contratación cuando ya existe –y han sido costosas– las plataformas autonómicas. Por ello, lo que procedería es una previsión legal que estableciera que con el fin de asegurar una efectiva concurrencia los distintos anuncios de licitación se deberán publicar, independientemente de su importe, en la Plataforma de contratación del Estado o en los Perfiles de Contratantes de las respectivas Comunidades Autónomas. Además, debería preverse la obligatoriedad de la utilización del Código CPV (*common procurement vocabulary*) en todo contrato, al margen del importe, de tal forma que quedarían estandarizadas las referencias utilizadas por los órganos de contratación en la descripción del objeto de sus contratos, con la consiguiente mejora de la transparencia de los contratos públicos. 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.

Por supuesto, y así debería interpretarse la previsión que contempla esta Ley de Unidad de Mercado, debería alcanzarse una colaboración inter-plataformas que contenga toda la información sobre la

licitación en España, para lo que urgen estándares que favorezcan la interoperabilidad[58].

En definitiva, es importante reforzar mecanismos de publicidad que garanticen el principio de unidad de mercado, pero respetando la arquitectura institucional propia de un estado descentralizado, incorporando medidas de colaboración efectiva, y aprovechando las experiencias positivas que ya se han desplegado y funcionan. De esta manera, se corregirá la actual fragmentación del mercado por indebida publicidad, lo que permitirá una mayor concurrencia –de la que serán especialmente beneficiadas las PYME– y se conseguirá una mayor eficiencia de fondos públicos.

Por otra parte, la cuestión de la publicidad efectiva 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 (nada dice de las prohibiciones de contratar, aunque de la coherencia sistemática de la Ley así se desprende). Aunque este precepto no lo previene explícitamente, la lógica –derivada de la dicción del artículo 54 TRLCSP– obliga a entender que serán también de aplicación las previsiones relativas a capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar, objeto y precio del contrato, así como las normas de fiscalización interna y externa –a través de la Junta Consultiva de Contratación

58. Las nuevas tecnología pueden ayudar a dar respuesta a este problema, mediante la creación de un «google» de la contratación pública. Así, por ejemplo puede destacarse el caso británico que ha puesto en funcionamiento la web denominada «*Contracts Finder*» (*www.contractsfinderbusinesslink.gov.uk)*. Es la única plataforma del Gobierno para facilitar al sector de la contratación pública acceso a la información relacionada la contratación pública. Sobre esta cuestión y su fundamento resulta de interés el trabajo de Henty, Paul; Manning, Chris; «The public sector transparency Agenda», Public Procurement Law Review, núm. 1, 2011, NA45-NA50.

Administrativa competente y del Tribunal de Cuentas– y las relativas al Registro de Contratos del Sector Público (333 TRLCSP).

Esta «deslegalización procedimental» parece peligrosa, pues pueden proliferar distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que pueden ser 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 potenciando la compra del «cercano» e impidiendo el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala[59]. 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. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública[60].

Hubiera sido mejor introducir flexibilización (tramitación simplificada, documentación de solvencia sólo exigible al adjudicatario propuesto, medios electrónicos, etc.) pero uniforme para todos estos supuestos de descentralización funcional. El sistema dual normativo en contratos no armonizados abre, por tanto, un portillo peligroso que puede derivar en la inaplicación de hecho 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,

59. Se suscita una duda adicional. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estas instrucciones que no provienen, a los efectos de este TRLCSP, de administraciones públicas y quién puede controlar su contenido? En el caso de entidades públicas empresariales bien podría defenderse que aquí son administración pública y su control correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no resulta tan fácil extender esta conclusión a empresas públicas, fundaciones o mutuas.

60. Como bien advierte S. Del Saz, hay diferencias esenciales de régimen jurídico en función de la forma jurídica de difícil justificación («La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *Revista de Administración Pública*, 2007, núm. 174, p. 341). Igualmente crítico con esta deslegalización y sus consecuencias prácticas puede verse A. Peña Ochoa, «La contratación administrativa de los entes que no tienen la consideración de Administración Pública», libro col. *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, p. 134.

se dotarán de un régimen *ad hoc* por debajo del umbral comunitario. A esto debe sumarse el hecho de que estas instrucciones se han publicado en los específicos perfiles de contratantes, y es tal el número (de varios miles), que se dificulta –si no impide– a los licitadores tener una visión de conjunto cercenando el principio de concurrencia[61] (si bien es cierto que tras la redacción dada al artículo 334 TRLCSP esta patología debe estar en camino de corrección).

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. Se exige, pues, una revisión de este modelo y una actuación proactiva del poder público a favor de la efectiva transparencia. Por ello, debería establecerse las siguientes obligaciones[62]:

a) publicación de los anuncios de contratos públicos en línea;

b) habilitación de un único portal Web centralizado para el Estado y las comunidades autónomas;

c) libre acceso a los anuncios;

d) motor de búsqueda multifuncional;

e) posibilidad de que las empresas creen un perfil, a fin de recibir avisos sobre oportunidades de negocio;

f) descarga directa de los pliegos de licitación y la documentación complementaria;

g) sistema de licitación electrónica, que permita a los poderes adjudicadores recibir ofertas por vía electrónica con sujeción a lo dispuesto en las directivas sobre contratación pública en lo que

61. Entendemos que debería existir una «ventanilla única de contratación» donde el licitador pudiera recibir información de todas las administraciones públicas y presentarse a las correspondientes licitaciones (posibilidad normativa que recoge la Ley navarra de contratos públicos 6/2006 o la reciente Plataforma de servicios de contratación pública de Cataluña, creada mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de julio de 2007). Esta obligación deriva ahora del artículo 334 TRLCSP, tras la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

62. *Vid*. J.M Gimeno Feliu, *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos*. Madrid: Civitas, CIzur Menor, 2011, pp. 136-137.

respecta a la integridad de la información, la confidencialidad, la accesibilidad, etcétera.

Por otra parte, la publicidad, con esta finalidad de garantizar el principio de igualdad de trato, debe extenderse a los actos de ejecución que pudieran poner en riesgo las reglas iniciales de concurrencia. Esto significa que deben ser objeto de publicación las decisiones de modificación contractual. Interesa destacar que la propuesta de directiva sobre contratación pública establece la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego[63]. Esta obligación obligará a replantear la actual situación en España en virtud de la interpretación que se está dando a la redacción del artículo 40 TRLCSP, que dice ahora[64]:

> *Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados*

63. Así se prevé en el artículo 19.2 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de contratos del sector público de Aragón, que en el artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe– y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón. *Vid*. M. A. Bernal Blay, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, *op. cit*., pp. 203-210. Recientemente, en Extremadura, mediante el artículo 8 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de gobierno abierto, se contempla la obligación de publicar los modificados. Obligación que también se contempla en el Proyecto de ley de transparencia, en tramitación parlamentaria (artículo 7).

64. Contrario a la posibilidad de recurso especial se posiciona P. Calvo Ruata, al considerar «lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial está concebido para depurar los actos contrarios al ordenamiento jurídico en fase de preparación y adjudicación. Pero además, porque la concreción de la modificación cuando esté prevista, al ser consecuencia directa del pliego, conlleva que si este no fue impugnado en su momento mediante ese especial recurso, no quepa a posteriori». («La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?», Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011, Fundación Sainz de Varanda, Zaragoza, 2012, p. 407).

> *en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.*

Como bien explica M. A. Bernal Blay, dicha «aclaración» no se encontraba en el Proyecto de ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, sino que fue introducida en el texto al ser aprobada la enmienda número 31, planteada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista:

> *La disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, ha introducido una serie de cambios en la modificación de los contratos del sector público que plantean la cuestión de quién debe conocer de los recursos que puedan plantearse contra los acuerdos adoptados en relación con ellos. Especialmente relevante es el caso en que la controversia jurídica se suscite en relación a si debe o no procederse a la convocatoria de nueva licitación.*

Sorprende la solución adoptada por el legislador habida cuenta del razonamiento seguido para su justificación[65]. Planteada la cuestión de la competencia para conocer de los recursos que puedan plantearse contra los acuerdos adoptados en relación con la modificación de los contratos públicos, parece una solución lógica remitir la cuestión al órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación (el Tribunal Administrativo Central, u otro, porque recordemos que el Tribunal Administrativo Central no es el único órgano que conoce de estos recursos) para que siente criterio sobre su competencia para conocer del asunto. En cambio, en lugar de eso se decide «zanjar legalmente la cuestión», excluyendo la posibilidad de recurso contra la modificación. Curiosa resulta esta solución cuando no el Tribunal Administrativo Central pero sí el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya se pronunció al señalar, en su *Guía de procedimiento para la tramitación del recurso especial en materia de contratación*, que:

> *[...]Son impugnables [...] los actos de trámite siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibili-*

65. M. A. Bernal Blay, M. «*El control sobre la modificación de los contratos públicos*», en *www.obcp.es*, 1 de septiembre de 2011.

> *dad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos [...]. En particular, a título de ejemplo, las decisiones o adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal –por ejemplo, los encargos de ejecución a medios propios o los modificados que no cumplen los requisitos legales–[...]*[66].

Además, la reciente modificación de la normativa autonómica aragonesa sobre contratos públicos (Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, modificada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), ha introducido una nueva disposición (artículo 12 bis) que, tras señalar la obligación de publicitar los acuerdos de modificación de los contratos, señala expresamente la posibilidad de interponer recurso contra tal acuerdo de modificación[67]:

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

La finalidad del referido artículo 12 bis es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contrac-

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

67. En el mismo sentido el artículo 20 de la recientísima Ley foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra, prevé también la notificación de las modificaciones contractuales a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo además la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación, de no ajustarse a los requerimientos legales.

tuales[68], así como posibilitar –en su caso–, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal[69]. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados[70].

Esta opinión, favorable a la recurribilidad de los acuerdos de modificación de los contratos públicos no es, sin embargo unánime. El

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

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

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

Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se ha pronunciado sobre la cuestión en sentido contrario, hasta en dos ocasiones, en el mes de junio de 2011. En su Resolución 17/2011, de 8 de junio, el tribunal madrileño concluye que:

> *[…] de acuerdo con la regulación del artículo 310 de la LCSP, interpretada a la luz de la Directiva 2007/66/CE, en relación a los contratos sujetos al Derecho comunitario, los actos del procedimiento de licitación son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, mientras que cuando se trata de actos de ejecución del contrato (modificación, resolución, desistimiento posterior o cualquier otro) cabe el régimen de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.*

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

Pero esta discusión sobre la exclusión de los «modificados» del ámbito objetivo del recurso especial, con la nueva regulación que se propone en la directiva, queda ahora superada. Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración[71]. No en vano una modificación ilegal es una «nueva ad-

71. *Vid.* las oportunas reflexiones al respecto en I. Gallego Córcoles, «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible ex-

judicación» (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 junio 2008, Pressetext Nachrichtenagentur GMBH, *cfr.* apartado 34), y por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial[72]. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad[73]. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterios funcionales relacionados con la causa del contrato. Posibilidad ya reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014. Asunto C-161/13. En este Sentencia, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italia), mediante resolución de 19 de diciembre de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de marzo de 2013, en el procedimiento entre Idrodinamica Spurgo Velox srl (y otros) y Acquedotto Pugliese SpA (empresa pública cuyo único accionista es la Regione Puglia)

En este asunto se analiza si existe o no derecho a un plazo de impugnación ante supuestos de modificaciones contractuales, en concreto,

---

clusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», en *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, 2011, núm. 113, pp. 32 a 37. También M.A Bernal Blay, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», op. cit., pp. 203-208.

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

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

la modificación de la composición del grupo adjudicatario. El órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el plazo para interponer un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato debe empezar a correr de nuevo cuando la entidad adjudicadora ha adoptado, tras el vencimiento del plazo para interponer recurso, una decisión que puede incidir en la legalidad de esa decisión de adjudicación. También pregunta si, en el mismo supuesto, un licitador puede interponer un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato cuando ha tenido conocimiento de circunstancias anteriores a la misma decisión de adjudicación que pueden incidir en la legalidad del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trata.

En TJUE argumenta lo siguiente:

> «*39. A este respecto, debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En dicho supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el Derecho nacional para remediar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia Wall, C-91/08, EU:*
>
> *40. Además, procede señalar que una posibilidad, como la prevista en el artículo 43 del Decreto Legislativo nº 104/2010, de plantear "nuevos motivos" en el marco de un recurso inicial interpuesto dentro de los plazos contra la decisión de adjudicación del contrato, no constituye siempre una alternativa válida de protección jurisdiccional efectiva. En efecto, en una situación como la del asunto principal, los licitadores estarían obligados a impugnar in abstracto la decisión de adjudicación del contrato, sin conocer en dicha fase, los motivos que justifican dicho recurso.*
>
> *41. En consecuencia, el plazo de 30 días establecido por la normativa nacional para interponer recurso contra la decisión de adjudicación del contrato debe correr de nuevo para permitir comprobar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora por la que se autorizó la modificación de la composición de la unión adjudicataria, que puede incidir en la legalidad de la decisión de adjudicación*

> *del contrato. Dicho plazo empieza a correr a partir de la fecha en la que el licitador recibió la notificación de la decisión por la que se autorizaba la modificación de la composición de la unión adjudicataria o en la que tuvo conocimiento de la misma».*

Por ello, el TJUE concluye que:

> *«el plazo para la interposición de un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato debe empezar a correr de nuevo cuando la entidad adjudicadora adopta una nueva decisión, con posterioridad a esa decisión de adjudicación pero antes de la firma del contrato, que pueda afectar a la legalidad de dicha decisión de adjudicación. Ese plazo empieza a correr a partir de la comunicación a los licitadores de la decisión posterior o, en su defecto, a partir del momento en que éstos tienen conocimiento de la misma.*
>
> *Cuando un licitador llega a conocer, tras el vencimiento del plazo establecido por la normativa nacional para interponer recurso, una irregularidad supuestamente cometida antes de la decisión de adjudicación de un contrato, sólo puede recurrir contra dicha decisión dentro ese plazo, salvo disposición expresa del Derecho nacional que garantice tal derecho con arreglo a la normativa de la Unión».*

Por último, la nueva directiva de contratos públicos puede facilitar el cumplimiento de la finalidad del principio de transparencia y permitir una mayor concurrencia que preserve las características inherentes del principio de igualdad de trato. El nuevo paquete legislativo comunitario pretende flexibilizar y simplificar los procedimientos. Junto a los procedimientos ya conocidos conviene destacar que la propuesta ofrece un régimen de contratación simplificado que se aplica a todos los poderes adjudicadores cuyo ámbito está situado por debajo del nivel de la Administración central. Así, las autoridades locales y regionales podrán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación. Si utilizan esta posibilidad, no tienen que publicar un anuncio de licitación específico antes de poner en marcha el procedimiento de contratación. Además, se han acortado los plazos para la participación y la presentación de ofertas, lo que permite una contratación más rápida y más racional. La propuesta prevé la obligación de aceptar las declaraciones responsables de los licitadores como prueba suficiente a efectos de selección (opción ya contemplada en el artículo 6 de la Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público de Aragón y la re-

ciente Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización al añadir dos nuevos apartados 4 y 5 al artículo 146 que prevén esta técnica). Los requisitos relativos al volumen de negocios, que con frecuencia son un enorme obstáculo para el acceso de las PYME, se limitan explícitamente al triple del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados.

Lógicamente la Comisión mantiene el objetivo de la implantación de los medios y procedimientos electrónicos como herramienta de simplificación y transparencia. Así, la propuesta 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. Asimismo, racionaliza y mejora los sistemas dinámicos de adquisición y los catálogos electrónicos, herramientas de contratación completamente electrónicas que se adaptan especialmente a la contratación muy agregada que llevan a cabo las centrales de compras.

En todo caso, esta simplificación aconseja la adecuada profesionalización. Y para ello se contempla la obligación que se impone a los estados miembros de la Unión Europea para constituir tanto estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda, como órganos especialmente preparados llevar a cabo los procedimientos de contratación (artículo 87). Esto es especialmente de interés para hacer del principio de transparencia una palanca de cambio hacia una nueva cultura de la gestión de la contratación pública.

Por último, 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[74]. El artículo 24 de la nueva introduce una regulación específica sobre los conflictos de intereses (a desarrollar de forma pormenorizada por los

74. Como indica el considerando 6 de la Propuesta de Directiva, «Aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, 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».

Estados), que se refiere a situaciones de conflicto de intereses reales, potenciales o percibidas, 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. Así debe regularse que será suficiente con excluir de la participación del miembro del personal afectado por un conflicto en el procedimiento de contratación afectado (abstención) salvo que este conflicto de intereses, por su intensidad o trascendencia obligue a que el candidato o licitador en cuestión deba excluido del procedimiento[75].

4. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA COMO DERECHO A LA INFORMACIÓN Y COMPLEMENTO DEL DERECHO A BUENA ADMINISTRACIÓN

La trasparencia en la contratación pública puede tener una función distinta a la de facilitar información a los licitadores para favorecer la concurrencia y ser más eficientes. En concreto puede servir para dar información a los ciudadanos de cómo se gestiona la contratación pública, con la intención de avanzar en el derecho a una buena administración y, por ende, a un control de la misma[76]. La función del principio de transparencia es, en este caso, de carácter sustantivo y no instrumental en tanto tiene por objetivo la rendición de cuentas a la sociedad[77].

---

75. El Libro Verde de la Comisión sobre «la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011, reflexionaba sobre esta cuestión (pág. 54). Y me remito a las respuestas a las consultas del Libro Verde dadas por los investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER JURI 2009-12116), recogidas en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010,* Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 505 y 506.
76. Por todos, E. Guichot, «El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública», *Revista de Administración Pública*, 2003, núm. 160, pp. 283-316; *Transparencia y acceso a la información en Derecho europeo y comparado*, Sevilla: Derecho Global, 2010. Interesa destacar el informe elaborado por la Oficina Antifraude de Cataluña *Derecho de acceso a la información pública y transparencia*, que se puede consultar en su web.
77. Por todos me remito al *Informe especial sobre transparencia y buen gobierno en la comunidad*, del Justicia de Aragón, de 1 de octubre de 2013, que aporta medidas en va-

Por ello, su regulación debe contenerse en la Ley de transparencia, en tanto esa será la norma cabecera[78].

En este punto puede recordarse que la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno contiene una previsión específica al respecto en lo que será el artículo 8 de esta norma[79]:

> *Información económica, presupuestaria y estadística.*
>
> *1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:*
>
> *a) Todos los contratos, con indicación del objeto, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.*
>
> *Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.*
>
> *b) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las*

---

rios sectores, incluidos la contratación pública (se puede consultar en *http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n005986_Informe%20Especial%20sobre%20Transparencia%20y%20Buen%20Gobierno.pdf)*.

78. Opinión expresada también por A. Sanmartin Mora, en su sugerente trabajo «La transparencia en la contratación pública, nuevas perspectivas», Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 129, 2014, pp. 36 a 42.

79. Esta redacción tiene su origen en la enmienda que desde el Observatorio de Contratos Públicos (*www.obcp.es*) se pre-sentó al primer texto y el trámite de audiencia que facilitó el Gobierno: *http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_1_2012_ParticipacionLeytransparencia_f0858b32%232E%23pdf/chk.2685d8dd69351509bf5b979770c626bc.*

encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.

d) Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las administraciones públicas.

e) Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan.

f) Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este Título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo.

g) Las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los cargos mencionados en el artículo 3 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local.

h) Las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales así como de los miembros no electos de la junta de gobierno local, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. Cuando el reglamento orgánico no fije los términos en que han de hacerse públicas estas declaraciones, se aplicará lo dispuesto en el artículo 14, apartado 4 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado. En todo caso, se omitirán los datos relativos a la localización concreta de los bienes inmuebles y se garantizará la privacidad y seguridad de sus titulares.

i) La información estadística necesaria para valorar el grado de

cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia, en los términos que defina cada administración competente.

Esto supone que un portal de transparencia contractual debe contener información sobre:

a) 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 trasparencia que ese contrato se ha celebrado. Esta información permitirá analizar la política de compra pública

b) 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. 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. Además, debe indicarse los motivos de elección del procedimiento (de especial interés en el procedimiento negociado). Como una matización en los contratos menores es su remisión trimestral (agrupada, claro), pero cumpliendo los mismos requisitos.

c) Igualmente se deben publicar las modificaciones contractuales, lo que permitirá valorar si se cumplen o no las exigencias legales que las habilitan, así como el importe de las mismas.

d) Igualmente deben publicarse los actos de desistimiento y de renuncia a la realización de contratos. Y todos los convenios realizados, lo que facilitará «descubrir» si se ocultan o no verdaderos contratos públicos[80].

80. No es posible una interpretación extensiva de la figura del convenio entendida como elemento propio en todo caso de la cooperación, si lo que se oculta es una relación contractual típica, para lo que resulta decisivo tanto el contenido como

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 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»[81]. Pero no

---

la causa. Es suficientemente conocido como derecho europeo de la contratación pública (tanto las directivas como la jurisprudencia interpretativa) ha depurado un concepto de contrato que se identifica con el ámbito objetivo de dichas normas, ya sea en el caso de los contratos sujetos a la Directiva o en el de aquellos otros no cubiertos por las mismas pero afectados en todo caso por los principios ya referido recogidos por los Tratados. En especial, además del carácter escrito que exige la Directiva, deben destacarse la onerosidad y la bilateralidad, de tal modo que quedan excluidas del concepto de contrato las relaciones jurídicas en las que las prestaciones son gratuitas y aquellas en las que no puede hablarse en sentido estricto de dos partes diferenciadas por estar sometida la prestadora del servicio al poder adjudicador encomendante, para el que realiza la parte esencial de sus prestaciones. Así lo determinado la jurisprudencia del TJUE: entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007 (Auroux/Commune de Roanne), Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2007, por la que se condena al Reino de España («Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia») o la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, que trae causa de una cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia de en relación con un contrato de consultoría celebrado entre la Azienda Sanitaria Locale di Lecce y la Universidad de Salento.

81. Wn 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

se cumple este principio con un portal que sea mero repositorio de información no sistematizada y lista interminable de datos[82]. 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.

Y muy ligada a esta idea de transparencia –vinculada con la de seguridad jurídica y predictibilidad– debería, como bien han sugerido P. Valcarcel y R. Fernandez 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[83].

---

de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. A lo largo del documento, se a precia que se busca 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. Cfr., *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25.7.2001.

82. 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.

83. P. Valcarcel Fernandez y R. Fernandez Acevedo, «Organos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España», en libro col dirigido por

5. REFLEXIONES FINALES

Como conclusiones o reflexiones finales, se puede afirmar que la transparencia es un principio vertebrador de toda política de contratación pública, directamente relacionado con el principio de eficiencia y buena administración, que son nuevos ejes sobre los que debe rediseñarse la gestión de la contratación pública. Principio, además, indispensable para avanzar en la máxima de la integridad en la gestión pública en aras a erradicar la corrupción del mercado de los contratos públicos[84].

D. Sorace *Amministrazioni Pubblica dei contratti*, Ed. Scientifica, Napoles, 2013. Y ello porque, como bien indican, estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se esta 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 (p. 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 actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011», en libro col. *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 328-331.

84. La Comisión Nacional de la Competencia ha hecho pública en febrero de 2011 una *Guía sobre contratación pública y competencia* cuyo objetivo es fomentar la competencia en los procesos de contratación pública (Comisión Nacional de la Competencia. Disponible en: *http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580U*). La competencia entre los licitadores es la manera de asegurar que las entidades del sector público, y la sociedad en última instancia, se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios finalmente contratados. Unas condiciones de competencia deficientes conllevan un mayor esfuerzo económico para las entidades del sector público que contratan bienes y servicios y por tanto para los ciudadanos. Mediante las recomendaciones que se incluyen en esta Guía sobre contratación pública y competencia, la CNC quiere contribuir al fomento y promoción de la competencia efectiva en los procedimientos de contratación pública, en beneficio de las administraciones contratantes y de los ciudadanos. La guía se dirige a las entidades del sector público que intervienen en el mercado como demandantes de bienes y servicios a través de los procedimientos de contratación pública. Las entidades del sector público pueden ayudar a fomentar la competencia en los procesos de contratación pública básicamente a través de dos formas: a) Desarrollando procedimientos de contratación que ni en su diseño, ni en su desarrollo, ni posteriormente en la ejecución del contrato introduzcan restricciones injustificadas a la competencia. b) Ayudando a prevenir y combatir potenciales acuerdos entre los participantes en las licitaciones para alterar las condiciones comerciales o repartirse el contrato, fenómeno conocido internacionalmente como *bid rigging*. Según diversas estimaciones realizadas en el ámbito internacional, la colusión entre li-

Una adecuada transparencia, en los dos planos descritos como herramienta para promover la eficiencia y como derecho de los ciudadanos a obtener la rendición de cuentas de la gestión pública, debe permitir una mayor optimización de fondos públicos –estratégico en un contexto de reducción del déficit público– que impulse políticas públicas, y una legitimidad democrática que haga efectivo el derecho a una buena administración[85]. Para ello, los medios electrónicos, desde una adecuada interoperabilidad, pueden facilitar este objetivo.

Pero no es suficiente para promover el cambio que tal principio nos exige. La efectiva transparencia aconseja, también, una nueva regulación con vocación codificadora[86], así como la máxima profesionalización y colaboración de los gestores públicos de la contratación pública[87].

---

citadores puede suponer que los precios de los bienes y servicios contratados se encarezcan en más de un 20%. Autoridades de competencia de países de nuestro entorno están llevando a cabo una intensa actividad sancionadora de este tipo de actuaciones, lo que debe hacernos reflexionar acerca de la frecuencia con que tales prácticas se producen y sobre la conveniencia de facilitar a las distintas administraciones públicas de nuestro país tal labor de detección. Un comentario a esta guía en B. Lozano, y J.E Soriano, «Guía de la Comisión Nacional de la Competencia sobre contratación pública y competencia», *Contratación Administrativa Práctica*, 2011, núm. 108, pp. 48 a 53. Igualmente puede verse el Informe 53/10, de 10 de diciembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, «Guía sobre contratación pública y competencia».

85. Como bien ha afirmado J. Tornos Mas, hay que avanzar hacia un precio de buena administración que permita, sin abandonar el tradicional principio de legalidad, ser el nuevo eje de la legitimación de la actuación de las Administraciones públicas. Prólogo al libro de Ponce, J. *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, *op.cit*., p. 21.

86. Me remito a mi trabajo «La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación pública y las PYME como estrategia de reactivación económica», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*. Madrid: Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 25-84.

87. 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 que las impidan. De especial interés sobre esta cuestión el interesante trabajo del profesor F. Sainz Moreno, F. «Ética pública positiva», *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 515 y ss.

El portal de transparencia, como información cualificada debe ser una herramienta estratégica. Pero debe ir acompañado de una profesionalización de la gestión de los contratos públicos[88]. Si la necesaria estabilidad del marco normativo es deseable, también la necesaria 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[89].

Por supuesto, a modo de «cierre del sistema», deben articularse mecanismos de control y respuesta rápida ante la infracción de estas reglas y principios, para lo que debe pensarse en una arquitectura institucional que permita corregir los «desajustes» que se detecten. Un ejemplo lo es la Oficina Antifraude, que –en colaboración con otros órganos de control, como tribunales de cuentas o órganos de recursos contractuales– deberá analizar toda la información y las prácticas que derivan, a la que se le deberá dotar de medios jurídicos adecuados para que estos objetivos de

88. *Vid.* J.M. Gimeno Feliu, «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública », *op. cit.*, pp. 518 y ss. 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. En este punto resulta de gran interés el trabajo de M.A. Sanmartín Mora, «La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», contenido en el libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, *op. cit.*, pp. 407-434.

89. Aquí, el principio de transparencia engarza con el derecho-deber a una buena administración, del que resulta consustancial una gestión íntegra. *Vid.* L. Prats I Català, «La Lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración», *Cuadernos de Derecho Público*, 2007, núm. 31, pp. 13 y ss. Como concluye (p. 29): «Sin duda el establecimiento de principios de buena administración apropiados para cada ámbito de actuación administrativa, elaborados deliberativa y en consulta con todos los concernidos, interiorizados por políticos, funcionarios y usuarios, y bajo la vigilancia atenta de los órganos de control administrativo, social y judicial, son un buen camino para el objetivo aristotélico de impedir que a los corruptibles, que somos todos, no nos salga a cuenta convertirnos en corruptos y que éstos, que habrían de ser pocos, sean conscientes de que lo son y de que harta es la probabilidad que caiga sobre ellos el peso de la ley y de la infamia».

prevención de la corrupción y de promoción de una nueva cultura de la gestión de la contratación pública sean realmente efectivos. También la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea por la transparencia y la eficiencia contra la corrupción[90]. Y su doctrina, lógicamente, deberá ser transparente con el objeto de mejorar la gestión y avanzar en la predictibilidad y seguridad jurídica[91].

En definitiva, es momento de rediseñar la estrategia de la contratación pública al servicio de políticas públicas, lo que exige nueva regulación y nueva práctica orientada a la visión integral del contrato, que haga de la transparencia vector principal para conseguir la mejor utilización de fondos públicos y permita recudir a la mera anécdota la existencia de prácticas clientelares. Es pues, la ocasión de hacer política con mayúsculas y cimentar una nueva arquitectura institucional de administración pública que, respetando por supuesto el principio de legalidad, avance activamente en la consecución de los derechos de los ciudadanos.

90. Véase la Comunicación de la Comisión, de 28 de mayo de 2003, COM(2003) 317 final. Sobre la cuestión de los recursos en contratos me remito a mi trabajo «Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe CORA. Balance y prospectiva», *Revista de Derecho Público de Cataluña*, 2013, núm. 47.

91. A modo de ejemplo, las memorias del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sistematizan y recogen la principal doctrina, tratándola por asuntos, con el fin de facilitar su conocimiento. Lo mismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales o el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid.

Capítulo 2

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

MARÍA ASUNCIÓN SANMARTÍN MORA

Vocal de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

SUMARIO: I. LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD PÚBLICA: EL SIGNIFICADO DE LAS LEYES DE TRANSPARENCIA. II. LAS EXIGENCIAS DE PUBLICIDAD ACTIVA EN LA LEY 19/2013, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO. III. LA TRANSPARENCIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. IV. LA CONTRATACIÓN ABIERTA. V. LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA EN MATERIA DE CONTRATOS, EN LA LEY 19/2013, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA Y BUEN GOBIERNO. 1. LOS SUJETOS DE LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA SOBRE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. 2. INFORMACIÓN QUE DEBE PUBLICARSE EN EL PORTAL DE TRANSPARENCIA RESPECTO DE LOS CONTRATOS. A) La evolución del precepto durante su tramitación. B) Análisis de la información a publicar. 3. LA PUBLICIDAD SOBRE CONVENIOS Y ENCOMIENDAS DE GESTIÓN. 4. LAS OBLIGACIONES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS Y DE LOS ADJUDICATARIOS DE CONTRATOS PÚBLICOS. VI. LAS NORMAS AUTONOMICAS SOBRE TRANSPARENCIA Y LA CONTRATACION PÚBLICA.

I. LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD PÚBLICA: EL SIGNIFICADO DE LAS LEYES DE TRANSPARENCIA

El martes 10 de diciembre de 2013, se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE nº 295), la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante LTBG).

La LTBG, tiene un triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública, imponiendo a las Administraciones y entidades públicas –y también a algunos sujetos privados en tanto se financian con fondos públicos– unas obligaciones de publicidad activa en formato electrónico; reconoce y garantiza el derecho de los ciudadanos al acceso a la información, configurándolo como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo; y establece unas obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas que se derivarán de su incumplimiento.

Con esta ley, nuestro país se incorpora al numeroso grupo de países con una normativa específica en materia de transparencia, pues hasta ese momento solo existía una escasa regulación de alcance sectorial[1].

Desde que los países escandinavos y los Estados Unidos de América, tomaran las primeras iniciativas para reconocer y regular el derecho de acceso a la información pública, han sido numerosas las naciones que han aprobado leyes de transparencia y acceso a la información[2]. Por lo que afecta a nuestro entorno más próximo, la Unión Europea y la mayoría de sus Estados miembros cuentan con legislaciones específicas[3]. Además, como consecuencia del reconocimiento por el Tribunal

1. La Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público (incorpora la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003)
2. Emilio Guichot estima que existen en torno a un centenar de normas nacionales, a las que habría que añadir más del doble de normas subnacionales. Guichot, E., «El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», en Guichot, E. (Coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Tecnos, 2014.
3. Sobre la transparencia en la Unión Europea, consultar Alli Aranguren, J., « Gobernanza europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública,* monográfico XIV

Europeo de Derechos Humanos del derecho de acceso a la información pública como integrante del derecho fundamental a la libertad de expresión e información, consagrada en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Consejo de Europa aprobó el Convenio número 205, sobre acceso a los documentos públicos, abierto a la firma de los Estados el 18 de junio de 2009[4].

Para entender cuál es el significado de las leyes de transparencia pública y en qué medida innovan el ordenamiento jurídico, es necesario analizar cómo se integra el principio de transparencia en la actividad de los entes públicos.

Podemos decir que la transparencia tiene un doble reflejo sobre la manera de actuar de los sujetos públicos. Por una parte, la transparencia forma junto con la participación y la responsabilidad, la esencia de la buena gobernanza, entendida como una nueva forma de gestionar los asuntos públicos[5]. Gobernanza que en la definición del Diccionario de la lengua española, consiste en el «arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social o institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía».

Los tres principios, transparencia, participación y responsabilidad, están profundamente interrelacionados. La transparencia es un presupuesto ineludible de los otros dos. Sin información de cómo se están gestionando los asuntos públicos no puede haber una verdadera participación, ni podrá hacerse efectiva la exigencia de responsabilidades políticas.

Desde esta perspectiva, la transparencia se traduce en una actitud abierta del poder público hacia la sociedad, brindando a los ciudadanos

---

(Transparencia, Participación Ciudadana y la Administración pública en el siglo XXI), 2011.

4. Este Convenio fija los estándares mínimos en materia de derecho de acceso a la información pública y ha servido de referencia en la elaboración de la LTBG, tal y como se deduce de su Exposición de motivos.
5. El Libro Blanco, sobre la Gobernanza Europea, aprobado en el año 2001 por la Comisión Europea(COM (2001) 428), identifica como los cinco principios de la buena gobernanza la apertura (comunicación más activa, lenguaje más accesible), la participación (de los ciudadanos en todas las fases del proceso desde la concepción a la aplicación de las políticas), la responsabilidad, la eficacia y la coherencia.

toda la información relevante sobre su gestión para que, en su condición de sujetos políticos, puedan participar en los asuntos públicos.

Junto a esta vertiente, existe un ámbito en el que la transparencia se refleja frente al ciudadano considerado individualmente en sus relaciones particulares con el poder público. Aquí la transparencia es una exigencia del Derecho a la buena administración de los asuntos públicos que reconoce la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) en su artículo 41, y se traduce fundamentalmente en la exigencia de un tratamiento imparcial y equitativo a los ciudadanos, y en la necesidad de motivar las decisiones que les afectan.

Pues bien, cuando en la actualidad se habla de leyes de transparencia se está haciendo referencia a la vertiente de la transparencia que se refiere a la apertura del conocimiento de la gestión pública a los ciudadanos en general.

Mientras la transparencia considerada en relación con el ciudadano como sujeto individual, ha tenido un amplio desarrollo y se ha plasmado en el ordenamiento jurídico como pilar esencial del Estado de Derecho, la transparencia como apertura al conocimiento ciudadano de la gestión pública, tiene un origen bastante reciente y es resultado de la evolución del sistema democrático.

Han sido las sociedades de los países con más tradición democrática y con sistemas institucionales más asentados, las que han exigido una democracia de más calidad, en la que las administraciones públicas se conviertan en organizaciones abiertas, más transparentes al ciudadano, de forma que este pueda conocer cómo funcionan, como toman las decisiones, y de que mecanismos de evaluación y control disponen para asegurar la efectividad de las mismas respecto del bien común.

Así nace el concepto de Gobierno Abierto, como un nuevo modo de entender las relaciones entre los poderes públicos y la sociedad, en el que lo público deja de ser opaco para hacerse transparente a los ciudadanos, a los que se anima, e incluso se les reclama, una participación más activa.

Ambas concepciones de la transparencia exigen para resultar efectivas, el cumplimiento de unas obligaciones de publicidad por parte de los sujetos públicos.

En el caso de la transparencia entendida como exigencia de la buena gobernanza, estas obligaciones tienen un doble carácter. Por un lado, los poderes públicos deben llevar a cabo una publicidad activa que consiste en la puesta a disposición de la información pública relevante de forma voluntaria, sin necesidad de un requerimiento previo, de manera que resulte accesible a cualquier ciudadano. Además, en el caso de que una concreta información no esté disponible con carácter general, deberán permitir a los ciudadanos el acceso a la información que soliciten específicamente a título individual.

La vertiente de la transparencia relacionada con el Derecho a la buena administración también exige obligaciones de publicidad activa, pues es de esencia para que exista un tratamiento imparcial y equitativo a los ciudadanos, que los entes públicos publiquen aquellos actos que tienen efectos jurídicos generales o que pueden afectar a una pluralidad de sujetos indeterminados: convocatorias de contratos, subvenciones, ofertas de empleo, concesiones y adjudicaciones de licencias, contratos, subvenciones y un largo etcétera. Estas obligaciones de transparencia, están vinculadas al principio de publicidad, que hunde sus raíces en la tradición del Derecho Romano, y para cuyo cumplimiento nacen los diarios y boletines oficiales. Con carácter general, se trata de una publicidad que en la mayoría de los casos tiene efectos jurídicos directos pues abre plazos para que los interesados puedan hacer valer sus derechos, bien presentando instancias, si inician un proceso de concurrencia; bien interponiendo recursos o reclamaciones, etc.

La nueva concepción de la transparencia no anula las obligaciones de publicidad preexistentes, derivadas del Derecho a la buena administración de los asuntos públicos, sino que se superpone a ellas. No existe colisión entre ambas, pues tienen objetivos distintos –aunque el ámbito material sobre el que recaen sea el mismo– y en función de ello también son diferentes los efectos jurídicos de cada tipo de publicidad.

Cuando hablamos de transparencia, en esta acepción nueva de las leyes de transparencia, estamos hablando de información para la participación, por ello se trata de una publicidad que en ningún caso tiene efectos jurídicos. Con esa transparencia se pretende dar respuesta a la sociedad que reclama superar el sistema burocrático, pasando de la exclusividad de los poderes políticos respecto del conocimiento y gestión

de los asuntos públicos, a la incorporación de otros agentes –ciudadanos, colectivos– para que participen en la toma de decisiones.

Estas exigencias sociales se han producido en un momento de grandes avances tecnológicos, lo cual no es ninguna casualidad, pues han sido esos avances los que las han hecho posibles y a la vez, las han alimentado.

Los sistemas de implementación de la transparencia y la participación han sufrido una auténtica revolución con el desarrollo de las tecnologías de la información. El gran progreso que ha supuesto la aplicación de estas tecnologías a nuestra vida diaria, que ha llevado a denominar a nuestro tiempo como la época de la sociedad de la información, ha tenido también su reflejo en la forma de relacionarse los ciudadanos y los poderes públicos. El grado de transparencia que ahora se exige a los entes públicos no habría podido materializarse sin herramientas como Internet. Por otro lado, los ciudadanos, acostumbrados a obtener grandes cantidades de información de todo tipo «en un solo clic», no entienden que no ocurra lo mismo con la información pública.

La LTBG, responde a esas nuevas exigencias de apertura de lo público y viene a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico un estándar general de transparencia pública. Para ello establece las obligaciones de publicidad activa que con carácter de mínimo deben cumplir los entes públicos, y reconoce el derecho de acceso a la información pública y regula su ejercicio.

II. LAS EXIGENCIAS DE PUBLICIDAD ACTIVA EN LA LEY 19/2013, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA Y BUEN GOBIERNO

La LTBG dedica a las obligaciones de publicidad activa, el Capítulo II del Título I.

Las claves de en qué consiste la publicidad activa y como se configura, las da el artículo 5 que recoge los *Principios generales*:

«1. Los sujetos enumerados en el artículo 2.1 publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública.

2. Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad.

3. Serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos.

4. La información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. Se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización. Cuando se trate de entidades sin ánimo de lucro que persigan exclusivamente fines de interés social o cultural y cuyo presupuesto sea inferior a 50.000 euros, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley podrá realizarse utilizando los medios electrónicos puestos a su disposición por la Administración Pública de la que provenga la mayor parte de las ayudas o subvenciones públicas percibidas.

5. Toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos.»

Las obligaciones de publicidad activa consisten por tanto, en que los sujetos obligados publiquen de forma proactiva la información más relevante en relación con el funcionamiento y control de la actuación pública, y que lo hagan en una forma que garantice que cumple con sus objetivos. Para que la transparencia permita a los ciudadanos conocer cómo se gestionan los asuntos públicos, es fundamental no solo la información que se publica sino como se pone a su disposición. Como han

señalado diversos autores, la información tiene valor para los ciudadanos cuando es relevante, completa y comprensible.[6]

Hay que advertir que el concepto de transparencia pública que inspira la LTBG, es muy amplio, por ello las obligaciones de publicidad no afectan únicamente a las Administraciones públicas y a los demás entes del sector público, sino que se extienden también a sujetos privados como partidos políticos, organizaciones empresariales y sindicatos, y en general a aquellas entidades privadas que se financian de forma relevante con fondos públicos[7].

Qué se entiende por información más relevante sobre el funcionamiento y control de la actividad pública, lo concreta la propia LTBG en los artículos 6 a 8, ordenándola en tres grandes grupos: información institucional, organizativa y de planificación; información de relevancia jurídica; e información económica, presupuestaria y estadística.

Este contenido obligatorio se completa con la exigencia que se avanza en la Exposición de motivos, y que concreta posteriormente el artículo 10.2 LTBG para el Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado, de que se publique además, aquella información que con mayor frecuencia sea objeto de solicitud de acceso. Esta previsión se incluye, a modo de cláusula de actualización, para conseguir que la información que se difunda se corresponda en cada momento con los intereses de los ciudadanos.

En cualquier caso, la información que exigen los artículos 6 a 8 LTBG, tiene la consideración de contenido mínimo obligatorio; cada institución puede profundizar en la transparencia hasta el punto que desee pues la misma no exige de una habilitación legal específica. Por otra parte, el apartado segundo del artículo 5 LTBG reconoce expresa-

6. Entre otros, Lessing, L., «Against transparency», *The New Republic* 2009.
7. El artículo 3 LTBG incluye como sujetos obligados a las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.

mente que la normativa autonómica u otras disposiciones específicas pueden prever un régimen más amplio de publicidad obligatoria[8].

La publicidad activa y en general la transparencia de la información pública, no tiene más límites que los previstos en el artículo 14 LTBG y los que puedan derivarse de la protección de datos de carácter personal[9].

La información debe publicarse en formato electrónico, en las sedes electrónicas o páginas web correspondientes. Para el ámbito de la Administración General del Estado la LTBG prevé un Portal de Transparencia único. Esta opción de incluir toda la información del sector público estatal en un solo portal es muy plausible pues sin duda alguna, refuerza la transparencia.

El artículo 5 LTBG exige que la información se publique de manera clara, estructurada y entendible para los ciudadanos interesados; y que toda ella sea comprensible y de acceso fácil. Este es uno de los aspectos más relevantes de las nuevas obligaciones de transparencia, pues como todos sabemos es habitual que las Administraciones Públicas difundan mucha información a través de sus páginas web, el avance es estructurar esa información, organizarla y ordenarla de forma que se facilite su identificación y búsqueda; crear un punto único de acceso; y hacerla comprensible, incorporando si es necesario glosarios y otras herramientas de ayuda.

---

8. Las Comunidades Autónomas han desarrollado importantes iniciativas en materia de transparencia y no solo normativas, pues han sido pioneras en desarrollar portales de transparencia. Galicia, Baleares, Navarra y Extremadura han aprobado normas sobre transparencia: Ley 4/2006, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega; Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de Illes Balears; Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y Gobierno Abierto; y Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura. El resto de Comunidades Autónomas en su mayoría tienen proyectos normativos en tramitación.
9. El artículo 14 LTBG señala los límites al derecho de acceso, en cuanto el mismo suponga un perjuicio para la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, etc. El artículo 15 LTBG regula la relación entre el derecho de acceso y la protección de datos personales. Ambos preceptos resultan aplicables a la publicidad activa, como no podía ser de otro modo, a tenor de lo previsto en el artículo 5.3 LTBG.

La información además debe de estar disponible de forma permanente y actualizada, y el acceso será gratuito. Por supuesto tiene que cumplir los estándares de accesibilidad para las personas con discapacidad conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos.

La LTBG recoge además como principios técnicos, la reutilización y la interoperabilidad.

La información que se publique deberá serlo preferiblemente en formatos reutilizables[10]. En materia de reutilización, la Ley 37/2007, sobre reutilización de la información del sector público, regula el régimen aplicable a la reutilización de los documentos elaborados por las Administraciones y organismos del sector público, prohibiendo la concesión de derechos exclusivos[11].

En cuanto a la interoperabilidad, la LTBG contiene un mandato a un sujeto indefinido para que establezca los mecanismos adecuados para garantizar la interoperabilidad. Los expertos entienden que en este aspecto resultaría suficiente que se acelerase la aplicación del Esquema Nacional de Interoperabilidad aprobado por Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, en lo que afecta a normalización de documentos, sistemas de copiado auténtico digital, normas sobre formatos, etc.

III. LA TRANSPARENCIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La doble configuración de la transparencia en la actividad pública que hemos analizado en el apartado I, tiene su reflejo en materia de contratación pública, siendo este uno de los ámbitos de la actividad pública

10. La reutilización se define en el artículo 3.1 de la Ley 37/2007, como: el uso por los ciudadanos de información y datos que obran en poder de la Administración, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública.
11. La Ley 37/2007 prevé tres supuestos de reutilización: reutilización de documentos puestos a disposición del público sin sujeción a condiciones; reutilización de documentos puestos a disposición del público con sujeción a condiciones establecidas en licencias-tipo; y reutilización de documentos previa solicitud, pudiendo incorporar en estos supuestos condiciones establecidas en una licencia. También regula los criterios que deberán respetar las licencias.

en que puede resultar más complejo distinguir y acomodar las distintas obligaciones de publicidad activa.

Entre la información que según la LTBG, resulta obligado publicar, se encuentra la relativa a los contratos, tal y como recoge el apartado c) del artículo 8.1 de la misma. Sin embargo, la contratación pública es una materia en la que ya existe en su normativa específica una amplia regulación de las obligaciones de publicidad activa.

La existencia de una completa regulación sobre la información que los poderes públicos deben publicar en relación con los contratos, es consecuencia de que el principio de transparencia es uno de los principios rectores de la contratación pública. Las Directivas sobre contratación pública, tanto las recientemente aprobadas como las de 2004, proclaman el principio de transparencia con fundamento en las libertades que forman la esencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios[12]. Hay que resaltar que se trata de un principio estructurante, y como tal alcanza a todo contrato público independientemente de que este o no sujeto a las Directivas[13].

Además como principio general de la contratación debería cubrir todas las fases del contrato: preparación, licitación, adjudicación, ejecución y extinción[14].

---

12. 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 (Vigente hasta el 18 de abril de 2016), lo proclamaba en el artículo 2 y en el considerando 2. La Directiva 2014/25/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, la menciona en el considerando 1.
13. Este criterio que ya se recogió en la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/2002, de 1 de agosto de 2006) se reafirma en la jurisprudencia de TJUE, entre otras en la STJUE de 14 de junio de 2007 (Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio).
14. Moreno Molina, J. A., «Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos del sector público», *Revista Jurídica de Navarra,* núm. 45, 2008.

Y es que, si hay un sector de la actividad pública en el que sea especialmente relevante la aplicación del principio de transparencia, ese es el de la contratación. La contratación pública por el volumen que representa en el conjunto de la actividad económica –más del 19% del producto interior bruto de la UE en 2010– y por ser una parcela de la gestión pública en la que se detectan numerosos casos de corrupción[15], es el escenario idóneo para aplicar el principio de transparencia y analizar su funcionamiento y efectos.

La significación del principio de transparencia en materia de contratación pública está íntimamente ligada al principio de igualdad de trato a los licitadores y no discriminación, de forma que todos dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas y se evite el favoritismo y la arbitrariedad. Por otro lado se trata de un principio con un marcado carácter instrumental pues su objetivo no es meramente formal, sino que busca generar competencia, de forma que una mayor concurrencia empresarial redunde en mayor eficiencia. Como puso de relieve la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011, sobre modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), «transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción». Me remito sobre estas cuestiones al excelente trabajo del profesor Gimeno Feliu, «Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos», en este mismo libro.

La interrelación entre estos principios se traslada a nuestro ordenamiento en el artículo 1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP):

«La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa

15. Sobre la especial incidencia de la corrupción en la contratación pública, resulta interesante el *Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE* (COM(2014) 38).

de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.»

Como consecuencia de esta orientación hacia la igualdad de trato, la implementación del principio de transparencia en la normativa europea de contratación pública se ha centrado fundamentalmente en la fase de licitación y adjudicación de los contratos, y cuando se ha detenido en la fase de ejecución ha sido en relación con las incidencias que surgen en la misma y que pueden encubrir nuevas adjudicaciones: los modificados[16].

Por supuesto, los efectos de la transparencia sobre la licitación y adjudicación de los contratos no se agotan en las obligaciones de publicidad activa, sino que como principio inspirador de la contratación tiene reflejo en la propia configuración de los procedimientos de contratación.

Siguiendo a la profesora Valcarcel Fernandez, podríamos enumerar como manifestaciones prácticas del principio de transparencia en los procedimientos de contratación pública, las siguientes[17]:

a. La publicación de los anuncios de licitación

b. La especificación concreta, clara, completa y lo más terminada posible en los anuncios de los contratos o en los pliegos contractuales, de aspectos tales como las condiciones de cualificación exigibles a los licitadores; del objeto del contrato y sus características; y de los criterios de evaluación y adjudicación de las ofertas.

c. La proporción a los licitadores de la información sobre las modificaciones o alteraciones contractuales que puedan verificarse

d. El reconocimiento a los licitadores del derecho a estar presentes en la apertura de las ofertas y la obligación de levantar un acta de las deliberaciones de la mesa de contratación que forme parte del expediente del contrato

16. La Directiva 2014/25/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, incorpora como novedad la necesidad de dar publicidad a los modificados en el artículo 72.1. Algunas Comunidades Autónomas ya habían regulado la publicidad de los modificados, ver Beltran Gomez, A. I., «La transparencia en la modificación de los contratos públicos», en www.obcp.es.

17. Valcarcel Fernandez, P., «Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública», *Por el Derecho y la Libertad, (Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor)*, Iustel, Madrid, 2014 (en prensa).

e. La motivación suficiente de las decisiones adoptadas en el marco del procedimiento contractual.

Aun así, es cierto que una de las consecuencias más importantes de la aplicación del principio de transparencia es la obligación de dar publicidad a los procedimientos de adjudicación desde la apertura hasta su resultado y a las incidencias que ocurren en el mismo, es decir de realizar unas actividades de publicidad activa, aspecto en el que coincide la normativa de contratación pública compuesta fundamentalmente por el TRLCSP, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, con la LTBG.

Como ocurre con otras materias en las que la LTBG marca obligaciones de publicidad activa que a su vez ya tenían su propia normativa sectorial, la doble regulación de las obligaciones de publicidad activa en la normativa de contratación pública y en la LTBG, ha suscitado dudas sobre cómo se van a compaginar las mismas.

El Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, manifestó su preocupación sobre esta cuestión[18].

El dictamen del Consejo de Estado advirtió con carácter general que el Anteproyecto no precisaba su relación con otras normas vigentes, y como consecuencia del juego conjunto de las remisiones que contenía y las cláusulas de salvaguarda de la vigencia de algunos regímenes especiales, junto a la ausencia de disposiciones derogatorias, no era sencillo determinar cuál era la norma de aplicación preferente. Esta colisión podía surgir de manera particularmente intensa en materia de subvenciones y contratos del sector público.

En concreto respecto de los contratos, apreciaba un solapamiento entre el contenido del Anteproyecto y las normas de TRLCSP. La disparidad entre el artículo 6 a) del Anteproyecto (actual apartado a, del artículo 8.1 LTBG) y el artículo 154 TRLCSP relativo a la publicidad de la formalización de los contratos, en cuanto a en qué sede se ha de realizar la publicidad y en cuanto a la amplitud de la misma, llevaba al Consejo

18. Dictamen 707/2012.

de Estado a entender que se exigían actividades de publicidad duplicadas que en su opinión, excederían de lo razonable, y por ello propuso una revisión de las mismas:

«A tal efecto, se ha observado que el listado de cuestiones que han de ser publicitadas no coincide con el contenido en el artículo 154 de la LCSP, precepto que además especifica quién ha de publicar los datos correspondientes de los contratos formalizados –el órgano de contratación– y en qué sede ha de hacerlo –perfil del contratante–. Además, el artículo 154 sólo obliga a dar publicidad a los contratos que superen ciertas cuantías, en tanto que el artículo 6.a) del anteproyecto prevé hacer pública la información relativa a "todos los contratos formalizados". Esta disimilitud implica, cuando menos, para los sujetos a los que se aplicará el régimen del anteproyecto la carga de realizar una actividad en ciertos casos duplicada y no enteramente coincidente de publicidad en materia contractual que parece exceder de lo razonable. Por ello, se sugiere revisar los términos en que está formulada la obligación consagrada en este apartado, a fin de aproximar su contenido a lo establecido en la LCSP en la medida de lo posible».

Sin embargo, como hemos visto al principio, hay que entender que tal colisión entre normas no existe, sino que se trata de dos regímenes distintos y complementarios que desarrollan el principio de transparencia sobre la contratación pública.

Las obligaciones de publicidad activa del TRLCSP persiguen dar cumplimiento a los principios de igualdad de trato y libre concurrencia, por ello se refieren al procedimiento de adjudicación de los contratos y en consecuencia la configuración del Perfil del contratante es la de un instrumento de publicidad dirigido fundamentalmente a los operadores económicos interesados en la licitación y adjudicación del contrato.

Por otra parte, se trata de una publicidad que tiene en la mayoría de las ocasiones, efectos jurídicos; los anuncios de licitación abren el plazo de presentación de proposiciones, los anuncios de adjudicación abren el plazo para interponer el recurso especial y la cuestión de nulidad, y por lo que se refiere a la publicidad del acto de formalización, hay que tener en cuenta que se trata de una información relevante para los operadores económicos, en cuanto el artículo 39.4 TRLCSP establece que en determinados supuestos, la cuestión de nulidad deberá interpo-

nerse antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato.

Frente a esto, la finalidad de las obligaciones de publicidad activa de la LTBG es la de difundir de forma periódica y actualizada en una web *ad hoc*, Portal de Transparencia, la información que permita conocer a los ciudadanos cómo se está gestionando la contratación pública, los procedimientos de adjudicación que más se utilizan, el grado de publicidad que se da a las licitaciones, si hay un nivel razonable de licitadores interesados, etc.

Por lo tanto las obligaciones de publicidad activa de la LTGB y del TRLCSP responden a objetivos distintos, por ello tienen regulaciones separadas. Las de la LTGB permiten al ciudadano controlar la buena administración de los asuntos públicos mientras que la publicidad activa del TRLCSP va dirigida fundamentalmente a los operadores económicos, de ahí que se ofrezcan en distintos soportes, portal de transparencia, Perfil del contratante y con distintos contenidos y formatos, sin que tengan porque existir solapamientos[19].

IV. LA CONTRATACIÓN ABIERTA

Aclarada la compatibilidad entre las obligaciones de publicidad activa en materia de contratos que recogen la LTBG y la normativa de contratación pública, y antes de analizar en detalle el contenido de la LTBG en relación con los contratos, resulta oportuno dedicar unas consideraciones a un nuevo concepto cuyo uso se está introduciendo a nivel internacional: la Contratación Abierta.

La Contratación Abierta es la traslación al ámbito de la contratación pública del concepto Gobierno Abierto.

La Guía de Gobierno Abierto, desarrollada por las más importantes instituciones y organizaciones pro acceso[20],la define como las normativas y prácticas que aumenten la publicidad y la participación en todo el proceso de la contratación pública, desde la convocatoria a la

19. Sobre la diferente configuración de los Portales de transparencia y los Perfiles de contratante, me remito a mi trabajo «La transparencia en la contratación pública: nuevas perspectivas», en la revista *Contratación Administrativa Practica,* núm. 129, 2014.

20. *http://www.opengovguide.com*

finalización del contrato. Cubre por lo tanto toda la vida del mismo: el procedimiento de licitación y adjudicación, la ejecución, el rendimiento y la extinción del contrato; y afecta a toda la gama de contratos.

La Contratación Abierta exige de los gobiernos una serie de compromisos que la Guía de Gobierno Abierto, siguiendo las recomendaciones del informe «Contratación Abierta: una nueva frontera para la transparencia y la rendición de cuentas» elaborado por el Instituto del Banco Mundial[21], resume en cinco premisas:

- Desarrollar mecanismos de contratación pública que garanticen procesos transparentes y justos.
- Reconocer que el ciudadano tiene el derecho a acceder a la información sobre contratación pública.
- Capacitar al público para que comprenda los datos de contratación pública, sea capaz de seguirlos y actuar en consecuencia.
- Publicación activa de documentos y datos esenciales sobre contratación pública.
- Encontrar fórmulas de financiación de los contratos públicos que fomenten la participación.

En el ámbito de la Unión Europea, el régimen de contratación pública cumple con unos exigentes estándares que garantizan unos procesos de licitación y adjudicación transparentes, pues este ha sido el objetivo prioritario de las Directivas europeas en materia de contratos con el fin de hacer efectivos los principios de igualdad de trato y no discriminación. Sin embargo, otros aspectos de la Contratación Abierta han quedado a la iniciativa de los Estados miembros.

En este sentido, interesa resaltar dos de las características de la noción de Contratación Abierta que habría que tener en cuenta a la hora de implementarla en nuestro país. Así, la idea de que la Contratación Abierta tiene que abarcar todo el proceso resulta fundamental, pues es de la mayor transcendencia a los efectos de cumplir con el objetivo de transparencia, que es que los gobiernos sean efectivamente responsables de cómo se usan los recursos públicos. Como puso de relieve la

21. Disponible en: *http://pro-act.org/profiles/blogs/research-highlights-open-contracting-practices-from-around-the-wo*

OCDE es necesario realizar una consideración global del ciclo completo de la contratación pública, pues la licitación es en general, la fase mejor regulada y transparente del proceso de contratación, mientras que existen otras zonas oscuras menos sometidas a los requisitos de transparencia y, por ello, muy expuestas a la corrupción. Estas áreas oscuras se refieren particularmente a las fases preconcurso y postconcurso, desde la evaluación de necesidades a la gestión de contratos y pagos[22].

Por otro lado, reconocer que el ciudadano tiene derecho a acceder a la información sobre contratación pública y capacitarlo para que comprenda los datos, sea capaz de seguirlos y actuar en consecuencia, exige que los poderes públicos se involucren de forma activa, pues de otra forma puede ocurrir que a pesar del esfuerzo para garantizar el acceso público a la información, el uso de esa información sea muy limitado. Por ello la Guía recomienda entre otras estrategias, que se desarrollen sistemas para recopilar y publicar los datos sobre contratación de una manera estructurada y en plazo, de manera rutinaria o cotidiana y en formatos que faciliten la participación, el uso y el análisis de la información. A estos efectos entiende necesario que a la vez que se desarrollan portales de contratación pública electrónica dirigidos a los licitadores, se desarrolle «una interfaz distinta que permita que los ciudadanos de a pie, que se informen sobre proyectos y contratos que les afectan a ellos y a su entorno».

V. LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA EN MATERIA DE CONTRATOS, EN LA LEY 19/2013, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PUBLICA Y BUEN GOBIERNO

Las obligaciones de publicidad activa en materia de contratos se regulan en el artículo 8 LTBG dedicado a la «Información económica, presupuestaria y estadística», en concreto en el apartado 1 a).

Todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del Título I dedicado a la Transparencia pública, deberán hacer pública, como mínimo la siguiente información:

22. La Integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z. (OCDE 2007). Publicado por el Instituto Nacional para la Administración Pública, Madrid, 2009.

«Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público».

Varios son los aspectos que interesa analizar sobre este precepto. En primer lugar cual es el ámbito subjetivo de aplicación. En una primera lectura, este se presenta como el más amplio posible –los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del Título I– pero como veremos, posteriormente el apartado 2 del mismo artículo 8 LTBG restringe esa amplitud. Además, respecto de los sujetos obligados, resulta interesante analizar si todos los sujetos a los que la normativa de contratación pública define como sector público están comprendidos en el ámbito de aplicación de la LTBG, pues parece razonable que así sea.

En segundo lugar, habrá que ver cuál es el ámbito objetivo de la LTBG y en consecuencia, que tipos de contrato están afectados por las obligaciones de publicidad que establece. Asimismo un estudio detallado de la información que debe publicarse de forma obligatoria sobre los contratos públicos exige analizar si el contenido del artículo 8.1 a) LTBG se entiende suficiente para cumplir los objetivos que se pretenden.

Por otro lado, hay otras cuestiones de la LTBG que aunque no se refieren directamente a las obligaciones de publicidad sobre los contratos públicos, resultan relevantes a efectos de la transparencia en contratación pública. La LTBG contiene importantes previsiones sobre la publicidad de los convenios y encomiendas de gestión, que por su especial conexión con el ámbito de los contratos públicos, será importante a efectos de conocer si la gestión pública se ajusta a las normas de contratación pública.

Asimismo, el artículo 4 LTBG establece obligaciones de suministrar información que recaen sobre prestadores de servicios públicos y adjudicatarios de contratos, que deberán recogerse en los instrumentos jurídicos que rijan la contratación.

En todo caso, no hay que perder de vista como ya se ha dicho anteriormente, que se trata de obligaciones mínimas que podrán verse ampliadas por lo que dispongan las normas autonómicas sobre transparencia. Galicia, Baleares, Navarra y Extremadura se han dotado de leyes propias sobre transparencia y buen gobierno en las que han regulado aspectos sobre la transparencia en contratación que analizaremos en el apartado siguiente de este trabajo.

1. LOS SUJETOS DE LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA SOBRE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

La LTBG, establece obligaciones de publicidad activa no solo para los entes del sector público, sino también para las corporaciones de Derecho público, partidos políticos, organizaciones empresariales y sindicatos, y para aquellas otras entidades privadas que se financian de forma relevante con fondos públicos. Adopta pues un doble criterio de sujeción: función pública y financiación pública[23].

El artículo 2 LTBG, incluye en el ámbito subjetivo de aplicación de las obligaciones de transparencia publica a las Administraciones públicas territoriales; a las entidades gestoras de la Seguridad Social y las mutuas de accidentes de trabajo; a los organismos autónomos, Agencias Estatales, entidades públicas empresariales y entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; a las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas; a las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo; a la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General

23. Barrero, C., «Transparencia: ámbito subjetivo », en Guichot, E. (Coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.* Tecnos, 2014.

del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo; a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades públicas sea superior al 50 por 100; a las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones y a las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades anteriormente mencionadas.

Además, el artículo 3 LTBG lleva por título «Otros sujetos obligados» y dispone que las obligaciones de publicidad activa también serán aplicables a los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, y a las entidades privadas que perciban durante el período de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40 % del total de sus ingresos anuales tengan carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros.

Aunque el articulo 8 LTBG comienza vinculando a todos los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación del Título I y por lo tanto a los incluidos en los artículos 2 y 3 LTGB, posteriormente en el apartado segundo de dicho artículo 8 aclara que los «otros sujetos obligados» solo deberán publicar la información respecto de los contratos y convenios que hayan celebrado con una Administración Pública[24].

Respecto de los entes públicos, resulta relevante a los efectos de nuestro estudio analizar en qué medida los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP lo están también a la LTBG, como sería deseable.

Recordemos que el artículo 3 TRLCSP establece su ámbito subjetivo de aplicación distinguiendo tres categorías de sujeción: Administraciones Públicas, poderes adjudicadores no Administración pública y entes del sector público que no son poder adjudicador. Para las prime-

24. Gimeno Feliu, J.M. y Bernal Blay, M.A., han advertido de que los partidos políticos podrían tener la consideración de poder adjudicador. Gimeno Feliu, J.M. «Las nuevas Directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013.

ras regula con precisión la preparación y adjudicación de los contratos y por tanto las normas de publicidad. Para los segundos establece la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y los que no lo están; los sujetos a regulación armonizada deben adjudicarse de acuerdo con el TRLCSP y se les aplican las mismas normas de publicidad que a los contratos de la Administraciones Públicas, si bien no será preciso publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación o sistema equivalente gestionado por la Administración Pública de la que dependa la entidad contratante. La adjudicación de los contratos no sujetos deberá realizarse de acuerdo con los principios de publicidad y transparencia, que el artículo 191 TRLCSP concreta como mínimo en la necesidad de dar publicidad en el perfil de contratante de la entidad a las instrucciones internas de contratación y a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros.

Los entes del sector público que no son poder adjudicador también deben respetar los principios de publicidad y transparencia en la adjudicación de sus contratos y a tal efecto, deben contemplar las medidas oportunas en las instrucciones internas de contratación que aprueben, las cuales a tenor de lo dispuesto en el artículo 192 TRLCSP también deberán publicarse en el perfil de contratante.

Pues bien, el artículo 2 LTBG regula el ámbito subjetivo de las obligaciones sobre transparencia de forma análoga a como lo hace el artículo 3.1 TRLCSP respecto de los entes que integran el sector público a efectos de contratación pública, con dos salvedades:

a) Respecto de las fundaciones, la redacción del artículo 3.1) TRLCSP es bastante más clara que la de la LTBG, pues incluye a las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. La LTBG por su parte, se refiere a las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones, expresión bastante más confusa pues el concepto de fundación del sector

público es de difícil concreción como ha puesto de relieve Barrero, C.[25]

b) Por otro lado la LTBG no contiene una previsión análoga a la establecida en el artículo 3.1 h) TRLCSP que se refiere a «Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia».

   De esta manera, el criterio determinante de sujeción a la LTBG, en el caso de sociedades o fundaciones, es la participación en el capital social o en el patrimonio fundacional cuando el control público puede derivarse de otros factores, tal y como recoge el artículo 3. 1 h) TRLCSP.

   Puede ocurrir por tanto que existan entes sujetos al TRLCSP que no estén incluidos en los supuestos del artículo 4 LTBG y queden fuera de las obligaciones de transparencia lo que sería una incongruencia pues se trata de entes que adjudican contratos públicos.

   Y aún resulta más grave, si el ente que queda fuera del ámbito de la LTBG tiene la consideración de poder adjudicador de acuerdo con el artículo 3.3 b) TRLCSP.

   Durante la tramitación de la LTBG fueron diversas las iniciativas que reclamaban que se incorporase el concepto de poder adjudicador como de hecho hacen algunas normas autonómicas de transparencia[26] y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

   En este sentido se pronunció el Observatorio de Contratación Pública (ObCP) en su Posición sobre el Anteproyecto de Ley[27], y alguno de los expertos que fueron llamados a expresar su parecer sobre el Proyecto en la Comisión Constitucional del Congreso[28].

25. En la obra citada en la nota anterior.
26. Ley 4/2006, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega (artículo 1.1 b) y Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y Gobierno Abierto (artículo 2).
27. Documento disponible en: *http://www.obcp.es/*
28. T. R. Fernández, entre otros.

2. INFORMACIÓN QUE DEBE PUBLICARSE EN EL PORTAL DE TRANSPARENCIA RESPECTO DE LOS CONTRATOS

Antes de estudiar en detalle, las concretas obligaciones que la LTBG exige de los entes públicos, vamos a analizar la evolución del precepto durante la tramitación de la norma pues nos puede dar importantes claves para interpretar su contenido. Con ello no solo tendremos un catálogo de obligaciones de publicidad activa, sino que surgirán ideas de como el sector público puede completar y ampliar esas obligaciones y ser aún más transparente.

A) La evolución del precepto durante su tramitación

El apartado a) de artículo 8.1 LTBG sufrió importantes modificaciones durante la fase de participación al que se sometió al Anteproyecto y después durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley.

El Anteproyecto de Ley que el Gobierno sometió a trámite de información pública, exigía la publicidad de:

«Los contratos adjudicados, con indicación del objeto, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones, prorrogas y variaciones de plazo o de precio del contrato.

Asimismo se publicaran 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»

Las principales aportaciones que se tuvieron en consideración para la redacción del Proyecto de Ley se debieron al ObCP y a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

En concreto, a instancia del ObCP se introdujo en dicho precepto la necesidad de dar publicidad a «todos» los contratos para entender incluidos los contratos menores, y de acuerdo con la nueva regulación de la perfección de los contratos del sector público se estableció que la publicidad debe ser de los contratos «formalizados», no de los adjudicados.

Se incluyó la necesidad de dar publicidad además de al objeto del contrato, al importe de licitación y de adjudicación y al procedimiento

utilizado, a los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, y el número de licitadores que han participado.

Asimismo, se extendió la obligación de publicidad a los actos de desistimiento y renuncia y se contempló que la publicación de la información relativa a los contratos menores pudiera hacerse trimestralmente y de forma agregada.

La CNC en su Posición sobre el Anteproyecto de Ley adoptada el 25 de abril de 2012[29], valorando en mucho la iniciativa, entendió que debía de ampliarse la información estadística sobre los procedimientos de contratación, aunque no toda ella se hiciera pública, con objeto de detectar practicas colusorias, de reparto de mercado o de concertación de precios.

Para la CNC la información agregada y concisa sobre los licitadores, los adjudicatarios, los precios de adjudicación, la valoración de las ofertas, las posibles modificaciones sobrevenidas de los contratos, o los operadores que subcontratan con los adjudicatarios y el importe de dicha subcontratación, obtenida a lo largo de un período suficiente, puede evidenciar la realización por los operadores económicos de prácticas irregulares y por ello propuso que se diera información no solo sobre el adjudicatario sino sobre el resto de licitadores que hayan presentado ofertas, sobre el contenido de las mismas y las puntuaciones finales obtenidas y también sobre la identidad de los subcontratistas y el importe y porcentaje en volumen del contrato subcontratado. Esta propuesta no se admitió, posiblemente por entender que iba más allá de los objetivos que pretendía el Anteproyecto.

También el Consejo de Estado en el Dictamen sobre el Anteproyecto había sugerido la conveniencia de dar publicidad del número de licitadores que presentaron ofertas, de sus respectivas ofertas económicas y las puntuaciones finalmente obtenidas por todos ellos, así como al régimen de subcontratación de cada contrato público, en caso de que aquella tenga lugar, y a los supuestos de incumplimiento de los contratos. Para el Consejo de Estado «la inclusión de este género de datos entre la información sometida a publicidad activa permitiría la obtención de información cabal sobre el modo concreto en que se desarrollan los

29. Documento disponible en: *http://www.cncompetencia.es*

procedimientos contractuales y sobre las eventuales circunstancias de su desenvolvimiento posterior, extremos cuya publicidad contribuiría, a juicio del Consejo de Estado, a alcanzar los fines que el Anteproyecto persigue y que inspiran su contenido».

La redacción que incorporó el artículo 7 del Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de julio de 2012, como consecuencia de dichas aportaciones fue la siguiente:

«Todos los contratos formalizados, con indicación del objeto, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente y de forma agregada. Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público».

El precepto aún sufrió otras tres modificaciones durante la tramitación parlamentaria. En las comparecencias de los expertos ante la Comisión Constitucional, se sugirió suprimir la referencia a los contratos «formalizados» para incluir claramente a todos los contratos incluso a aquellos que no tienen una formalización documental como los contratos menores[30], sugerencia que finalmente tuvo su reflejo en el texto a través de una enmienda del Grupo Popular en el Congreso. En esa misma enmienda se eliminó la posibilidad de dar información de los contratos menores «de forma agregada», por la incertidumbre sobre su significado[31]. Además, durante la tramitación en el Senado se incluyó como dato a publicar la duración del contrato[32]

Tanto en el Congreso como en el Senado, se presentaron también otras enmiendas dirigidas a ampliar la información a publicar que no

30. Por el profesor E. Guichot.

31. Enmienda núm. 517 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

32. Enmienda núm. 244 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado

prosperaron. Así que no se acogió en el texto final la necesidad de publicar la justificación de la adjudicación[33]; los requisitos que justifican la elección de determinados procedimientos, especialmente el negociado sin publicidad[34]; las prórrogas[35]; las subcontrataciones realizadas[36]; la identidad de los licitadores[37]; y la información sobre la cesión del contrato, la extinción y las causas de resolución[38].

B) Análisis de la información a publicar.

Como ya se ha puesto de manifiesto, las obligaciones de la LTBG son un mínimo exigible con carácter general que pueden verse ampliadas por la normativa autonómica correspondiente o por otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio de publicidad y de facto por los propios sujetos a través de sus páginas web.

La primera cuestión relevante sobre los datos a publicar es el concepto de contrato al que se refiere la LTBG, pues utiliza la expresión «todos los contratos», sin concretar más. Cabría entender que se refiere al concepto de contrato público que define el artículo 2 TRLCSP, que abarca a los contratos onerosos cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes del sector público. En este caso estarían incluidos en el ámbito de la LTBG los contratos administrativos, los privados y los patrimoniales de las Administraciones Públicas e incluso los comprendidos en el artículo 4 TRLCSP como excluidos del TRLCSP. No estarían sujetos a publicidad «per se» los contratos subvencionados

33. Enmienda núm. 11 de Compromís-Equo en el Congreso y enmiendas núm. 128 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progres de Catalunya y num 208 del Grupo Parlamentario Socialista, en el Senado.
34. Enmienda núm. 12 de Compromís-Equo en el Congreso. Esta cuestión también había sido sugerida por el ObCP.
35. Enmiendas núm. 128 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progres de Catalunya y núm. 208 del Grupo Parlamentario Socialista, en el Senado.
36. Enmienda núm. 135 de Esquerra Republicana de Catalunya en el Congreso y enmiendas núm. 128 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progres de Catalunya y núm. 208 del Grupo Parlamentario Socialista, en el Senado.
37. Enmienda núm. 321 del Grupo Parlamentario Unión, Progreso y Democracia en el Congreso.
38. Enmienda núm. 456 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso y enmiendas núm. 128 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progres de Catalunya y núm. 208 del Grupo Parlamentario Socialista, en el Senado.

salvo que el ente contratante esté dentro del ámbito de aplicación del artículo 2.1 LTBG.

Esta resulta ser la interpretación más adecuada y desde luego la más acorde con el objetivo de la Ley. No obstante, no es compartida por autores como E. GUICHOT, que se apoyan en el hecho de que en la tramitación parlamentaria del precepto se rechazaron las enmiendas que pretendían incluir en el artículo 8.3 LTBG referido a la información sobre el patrimonio inmueble de las Administraciones Públicas, los expedientes de los negocios jurídicos que tuvieran por objeto los bienes inmuebles y derechos patrimoniales de las Administraciones Públicas[39].

En lo que no hay duda es que debe darse información de los contratos menores. Como hemos visto, en la tramitación parlamentaria se suprimió la referencia a que tal publicidad pudiera hacerse de forma agregada, lo que exigirá que se incluya toda la información sobre los mismos que esté disponible.

Asimismo, debe publicarse la información sobre los contratos tramitados por el procedimiento de emergencia aunque los mismos no hayan sido formalizados.

Respecto del procedimiento de adjudicación de cada contrato, habrá que publicar el objeto, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario. Algunos sectores de la doctrina proponen que en relación con los procedimientos negociados sin publicidad, se indique la causa que justifica la utilización de dicho procedimiento y las circunstancias que lo hacen aplicable al caso.

La información relativa a los instrumentos a través de los cuales se ha publicitado el contrato, permitirá extraer estadísticas concretas acerca de los tipos de publicidad empleados y controlar que se han utilizado los medios de publicidad obligatorios. La inclusión del número de licitadores participantes en el procedimiento resulta relevante para apreciar si ha existido concurrencia real y efectiva, y en caso contrario analizar las posibles causas (estrechez del mercado, publicidad inadecuada, re-

39. Enmienda núm. 213 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado.

quisitos de participación muy rigurosos, etc.) y en su caso adoptar las medidas oportunas.

La LTBG exige que sean objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos, aunque cabe preguntarse si esta información no es más propia de ser publicada en el Perfil del Contratante, puesto que no se refiere a contratos perfeccionados, sino a incidencias en el procedimiento de adjudicación que interesan especialmente a los licitadores pero que para el ciudadano no tienen especial relevancia.

Sobre la fase de ejecución del contrato, la LTBG ha sido muy poco ambiciosa, pues únicamente exige que se dé publicidad a la duración y a las modificaciones del contrato. Sin embargo, a efectos del cumplimiento de los objetivos de transparencia, como hemos visto al hablar de la Contratación Abierta, resulta fundamental dar publicidad de la ejecución contractual para que los ciudadanos puedan conocer y controlar la gestión de los fondos públicos.

El Anteproyecto de Ley se refería a la necesidad de publicar las «modificaciones, prórrogas y variaciones de plazo o precio» y sin embargo en el Proyecto se eliminó la referencia a las prórrogas y las variaciones de plazo y precio, posiblemente por entender que las mismas estaban incluidas en el concepto de modificación del contrato, lo cual no es técnicamente así. El concepto de modificado tal y como se regula en el TRLCSP, no abarca todas las incidencias que se pueden producir durante la ejecución del contrato y que afectan al precio o al plazo. Quedan por tanto fuera de la exigencia de publicación obligatoria, aspectos relevantes como las ampliaciones de plazo a solicitud del contratista por motivos no imputables al mismo (artículo 213 TRLCSP) que tienen carácter obligatorio para la Administración y no se considera modificaciones del contrato, y las prórrogas del contrato que aunque pueden entenderse incluidas en el concepto de modificaciones previstas, como tienen un régimen jurídico específico parece conveniente mencionarlas expresamente. Asimismo, la escueta referencia del artículo 8 LTBG a la «duración» del contrato no es suficiente, habría que completarla con la fecha de inicio y de finalización, lo que permitirá controlar si la ejecución se ha efectuado en el plazo previsto en el contrato

Respecto de las variaciones de precio resulta también relevante conocer el importe final del contrato, incluidas las revisiones de precio y el importe de liquidación del contrato, con objeto de conocer las desviaciones que se han producido.

Además, si realmente se quiere dar una visión completa de la gestión de un contrato, no basta con publicar los modificados que se produzcan sino que habrá que dar información de los contratos complementarios que traen causa del mismo.

También resulta necesario conocer aquellos supuestos en que la finalización del contrato se produce sin su cumplimiento, es decir por resolución, o en los que la ejecución se realiza por otra empresa, por cesión del contrato. Como se ha expuesto anteriormente, ya el Consejo de Estado se pronunció en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley, a favor de que se informara de los supuestos de incumplimiento.

Otro aspecto sobre el cual se ha reclamado información desde diversas instancias ha sido la subcontratación. La CNC propuso que así fuera, al considerar que para detectar prácticas irregulares por los operadores económicos es importante conocer información sobre los subcontratistas, en concreto proponía que se publicitara la identidad de los subcontratistas, importe y porcentaje en volumen del contrato subcontratado. También el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto indicó que para alcanzar los fines de transparencia debía darse publicidad al régimen de subcontratación de cada contrato público.

Las normas autonómicas sobre transparencia aprobadas hasta el momento si exigen dar publicidad a la subcontratación[40].

De lo expuesto hasta el momento se desprende que el contenido de la LTBG en cuanto a los contratos públicos resulta escasa al haber atendido fundamentalmente a la fase de adjudicación y haber olvidado la de ejecución, salvo al exigir la publicidad de los modificados, y en este caso posiblemente influenciada porque los mismos pueden encubrir adjudicaciones ilegales.

40. Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega (artículo 10.4); Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de Illes Balears (artículo 19.2 h); y Ley 4/2013, de 21 de mayo de Gobierno Abierto de Extremadura (artículo 8.2).

En cuanto a la información estadística, el artículo 8.1 a) TRLCSP exige publicar los datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de los contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público. Debe entenderse que se incluyen los datos sobre contratos menores pues de otra forma no se dará una visión completa de la utilización de los procedimientos de adjudicación.

Esta información debería completarse con los datos sobre el número de contratos adjudicados por cada uno de los procedimientos, lo que permitiría hacerse una idea más real del grado de utilización de los procedimientos, ya que el porcentaje en volumen presupuestario queda muy distorsionado por los grandes contratos que habitualmente se adjudican por procedimiento abierto.

Una información que también resulta relevante a efectos del control de la gestión pública es la relativa a la planificación y seguimiento de los proyectos y obras de infraestructura más importantes, con objeto de que los ciudadanos tengan una visión de conjunto de los grandes proyectos[41]. Sobre los mismos resulta especialmente necesario publicar información sobre los proyectos pendientes de ejecución, de forma que se conozcan los trámites realizados y los pendientes y respecto de los contratos ya formalizados: objeto de la obra, contratista, plazo de ejecución, fecha de inicio y fecha de finalización prevista.

3. LA PUBLICIDAD SOBRE CONVENIOS Y ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

La LTBG contiene importantes obligaciones de transparencia respecto de los convenios y encomiendas de gestión. La información sobre estas figuras tiene gran relevancia a efectos de valorar si las entidades públicas están haciendo un buen uso de las mismas, y en concreto por lo que aquí interesa, si no están encubriendo prestaciones que deberían haber sido objeto de un contrato público.

Durante la tramitación de la LTBG también fueron numerosas las aportaciones sobre esta materia. El Anteproyecto de Ley que el Gobier-

41. Transparencia Internacional lo incluye como uno de los indicadores de transparencia de las Comunidades Autónomas.

no sometió a trámite de información pública, de forma muy sencilla, exigía la publicidad de:

«La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto y en su caso las obligaciones económicas convenidas»

El precepto se modificó sustancialmente por las aportaciones de la CNC que puso de manifiesto como había venido detectando la existencia de prácticas administrativas en relación con los convenios que generan perjuicios innecesarios o desproporcionados a la competencia. Por ello entendió necesario ampliar la información que se publique sobre los convenios de forma que se pueda comprobar que cumplen con los requisitos para ser excepcionados de la aplicación de las normas sobre contratación pública.

Además sugirió que las encomiendas de gestión a medios propios tuvieran una consideración especial puesto que en muchas ocasiones los medios propios recurren a la subcontratación para ejecutar los trabajos en vez de realizarlos con sus propios medios y porque los precios de esas encomiendas no siempre corresponden a los de mercado. La necesidad de hacer pública la información sobre las encomiendas de gestión también la había apuntado el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto.

Por ello la CNC propuso ampliar la sucinta redacción inicial del Anteproyecto y que se diera publicidad también al plazo de duración, las modificaciones y la identidad de quienes lleven a cabo la realización de las prestaciones objeto del convenio, y que se incluyera una referencia específica a las encomiendas de gestión a medios propios o servicios técnicos de la Administración, con indicación del presupuesto, objeto de la encomienda, de las obligaciones económicas, de la fijación de las mismas respecto a que tarifas, y de la realización en su caso de subcontrataciones, con indicación de los adjudicatarios, de los procedimientos para su selección y del importe de adjudicación.

El Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno, recogió estas sugerencias en el artículo 7, exigiendo en relación a los convenios la publicación de:

«La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.»

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley se incluyó la necesidad de dar publicidad a la duración de los contratos y de las encomiendas de gestión[42], quedando el apartado b) del artículo 8.1 LTBG, dedicado a la Información económica, presupuestaria y estadística con la siguiente redacción:

«La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma».

Sobre este precepto, valorando la exhaustividad de la información que comprende, cabría exigir una mayor precisión terminológica, en el sentido de incluir junto con las encomiendas de gestión, una mención específica a los encargos de ejecución a medios propios, pues hay que advertir que los encargos de ejecución a medios propios que regula el artículo 24 TRLCSP no resultan asimilables a las encomiendas de gestión.

La Abogacía General del Estado en la Circular 6/2009, y la Junta Consultiva de Contratación de Illes Balears en su informe 6/2009, entienden que el artículo 15 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, relativo a las encomiendas de gestión, comprendía inicialmente actividades ajenas a la legislación de contratación pública y actividades

42. Enmienda núm. 243 del Grupo Popular en el Senado.

constitutivas de prestaciones propias de contratos de obra, suministros y servicios, pero que después de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, hay que entender que dicho precepto ha quedado limitado a aquellas encomiendas que se refiere a actividades ajenas a la contratación pública.

Los encargos de ejecución a medios propios que regula el artículo 24 TRLCSP no se instrumentan a través de un convenio como negocio jurídico consensual sino a través de órdenes de ejecución como ha puesto de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 1/2007, pues uno de los requisitos de estos encargos es que el medio propio esté sometido jerárquicamente al órgano de contratación de modo análogo al que lo están sus propios servicios. Además los párrafos c) y d) del artículo 4 TRLCSP excluyen del contenido de los convenios las prestaciones de tipo contractual. La encomienda de gestión sin embargo se articula como un acuerdo o convenio entre partes.

Otro aspecto sustancial del distinto régimen jurídico aplicable es que las encomiendas de gestión deben publicarse en el Diario Oficial correspondiente y los encargos de ejecución no exigen publicidad en boletines oficiales.

En el mismo sentido de exigir la diferenciación entre las figuras de la encomienda de gestión y los encargos de ejecución se ha pronunciado el Tribunal de Cuentas en el informe 1003/2013[43].

En este mismo informe, el Tribunal de Cuentas resalta la importancia de dar información sobre estas figuras a efectos de control de la actividad pública «pues hay que evitar que la encomienda de gestión se convierta en un medio exclusivamente dirigido a orillar el régimen de contratación pública correspondiente al poder adjudicador encomendante, con el consiguiente encarecimiento de las prestaciones encargadas originado por el sobrecoste que implica la intermediación del medio propio».

43. El Tribunal de Cuentas propone que se modifique la denominación de la figura regulada en los artículos 4 y 24.6 TRLCSP, a fin de evitar confusiones con la encomienda de gestión regulada en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común.

En este punto, hay que traer a colación que resulta razonable que a los encargos de ejecución se les de publicidad no solo en el Portal de Transparencia a efectos de conocimiento general por los ciudadanos, como dispone la LTBG, sino en el Perfil del Contratante en el momento de su formalización a efecto de posibles recursos.

La Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos de Navarra somete los encargos a medios propios a publicidad en el perfil y permite que los empresarios interesados en la adjudicación de un encargo puedan interponer reclamación ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

La guía de procedimiento ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón considera impugnables a través del recurso especial en materia de contratación, a los encargos de ejecución a medios propios que no cumplan los requisitos legales lo que hace conveniente modificar en este sentido la Ley 3/2011.

4. LAS OBLIGACIONES DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS Y DE LOS ADJUDICATARIOS DE CONTRATOS PÚBLICOS

El artículo 4 LTBG dispone que las personas físicas y jurídicas distintas de los sujetos obligados de los artículos 2 y 3, que prestan servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, estarán obligados a suministrar a la Administración, organismo o entidad a la que se encuentren vinculados, previo requerimiento, toda la información necesaria para el cumplimiento por aquellas de las obligaciones de publicidad activa. Esta obligación se extiende también a los adjudicatarios de contratos de sector público en los términos previstos en el respectivo contrato.

Sobre las personas físicas y jurídicas que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas hay que advertir que existen dos grados de sujeción a la LTBG. Por un lado estarían las corporaciones de Derecho público y las mutuas de accidentes que tienen la consideración de sujetos totalmente obligados por aplicación del artículo 2.1 LTBG, y por otro las personas físicas y el resto de personas jurídicas que solo estarían obligadas a proporcionar información a la entidad a la que se encuentran vinculados previo requerimiento. Este trato diferente ha sido

muy cuestionado, puesto que la decisión de no someter directamente a la obligación de información a todos los sujetos que prestan servicios públicos o ejercen potestades administrativas, no se compadece bien con las previsiones del Convenio 205, sobre acceso a los documentos públicos, que califica como entidad pública a las personas naturales o jurídicas cuando ejercen como una autoridad administrativa[44].

Fueron numerosas las voces que durante la tramitación de la norma exigieron que se incluyera a estos sujetos en el ámbito subjetivo de la Ley, como por otra parte hace la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en su artículo 2.4.1, d).

Por otro lado también se cuestionó la redacción de la LTBG por resultar imprecisa en cuanto al alcance del concepto «servicios públicos», que puede entenderse en el sentido clásico del servicio público cuya prestación se ha reservado formalmente la Administración o de una manera más amplia como comprensiva de cualquier actividad de interés general[45]

En principio parece acorde con el objetivo de la LTBG que aquellos que ejerzan potestades públicas o presten servicios públicos en sentido estricto, resulten vinculadas por las obligaciones de transparencia respecto de la información relativa a las actividades directamente relacionadas con las funciones públicas que ejerzan y los servicios públicos que gestionen. Ahora bien, quizás se pueda prever que el cumplimiento de estas obligaciones se pueda hacer efectivo a través de la Administración a la que estén vinculadas. Para ello, las normas reguladoras de los conciertos y otras formas de participación de entidades privadas en la prestación de servicios públicos, en especial los que se refieren a los sistemas públicos de educación, sanidad y servicios sociales, deberían establecer las concretas obligaciones de publicidad activa y de suminis-

44. Sobre esta cuestión ver S. Fernandez Ramos, «El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», *Revista Aragonesa de Administración Pública,* monográfico XIV(Transparencia, Participación Ciudadana y la Administración pública en el siglo XXI), *2011.*

45. Barrero, C., «Transparencia: ámbito subjetivo », en Guichot, E. (Coord.),*Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Tecnos, 2014.

tro de información que deberán cumplir estas entidades y las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

Sobre las obligaciones de suministrar información que recaen sobre los adjudicatarios de contratos de sector público, se cuestionó mucho que la LTBG remita a los términos previstos en el respectivo contrato, por entender que con ello se dejaba a la voluntad de las partes el contenido y exigencia de esta obligación. Sin embargo, resulta lógico que así sea pues la variedad de tipos contractuales y de prestaciones que pueden ser objeto de los contratos, hace conveniente que sea cada Administración o entidad del sector público la que deba recoger, no ya en el contrato, sino en los pliegos que rijan la licitación, las concretas obligaciones sobre el suministro de información que va a exigir al adjudicatario.

Por otro lado, para la efectividad de estas obligaciones debería precisarse el plazo para su cumplimiento, así como prever la imposición de penalidades o multas coercitivas una vez transcurrido el plazo conferido en el requerimiento de información sin que el mismo hubiera sido atendido. Así lo sugería el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto

VI. LAS NORMAS AUTONOMICAS SOBRE TRANSPARENCIA Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como ya se ha expuesto, algunas Comunidades Autónomas disponen de leyes sobre transparencia, desde hace ya algunos años.

Galicia, fue pionera al aprobar la Ley 4/2006, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega; le siguió varios años después la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de Illes Balears; Navarra aprobó en 2012, la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y Gobierno Abierto; y por último Extremadura aprobó la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura.

Estas normas, anteriores todas ellas a la LTBG, no son en cualquier caso contradictorias sino complementarias de ella, en la medida en que amplíen la información sujeta a publicación, tal y como dispone el artículo 5.2 LTBG.

Todas ellas prevén la publicación de la información a través de las páginas web, como recordemos permite la LTBG al exigir que la información se publique en formato electrónico en las sedes electrónicas o en las páginas web de cada institución. Sin embargo, no recogen con carácter general la necesidad de que exista un único punto de acceso a la información sobre transparencia, requisito que se desprende de la regulación del artículo 5 LTBG que exige que la información se publique de forma estructurada.

Solo la Ley de Extremadura refleja de forma expresa que existirá un único punto de acceso, el Portal Electrónico de la Transparencia y la Participación Ciudadanas, sin duda por ser la más reciente y haber tenido en cuentas las cuestiones que se suscitaron durante la tramitación de la LTBG.

Baleares opta por dar la información sobre contratación en el perfil de contratante y Navarra a través del Portal de Contratación de Navarra.

El caso de la Comunidad Foral presenta características especiales pues la Ley Foral opta por configurar el Portal de Contratación, no solo como medio oficial para la publicidad de las licitaciones, sino como instrumento fundamental de información sobre transparencia.

Contiene además una previsión que resulta original en nuestro derecho y es la que insta a la Administración pública a promover el uso y difusión del Portal entre los ciudadanos, al objeto de garantizar la transparencia en materia de contratación y fomentar la participación y colaboración ciudadanas[46].

Sobre la información públicar hay que señalar que las normas autonómicas, aunque en algunos casos se han visto superadas por la LTBG como es el caso de la información sobre los contratos menores o sobre los modificados en los que alguna de las normas autonómicas establecía umbrales para que la publicidad resultara obligatoria, en otros aspectos contienen avances. Así incluyen la necesidad de dar publicidad a aspectos de la ejecución del contrato como la cesión y la subcontratación en el caso de las normas de Galicia, Baleares y Extremadura; y Navarra por su parte, incluye también entre las obligaciones de publicidad información sobre los contratos programados.

46. Una medida en este ámbito ha sido la de recomendar que los contratos públicos superiores a 12,5 millones de euros, cuentes con informes de técnicos designados por colegios profesionales, que acordó el Gobierno en su reunión del 19 de febrero de 2014

En relación con los convenios de colaboración, las normas autonómicas han sido especialmente sensibles a la necesidad de controlar que no encubran prestaciones que deberían haber sido objeto de un contrato y por lo tanto haberse adjudicado previa licitación pública. Las Leyes de Galicia y Baleares, exigen que se motive la utilización de la figura del convenio y las razones que excluyen la celebración de un contrato administrativo, y que se dé publicidad a dicha motivación.

Por último, todas las leyes autonómicas aprobadas antes de la LTBG recogen disposiciones específicas sobre el derecho de los ciudadanos a acceder a la información que obre en poder de los concesionarios de servicios públicos y que resulte necesaria para formular quejas o reclamaciones por la prestación de los mismos, y exigen que en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas se recojan las previsiones necesarias para garantizar este derecho.

Una vez que la LTBG ha marcado el estándar mínimo de transparencia, serán las normas autonómicas que se aprueben, las que muy posiblemente, incluyan importantes avances tanto en materia de ejecución como de planificación de la contratación.

A modo de ejemplo, la Ley 1/2014, de 24 junio, de transparencia publica de Andalucía, incluye la publicación obligatoria de las prórrogas de los contratos y de la subcontratación. El proyecto de Ley de Transparencia publica y participación ciudadana de Aragón aprobado por el Consejo de Gobierno el 18 de marzo de 2014, contiene importantes previsiones respecto de la información de la fase de ejecución de los contratos que no tengan la consideración de contrato menor, incluyendo los datos sobre fechas de inicio y finalización del contrato, las revisiones de precio y los importes de liquidación. Además incluye información sobre la planificación y seguimiento de las obras de infraestructuras más importantes. El Proyecto de Ley de Transparencia y de acceso a la información pública de Canarias, además de incluir un precepto específico dedicado a la información de las obras públicas, contiene previsiones de publicidad sobre los contratos programados, las penalidades impuestas por incumplimiento y los contratos resueltos.

II. Novedades en la legislación de contración pública

Capítulo 3

La influencia del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC sobre la Directiva 2014/24/UE

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
Catedrático de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho. Universidad de Castilla-la Mancha

SUMARIO: I. LA NUEVA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU INCORPORACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ACP. II. OBJETIVOS DEL ACP Y DE SU RECIENTE PROCESO DE REVISIÓN. III. LA ADOPCIÓN DEL ACP POR LA UNIÓN EUROPEA Y LAS MEDIDAS PREVISTAS POR ÉSTA PARA IMPULSAR EL ACCESO RECÍPROCO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS DE TERCEROS PAÍSES AL MERCADO DE LA UE Y DE LAS EMPRESAS EUROPEAS A LOS MERCADOS DE AQUELLOS. IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ACP Y UMBRALES. INFLUENCIA SOBRE LA DIRECTIVA 2014/24. V. IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. 1. LA NOVEDOSA REGULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL ACP REFORMADO.2. LOS PRINCIPIOS EN LA DIRECTIVA 2014/24 Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. VI. LA COINCIDENCIA ENTRE EL ACP Y LA DIRECTIVA 2014/24 EN SU IMPULSO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. VII. INTEGRIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES. VIII. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN Y NEGOCIACIÓN. IX. LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DEL ACP. X. LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA ONU. XI. HACIA UN DERECHO GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

I. LA NUEVA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU INCORPORACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ACP

En la elaboración 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[1], ha desarrollado un papel muy relevante el Acuerdo de Contratación Pública (en adelante, ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)[2], cuyo texto reformado aprobado en 2012 constituye una de las bases de la directiva europea[3].

En relación con los contratos regulados por los anexos I, II, IV y V de la Directiva 2014/24 y las notas generales correspondientes a la Unión Europea del apéndice I del ACP, los poderes adjudicadores deben cumplir las obligaciones que les impone el ACP aplicando la Directiva a los operadores económicos de terceros países que sean signatarios de los mismos.

Pero también la UE ha influido notablemente en el proceso de reforma del ACP y a ella se debe que el texto revisado del Acuerdo siga

1. Véase Gimeno Feliú, J.M., «Novedades en la nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública», *Revista de estudios locales*, nº 161 (2013), págs. 15 a 44 y «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), págs. 39 a 106.
2. Son partes en el ACP Armenia, Canadá, la Unión Europea en relación con sus 28 Estados miembros, Hong Kong-China, Islandia, Israel, Japón, Corea, Liechtenstein, los Países Bajos en relación con Aruba, Noruega, Singapur, Suiza, Taipei Chino (Taiwán) y los Estados Unidos.
3. Véase la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública [COM (2013), 143 final, de 22 de marzo de 2013]; la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece la posición que debe adoptar la Unión Europea en el seno del Comité de Contratación Pública con respecto a las Decisiones de aplicación de determinadas disposiciones del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública [COM (2013) 142 final, de 22 de marzo de 2013] y el Anexo a la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece la posición que debe adoptar la Unión Europea en el Comité de Contratación Pública por lo que respecta a las decisiones de aplicación de determinadas disposiciones del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública [COM (2013) 142 final, de 22 de marzo de 2013].

el orden secuencial de un procedimiento de contratación, aproximando así su estructura a la de las directivas europeas sobre contratos públicos y logrando una mejor legibilidad y una mayor claridad[4].

El antecedente más relevante de la nueva Directiva europea sobre contratación pública es la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (COM 2010, 2020), que considera a los contratos públicos como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para alcanzar estos objetivos, mejorando el entorno empresarial y las condiciones para que las empresas innoven y fomentando un uso más generalizado de la contratación ecológica que favorezca una economía con pocas emisiones de carbono y que haga un uso más eficaz de los recursos.

Al mismo tiempo, la Estrategia Europa 2020 hace hincapié en que la política de contrataciones públicas debe garantizar un uso más eficaz de los fondos públicos y en que los mercados públicos deben seguir teniendo una dimensión que abarque a toda la Unión.

En su Comunicación de 13 de abril de 2011 titulada «Acta del Mercado Único: Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza», la Comisión Europea incluyó entre las doce medidas prioritarias clave que debían adoptar las instituciones de la UE antes del final de 2012, la revisión y modernización del marco normativo de la contratación pública para flexibilizar la adjudicación de los contratos y para que los contratos públicos puedan servir mejor como apoyo de otras políticas.

Asimismo, la Comisión publicó el 27 de enero de 2011 un Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE[5] con el que puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexi-

4. Apartado 2.1 de la exposición de motivos de la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública [COM (2013) 143 final, de 22 de marzo de 2013].
5. «Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», COM (2011), 15 final, de 27 de enero de 2011.

bilizar la adjudicación de los contratos y hacer posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas[6].

La Directiva 2014/24 tiene como objetivo principal incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio, a través de la simplificación y flexibilización de las normas sobre contratación pública[7], y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles[8].

Plantea así la necesidad de simplificar las normas, incrementar su eficiencia y eficacia y hacer que se adapten mejor a la evolución del contexto político, social y económico[9].

---

6. Véanse al respecto las respuestas a las consultas del Libro Verde dadas por los investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER JURI 2009-12116), recogidas en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010,* Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.
7. Moreno Molina, J.A., «La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos», en AAVV (dir. Gimeno Feliú, J.M., coord. Bernal Blay, M.A.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 115 a 163.
8. Véase Pernás García, J., *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011 y «El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales», en *Observatorio de políticas ambientales 2012* , Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 299-323. En este punto, por lo que se refiere al ámbito del ACP, la Decisión del Comité de Contratación de 30 de marzo de 2012 (GPA/113, p. 10) adopta un programa de trabajo con respecto a la contratación sostenible (el párrafo 8.a) del artículo XXII del Acuerdo dispone que las Partes adoptarán y revisarán periódicamente un programa de trabajo, incluido el relativo a la contratación sostenible), que se iniciará tras la entrada en vigor del Protocolo por el que se modifica el ACP.
9. Gimeno Feliú, J.M., «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9 (2010).

II. OBJETIVOS DEL ACP Y DE SU RECIENTE PROCESO DE REVISIÓN

El Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC fue firmado el 15 de abril de 1994, al mismo tiempo que el Acuerdo por el que se establece la OMC, y entró en vigor el 1 de enero de 1996.

Se trata de uno de los acuerdos «plurilaterales» que figuran en el Anexo 4 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, lo que significa que no todos los Miembros de la Organización están obligados por él.

El objetivo del ACP es establecer un marco multilateral de derechos y obligaciones equilibrados en materia de contratación pública, con miras a conseguir la liberalización y la expansión del comercio mundial.

De esta forma, establece una serie de derechos y obligaciones entre sus Partes con respecto a sus respectivas leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera de dicha contratación.

El Acuerdo se basa en un enfoque de lista inclusiones para determinar el ámbito de aplicación. En el Apéndice I del ACP se enumeran las entidades sujetas de cada país. En el Anexo 1 del citado Apéndice figuran las entidades del gobierno central; en el Anexo 2 las de los gobiernos subcentrales, y en el Anexo 3 todas las demás entidades que realicen compras conforme al Acuerdo (incluyendo tanto empresas gubernamentales como aquéllas correspondientes a servicios públicos). Las entidades que se enumeran en los anexos están sujetas a las disposiciones del Acuerdo, en lo que respecta a sus compras de bienes y servicios si el valor de la compra sobrepasa unos umbrales determinados, que no son uniformes debido a que existen algunas diferencias entre los países signatarios; y si los bienes y servicios objeto de la compra no están exentos de la cobertura del ACP.

El proceso para la revisión del ACP ha tenido dos importantes hitos, al llegarse a un primer acuerdo en 2006 y culminar las negociaciones el 15 de diciembre de 2011. La Decisión sobre los resultados de las negociaciones celebradas de conformidad con el párrafo 7 del artículo XXIV del ACP, se adoptó formalmente el 30 de marzo de 2012[10].

10. Véase la página oficial de la OMC, *http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm*, fecha de consulta 20 de marzo de 2014.

La nueva versión del ACP ha modificado tanto el Preámbulo, como los artículos I a XXIV y los Apéndices del Acuerdo de 1994[11].

El principal objetivo de la revisión del ACP ha sido impulsar una mayor liberalización y expansión del comercio internacional y mejorar el marco en que este se desarrolla.

En este sentido, se reconoce en el Preámbulo del Protocolo por el que se modifica el ACP que los compromisos en materia de procedimiento en el marco del Acuerdo «deberán ser suficientemente flexibles para responder a las circunstancias específicas de cada Parte», y que hay que tener en cuenta «las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados»[12].

Resulta fundamental para avanzar en la liberalización de las compras públicas la utilización de medios electrónicos y por ella apuesta el ACP.

Los principales objetivos de la renegociación del ACP han sido mejorar y actualizar el Acuerdo, a la luz, entre otras cosas, de la evolución de la tecnología de la información y los métodos de contratación; ampliar el ámbito de aplicación del Acuerdo; y eliminar las medidas discriminatorias que seguían aplicándose[13].

Sobre el proceso de renovación del acuerdo sobre contratación pública de la OMC véase Anderson, R. D., «Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations», *Public Procurement Law Review*, Issue 4 (2007).

11. Arrowsmith, S. y Anderson, R.D., *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform,* Cambridge University Press, 2011.
12. El artículo V del del Protocolo por el que se modifica el ACP prevé que en las negociaciones de adhesión al Acuerdo y en la aplicación y administración del mismo, las Partes prestarán una atención especial a las circunstancias y las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo y de los «países menos adelantados», reconociendo que dichas circunstancias y necesidades pueden variar significativamente de un país a otro. Conforme a lo previsto en el citado precepto y cuando se reciba una solicitud a tal efecto, las Partes concederán trato especial y diferenciado: a) a los países menos adelantados; y b) a cualquier otro país en desarrollo, en los casos y en la medida en que el trato especial y diferenciado responda a sus necesidades de desarrollo.
13. Sobre la renovación del acuerdo sobre contratación pública de la OMC véase Anderson, R. D., «Renewing the WTO Agreement on Government Procurement:

En este sentido, el Comité de Contratación Pública adoptó dos Decisiones sobre las modalidades para las negociaciones sobre la ampliación del ámbito de aplicación y la eliminación de las medidas y prácticas discriminatorias (GPA/79 y GPA/79/Add.1).

Las negociaciones también tenían por objeto facilitar la adhesión al Acuerdo de nuevas Partes, en especial países en desarrollo[14].

En diciembre de 2006, los negociadores llegaron a un acuerdo provisional acerca de la revisión del texto del Acuerdo plurilateral de 1994. Sin embargo, el acuerdo estaba sujeto a una verificación jurídica, y al resultado mutuamente satisfactorio de la ampliación de las listas de entidades gubernamentales cuya contratación está abierta a la competencia. El 15 de diciembre de 2011 se adoptó en Ginebra, a nivel ministerial, una decisión sobre los resultados de todos los aspectos de las negociaciones.

El nuevo texto entraña una revisión a fondo de las disposiciones del ACP a fin de que sean más fáciles de utilizar, con apoyo principalmente en la utilización de los medios electrónicos en el proceso de contratación. Se ha previsto mayor flexibilidad en algunos ámbitos, por ejemplo, plazos más breves para la contratación de bienes y servicios de un tipo que esté disponible en el mercado comercial. Asimismo, se ha definido más claramente el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, con lo que se espera facilitar la adhesión de esos países en el futuro; y se ha prestado especial atención a los procedimientos nacionales de recurso para las impugnaciones presentadas por los proveedores y las normas para modificar las listas de cobertura de las Partes.

Según una estimación preliminar de la OMC, los beneficios en materia de acceso a los mercados representan entre 80.000 y 100.000 millones de dólares anuales[15].

Estos beneficios se deben a una reducción de los valores de umbral y a la incorporación de nuevas entidades y sectores en los actuales Ane-

---

Progress to Date and Ongoing Negotiations», *Public Procurement Law Review*, Issue 4 (2007).

14. Hay que tener en cuenta que las negociaciones en el marco del ACP no formaron parte de la denominada Ronda de Doha de negociaciones de la OMC, que abarcaba otros muchos temas.

15. Véase *http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm,* Fecha de consulta 6 de febrero de 2014.

xos del Apéndice I de las Partes en el Acuerdo. Las Partes en el ACP, en su conjunto, han añadido por lo menos 200 entidades adicionales en sus listas.

III. LA ADOPCIÓN DEL ACP POR LA UNIÓN EUROPEA Y LAS MEDIDAS PREVISTAS POR ÉSTA PARA IMPULSAR EL ACCESO RECÍPROCO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS DE TERCEROS PAÍSES AL MERCADO DE LA UE Y DE LAS EMPRESAS EUROPEAS A LOS MERCADOS DE AQUELLOS

Mediante la Decisión 94/800/CEE, el Consejo aprobó el ACP de 1994 y desde entonces forma parte del ordenamiento jurídico comunitario europeo y obliga tanto a las instituciones de la Comunidad como a los Estados miembros.

En algunos aspectos, el ACP preveía unas condiciones de acceso a los contratos públicos en el interior de la Comunidad más favorables para los licitadores y productos de terceros países signatarios que las previstas por las directivas comunitarias sobre contratos de obras y suministros. Para eliminar esta situación discriminatoria para las empresas comunitarias, fueron modificadas las directivas comunitarias sobre contratos (93/36, 93/37 y 92/50/CEE) por medio de la Directiva 97/52/CE, que tuvo como principal objetivo la asunción de los compromisos internacionales que para la Comunidad Europea se derivaban de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994).

Tras la reforma del ACP aprobada en 2012, la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 2 de diciembre de 2013 aprobó la celebración del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (2014/115/UE).

Tanto en las negociaciones para la revisión del ACP, como en las negociaciones bilaterales con terceros países, la UE ha abogado por una ambiciosa apertura de los mercados internacionales de contratación pública.

Los licitadores de los países adheridos al ACP tienen acceso a contratos públicos en la UE por valor de 352.000 millones de euros, aproximadamente. En cambio, muchos terceros países son reacios a abrir

sus mercados de contratación a la competencia internacional, o abrirlos en mayor medida que hasta ahora. El valor de los contratos ofrecidos en EE.UU. a licitadores extranjeros supone actualmente alrededor de 178.000 millones de euros; 27.000 millones de euros en el caso de Japón, y tan solo una mínima parte del mercado de contratación pública chino está abierto a las empresas extranjeras. Muchos países han adoptado además medidas proteccionistas, especialmente a raíz de la crisis económica.

En conjunto, más del 50 % del mercado mundial de la contratación está actualmente cerrado como consecuencia de medidas proteccionistas, y ese porcentaje no hace sino aumentar[16]. De este modo, solo exportaciones de la UE por un valor de 10.000 millones de euros (0,08 % del PIB de la UE) penetran en los mercados mundiales de la contratación, al tiempo que exportaciones adicionales por un valor estimado de 12.000 millones de euros no pueden efectuarse por existir restricciones[17].

En cambio, la UE ha mantenido su mercado de contratación pública considerablemente

abierto a la competencia internacional, pese a la creciente presión ejercida sobre su mercado interno, en particular por economías emergentes en determinados sectores clave (ferrocarriles, construcción, tecnología de la información). A excepción de algunas disposiciones, cuya aplicación se circunscribe a los contratos de suministros y de servicios de los conocidos como sectores «excluidos» o de servicio público[18], la UE no ha ejercido su facultad de regular el acceso de los productos, los servicios y las empresas extranjeros a su mercado de contratación pública.

16. En relación con el mercado chino puede verse Cancino, R, «La transición de China hacia una economía de mercado en el 2016 y sus implicaciones para la contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 130 (2014).
17. Véase al respecto la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso de los productos y servicios de terceros países al mercado interior de la Unión en el ámbito de la contratación pública, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los productos y servicios de la Unión a los mercados de contratación pública de terceros países (COM 2012, 124 final; 2012/0060 COD).
18. Véanse los artículos 58 y 59 de la Directiva 2004/17, sobre procedimientos de contratación pública en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Dada la creciente importancia de las economías emergentes, la ausencia de condiciones de competencia equitativas genera muchos problemas. Para la UE, el principal problema es que carece de capacidad de presión en sus negociaciones internacionales con los socios comerciales para corregir el desequilibrio existente y obtener compromisos importantes de acceso al mercado en favor de las empresas de la UE. Además, los poderes adjudicadores carecen de un marco claro a la hora de aplicar los compromisos internacionales de la UE.

Con la finalidad de mejorar las condiciones en las que las empresas de la UE pueden competir por contratos públicos en terceros países, se encuentra en la actualidad en avanzada fase de tramitación la citada propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso de los productos y servicios de terceros países al mercado interior de la Unión en el ámbito de la contratación pública, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los productos y servicios de la Unión a los mercados de contratación pública de terceros países[19].

La citada propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo pretende fortalecer la posición de la UE al negociar el acceso de sus empresas a los mercados de contratación pública de terceros países, con miras a la apertura de los mercados de sus socios comerciales. En segundo lugar, y a tal fin, se desea clarificar las disposiciones que regulan el acceso de las empresas, los productos y los servicios de terceros países al mercado de contratación pública de la UE. En última instancia, y de acuerdo con la Estrategia Europa 2020[20], se trata de incrementar las posibilidades de negocio de las empresas de la UE a escala mundial, creando así nuevos empleos y favoreciendo la innovación[21].

19. Véase el Informe de la Comisión de Comercio Internacional del Parlamento Europeo de 10 de diciembre de 2013 (PE 516.711v03-00, A7-00454/2013) sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso de los productos y servicios de terceros países al mercado interior de la Unión en el ámbito de la contratación pública, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los productos y servicios de la Unión a los mercados de contratación pública de terceros países.
20. Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, «Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (Europa 2020)» (COM 2010, 2020).
21. Téngase en cuenta la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, Al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones,

Ni la Directiva 2004/18 ni la 2004/17 establecieron un marco general aplicable a las ofertas que incluyen productos y servicios extranjeros en el mercado de contratación pública de la UE. Las únicas disposiciones específicas eran las establecidas en los artículos 58 y 59 de la Directiva 2004/17/CE. Sin embargo, tales disposiciones se limitaban a los contratos adjudicados por los operadores de servicios públicos, y su ámbito de aplicación era demasiado limitado como para incidir significativamente en las negociaciones de acceso al mercado.

En las nuevas directivas en materia de contratación pública, tanto la clásica (2014/24) como la de sectores especiales (2014/25), la Comisión decidió no integrar los artículos 58 y 59 de la Directiva 2004/17, a la vista de la comentada propuesta de Reglamento[22].

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ACP Y UMBRALES. INFLUENCIA SOBRE LA DIRECTIVA 2014/24

El ACP es aplicable a todas las leyes, reglamentos, procedimientos o prácticas relativos a los contratos que celebren las entidades sujetas al cumplimiento del Acuerdo que se detallan en el Apéndice I, que a su vez se divide en cinco Anexos correspondientes a cada Parte:

- En el Anexo 1 figuran las entidades de los gobiernos centrales.
- En el Anexo 2 figuran las entidades de los gobiernos subcentrales.
- En el Anexo 3 figuran todas las demás entidades que se rigen en sus contratos por las disposiciones del ACP.
- En el Anexo 4 constan, mediante enumeración positiva o negativa, los servicios abarcados por el ACP.
- En el Anexo 5 constan los servicios de construcción abarcados.

A efectos de la aplicación del ACP, para determinar el valor de los contratos se tendrán en cuenta todas las formas de remuneración, con inclusión de cualesquiera primas, honorarios, comisiones e intereses

---

«Una política industrial integrada para la era de la globalización: poner la competitividad y la sostenibilidad en el punto de mira» (SEC 2010, 1272 y COM 2010, 614).

22. COM (2011) 895 final y COM (2011) 896 final.

abonables[23]. La elección del método de valoración por la entidad no podrá ser utilizada con la finalidad de impedir la aplicación del Acuerdo, ni se podrá fraccionar una convocatoria de licitación con esa intención (artículo II del Protocolo por el que se modifica el ACP).

Los valores de umbral pertinentes se detallan en los Anexos correspondientes a cada Parte y no son comunes a todas las partes firmantes. Cada una de ellas negocia sus propios umbrales. Así, por lo que se refiere a la Unión Europea se prevé, para las entidades de los gobiernos centrales, un umbral de 130.000 derechos especiales de giro (DEG) para los contratos de suministros y servicios, y de 5.000.000 DEG para los contratos de obras. Por su parte, para las entidades subcentrales[24], los umbrales son de 200.000 DEG para suministros y servicios, y 5.000.000 DEG para obras.

El artículo I del ACP declara su aplicabilidad a «las adquisiciones mediante cualquier instrumento contractual, incluidos métodos tales como la compra, la compra a plazos o el arrendamiento, financiero o no, con o sin opción de compra, e incluida cualquier combinación de productos y servicios». Eso sí, siempre que se trate de contratos de un valor no inferior al valor de umbral pertinente que se indica en el Apéndice I.

Los umbrales establecidos por la Directiva 2014/24 se adaptaron para garantizar su correspondencia a los equivalentes en euros de los umbrales fijados en el ACP. La propia Directiva prevé en su articula-

23. El ACP se aplicará a todos los contratos públicos cuyo valor se estime igual o superior al valor de umbral en el momento de la publicación del anuncio según lo previsto en el artículo IX.

24. En el Protocolo por el que se modifica el ACP, en los compromisos del apéndice 1 de la Unión Europea figura en su anexo 2 que se entiende por entidades subcentrales todas las autoridades contratantes de las unidades administrativas tal como se definen en el Reglamento (CE) nº 1059/2003 – Reglamento NUTS–.
A efectos del Acuerdo, por «autoridades contratantes subcentrales» se entenderá las autoridades contratantes de las unidades administrativas que entren en NUTS 1 y 2, mencionadas por el Reglamento 1059/2003.
A los efectos del presente Acuerdo, por «autoridades contratantes locales» se entenderá las autoridades contratantes de las unidades administrativas que entren en NUTS 3 y unidades administrativas menores, mencionadas por el Reglamento (CE) nº 1059/2003.
Véase la Decisión del Consejo de 2 de diciembre de 2013 relativa a la celebración del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (2014/115/UE).

do la revisión periódica de los umbrales expresados en euros a fin de adaptarlos, por medio de una operación puramente matemática, a las posibles variaciones del valor del euro en relación con los derechos especiales de giro. Además de esas adaptaciones matemáticas periódicas se podría incluir un incremento de los umbrales establecidos en el ACP si así se acordara en futuras rondas de negociaciones.

El artículo 6 de la Directiva 2014/24 establece que cada dos años, a partir del 30 de junio de 2013, la Comisión verificará que los umbrales fijados en el artículo 4, letras a), b) y c), corresponden a los umbrales fijados en el ACP, y los revisará en caso necesario de conformidad con el citado artículo.

Con arreglo al método de cálculo previsto en el ACP, la Comisión calculará el valor de esos umbrales basándose en la media del valor diario del euro expresado en derechos especiales de giro (DEG) durante el período de 24 meses que concluya el 31 de agosto que preceda a la revisión que surta efecto el 1 de enero. El valor de los umbrales así revisado se redondeará, en caso necesario, al millar de euros inferior a la cifra resultante de dicho cálculo, para garantizar que se respeten los umbrales vigentes contemplados en el ACP, expresados en DEG.

Cuando lleve a cabo la revisión prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 2014/24, la Comisión revisará además el umbral previsto en el artículo 13, párrafo primero, letra a), adaptándolo al umbral revisado aplicable a los contratos públicos de obras; y el umbral previsto en el artículo 13, párrafo primero, letra b), adaptándolo al umbral revisado aplicable a los contratos públicos de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales.

Cada dos años, a partir del 1 de enero de 2014, la Comisión determinará los valores, en las monedas nacionales de los Estados miembros cuya moneda no es el euro, de los umbrales contemplados en el artículo 4, letras a), b) y c), revisados con arreglo al apartado 1 del artículo 6. Al mismo tiempo, la Comisión determinará el valor, en las monedas nacionales de los Estados miembros cuya moneda no es el euro, del umbral contemplado en el artículo 4, letra d).

Con arreglo al método de cálculo previsto en el ACP, la determinación de dichos valores se basará en la media de los valores diarios

de dichas monedas, correspondientes al umbral aplicable expresado en euros durante el período de 24 meses que concluya el 31 de agosto que preceda a la revisión que surta efecto el 1 de enero.

A principios del mes de noviembre siguiente a su revisión, la Comisión publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea los umbrales revisados contemplados en el apartado 1, su contravalor en las monedas nacionales contempladas en el apartado 3, párrafo primero, y el valor determinado de conformidad con el apartado 3, párrafo segundo.

La propia Directiva 2014/23 reconoce en su Considerando 134 que la Comisión debe analizar los efectos en el mercado interior resultantes de la aplicación de los umbrales e informar al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo. Al hacerlo, debe tener en cuenta factores tales como el nivel de contratación transfronteriza, la participación de las pymes[25], los costes de transacción y la correlación entre los costes y los beneficios.

Hay que tener en cuenta que con arreglo a su artículo XXII, apartado 7, el ACP será objeto de nuevas negociaciones tres años después de su entrada en vigor, y posteriormente de forma periódica. En ese contexto, debe examinarse la adecuación del nivel de los umbrales, teniendo en cuenta la incidencia de la inflación en caso de que transcurra mucho tiempo sin que se modifiquen los umbrales en el ACP. En caso de que el nivel de los umbrales cambiara como consecuencia de ello, la Comisión, cuando proceda, debe adoptar una propuesta de acto jurídico para modificar los umbrales fijados en la presente Directiva.

25. Véase la Comunicación de la Comisión, de 25 de junio de 2008, titulada «Pensar primero a pequeña escala» – «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas (COM(2008)0394) y la Resolución del Parlamento Europeo sobre la misma (SEC(2008)2102).
Con el fin de mejorar el acceso de las PYME a los contratos públicos, la Comisión publicó en 2008 el «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», en el que se apoya la Directiva 2014/24.

V. RECONOCIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

1. LA NOVEDOSA REGULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN EL ACP REFORMADO

El artículo IV del anexo del Protocolo por el que se modifica el ACP enuncia y define los principios generales, que sistematiza en 6 apartados referidos a: no discriminación, uso de medios electrónicos, ejecución de la contratación, normas de origen, compensaciones y medidas no específicas de la contratación.

La nueva regulación mejora notablemente en cuanto a sistemática y contenido a la anterior versión del ACP, que dedicaba el artículo III al principio de «Trato nacional y no discriminación» y el artículo IV a las «Normas de origen».

En primer lugar, el nuevo artículo IV sitúa al principio de no discriminación, que está en la esencia misma del propio ACP.

La definición del principio de no discriminación se recoge en el apartado 1 de precepto, que establece que «con respecto a cualquier medida relativa a las contrataciones cubiertas, cada Parte, incluidas sus entidades contratantes, concederá de forma inmediata e incondicional a los bienes y servicios de cualquier otra Parte y a los proveedores de cualquier otra Parte que ofrezcan bienes o servicios de cualquiera de las Partes, un trato no menos favorable que el trato que la Parte, incluidas sus entidades contratantes, concede a:

a) los bienes, servicios y proveedores nacionales; y

b) los bienes, servicios y proveedores de cualquier otra Parte.

En el apartado 2 del precepto se concreta que ninguna entidad contratante nacional dará a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio en razón del grado de afiliación o propiedad extranjera; ni discriminará contra un proveedor establecido en su territorio en razón de que los bienes o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación son bienes o servicios de cualquiera de las otras Partes».

En relación con el uso de medios electrónicos en los procedimientos de contratación, el ACP obliga a las entidades contratantes a asegurarse de que la contratación se lleve a cabo utilizando sistemas de tecnología de la información y programas informáticos, incluidos los relacionados con la autenticación y codificación criptográfica de información, que sean accesibles en general e interoperables con los sistemas de tecnología de la información y los programas informáticos accesibles en general.

Asimismo, las entidades contratantes mantendrán «mecanismos que aseguren la integridad de las solicitudes de participación y las ofertas, incluida la determinación del momento de la recepción y la prevención del acceso inadecuado» (letra b) del apartado 3 del artículo IV).

Por lo que se refiere a la ejecución de la contratación, se prevé la obligación de respetar la transparencia e imparcialidad de forma que sea compatible con el ACP, utilizando métodos tales como la licitación pública, la licitación selectiva y la licitación restringida. Se quieren evitar así, como señalan expresamente las letras b) y c) del apartado 4 del artículo IV, tanto los conflictos de intereses como las prácticas corruptas.

También contempla el precepto dedicado a los principios generales reglas sobre las normas de origen en las contrataciones cubiertas por el ACP, al prohibir que ninguna Parte aplique a los bienes o servicios importados de otra Parte o suministrados por otra Parte, unas normas de origen que sean diferentes de las que la Parte aplique en el mismo momento en el curso de operaciones comerciales normales a las importaciones o al suministro de los mismos bienes y servicios procedentes de la misma Parte.

Con respecto a las contrataciones cubiertas, ninguna Parte, incluidas sus entidades contratantes, solicitará, tendrá en cuenta, impondrá ni exigirá ninguna compensación.

Por último, hay una referencia a las medidas no específicas de la contratación en el apartado 7 del citado artículo IV. En concreto, se excepciona la aplicación del principio de no discriminación a los derechos aduaneros y cargas de cualquier tipo que se impongan a la importación o que tengan relación con la misma; al método de recaudación de dichos derechos y cargas; a otros reglamentos o formalidades de importa-

ción; ni a las medidas que afectan al comercio de servicios, que no sean las medidas que rigen las contrataciones cubiertas.

2. LOS PRINCIPIOS EN LA DIRECTIVA 2014/24 Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

El artículo 25 de la Directiva 2014/24 contempla específicamente las condiciones relativas al ACP. A tal efecto garantiza el respeto del principio de trato nacional: «los poderes adjudicadores concederán a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de los signatarios de esos acuerdos un trato no menos favorable que el concedido a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de la Unión».

Desde el primer considerando de la nueva Directiva se resalta la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados Miembros (una previsión similar recogía el apartado segundo de la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE). Se identifican estos principios con los reconocidos por «el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia» y se hace alusión reiterada a los mismos a lo largo de toda la exposición de motivos de la Directiva 2014/24 (considerandos 12, 31, 40, 58, 68, 101, 114 y 136).

A través de una consolidada doctrina, el TJUE ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos, que son la esencia de la regulación normativa de éstos, se extiende no sólo a los limitados contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública[26] –en base al cual se fundamenta la cuestionable categoría acuñada por la LCSP de contratos sujetos a regulación

26. El artículo 4 de la Directiva 2014/24 fija el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos. La directiva se aplicará a las contrataciones cuyo valor estimado, sin incluir el

armonizada (artículos 13 y ss. TRLCSP)[27]–, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos de los tratados de derecho originario, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal (STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH)[28].

Como ha declarado reiteradamente el TJUE, el principio de igualdad de trato de los licitadores, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento[29]. El principio de igualdad tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores[30].

---

impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:
(a) 5.186.000 EUR, en los contratos públicos de obras;
(b) 134.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades gubernamentales centrales y los concursos de proyectos organizados por ellas; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, ese umbral solo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo III;
(c) 207.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos;
(d) 750.000 EUR, en los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XVI.

27. Moreno Molina, J.A., «Un mundo para Sara. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *Revista de Administración Pública* nº 178 (2009), págs. 175 a 213.
28. Véase Gimeno Feliú, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006.
29. Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C–275/98, Rec. p. I–8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C–470/99, Rec. p. I–11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, no publicada en la Recopilación, apartado 38)
30. Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C–496/99 P, Rec. p. I–3801, apartados 109 y 110

Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora[31]. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate[32].

La nueva Directiva recoge, por tanto, esta jurisprudencia en el frontispicio de la misma y advierte que se aplica para los contratos públicos que se sitúen tanto por debajo como por encima de los umbrales, sin perjuicio de que para estos últimos la propia norma europea coordine los procedimientos de adquisición nacionales con el fin de que esos principios se lleve a la práctica.

En esta misma línea, hay que recordar la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 23 de junio de 2006, sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública[33], 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.

El Título I de la nueva Directiva se intitula «Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales» y dedica su artículo 18 a los «Principios de la contratación» para establecer que «los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discri-

31. Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, España contra Comisión Europea, apartado 48.
32. Sentencia "Succhi di Frutta", citada anteriormente, apartado 111.
33. Diario Oficial n° C 179 de 01/08/2006.

minaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con el objetivo de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia».

Se considera por la propia Directiva que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

Al regular la selección de los participantes y la adjudicación de los contratos, el artículo 56 de la Directiva 2014/24 reitera que la adjudicación de los contratos se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 67 a 69, siempre que se cumpla, junto a otras condiciones que establece el propio precepto, «que la oferta haya sido presentada por un licitador que no esté excluido de conformidad con el artículo 57 y que cumpla los criterios de selección establecidos por el poder adjudicador de conformidad con el artículo 58 y, cuando proceda, las normas y los criterios no discriminatorios contemplados en el artículo 65».

En relación con la adjudicación de los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XVI, a los que el Título III somete a un régimen de contratación particular, con un umbral más elevado de 750.000 euros, el artículo 76.1 de la Directiva establece que los Estados miembros pondrán en vigor las normas nacionales para la adjudicación de los contratos «con el fin de garantizar las autoridades contratantes cumplir con los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos».

Al principio de confidencialidad dedica la Directiva 2014/24 el artículo 21, en su doble vertiente que protege al licitador (apartado 1) y al poder adjudicador (apartado 2). Dispone así en primer lugar que salvo disposición europea o nacional en contrario, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, 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.

Por su parte, el apartado 2 prevé que los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.

VI. LA COINCIDENCIA ENTRE EL ACP Y LA DIRECTIVA 2014/24 EN SU IMPULSO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

El Preámbulo del ACP, tras su reforma aprobada en 2012, reconoce «la importancia de utilizar y alentar la utilización de medios electrónicos para las contrataciones comprendidas en el presente Acuerdo».

Del mismo modo, en los Considerandos de la Directiva 2014/24 se destaca que «la utilización de medios de información y comunicación electrónicos, y en particular la puesta a disposición de los operadores económicos, licitadores y candidatos por medios totalmente electrónicos de los pliegos de la contratación y la transmisión electrónica de las comunicaciones, lleva a una mayor transparencia y ahorro de tiempo. Por ello, deben establecerse disposiciones para reducir los plazos mínimos en consonancia con la normativa establecida por el ACP y con sujeción a la condición de que sean compatibles con el modo específico de transmisión previsto a escala de la Unión». (Considerando 80).

Frente a la debilidad inicial en la implantación de medios electrónicos tanto del ACP, explicable porque se firma en el año 1994, como de la Directiva 2004/18, antecedente de la Directiva 2014/24, que dejaba libertad a las distintas Administraciones y entidades públicas para utilizar o no instrumentos electrónicos en los procedimientos de contratación pública, el Protocolo por el que se modifica el ACP y la Directiva 2014/24 han apostado por la contratación electrónica.

Cabe destacar en este sentido especialmente a la nueva Directiva europea, que da un importante salto cualitativo al obligar a los Estados a utilizar estos medios electrónicos. No ocurre así con el ACP, que sin embargo sí prevé que la utilización de estos medios permitirá reducir los plazos en los diferentes momentos del procedimiento.

La obligatoriedad que establece la Directiva 2014/24 se consagra en el artículo 22.1 que señala 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. Las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación».

De esta forma, cuando el artículo 90 de la Directiva fija el plazo de adaptación de la legislación de los Estados miembros a las normas de la nueva directiva, establece un plazo máximo de 24 meses (hasta el 18 de octubre de 2016). No obstante, permite a los Estados miembros aplazar la aplicación del artículo 22, apartado 1, otros 24 meses (hasta el 18 de octubre de 2018), excepto cuando el uso de medios electrónicos sea obligatorio en virtud de los artículos 34 (referido a los sistemas dinámicos de adquisición), 35 (subastas electrónicas), 36 (catálogos electrónicos), el artículo 37, apartado 3 (comunicaciones electrónicas en los procedimientos de contratación dirigidos por una central de compras), el artículo 51, apartado 2 (envío de los anuncios por medios electrónicos a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea), o el artículo 53 (disponibilidad electrónica de los pliegos de la contratación).

También podrán aplazar los Estados miembros la aplicación del artículo 22.1, en lo que respecta a las centrales de compra, hasta el 18 de abril de 2017.

El Comité Económico y Social Europeo (CESE) se ha pronunciado a favor de la rápida implantación de la contratación pública electrónica «de extremo a extremo» (que incluye la utilización de medios electrónicos en el tratamiento de las operaciones y en la comunicación por parte de los organismos del sector público en todas las fases de los procesos de contratación pública, desde la fase previa a la adjudicación a la fase posterior a la adjudicación)[34].

La contratación pública electrónica permite impulsar tanto la modernización de la Administración pública, aumentando la eficiencia de

34. DO C 11 de 15 de enero de 2013, p. 44.

la misma, gracias al mayor rigor y transparencia que entraña esta práctica, como la participación de las empresas, especialmente las pymes, que ven facilitado el acceso a nuevas oportunidades en un mercado más abierto y transparente[35].

Como destaca el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE[36], Portugal fue el primer país de la Unión Europea que apostó por la obligatoriedad del uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación, en la mayoría de los contratos públicos. En concreto, esta obligación se estableció en el párrafo 1 del artículo 9 del Decreto-Ley n.º 18/2008, de 29 de enero, que aprobó el «Código dos Contratos Públicos» (Código de los Contratos Públicos, en adelante, CCP)[37], con un horizonte temporal de un año después de la fecha de entrada en vigor de la norma, a partir de la cual las autori-

35. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones –Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública– (COM 2013, 453 final, 2014/C 67/19).

36. Documento SEC 2010, 1214.

37. El CCP tuvo una intención codificadora y vino a agrupar en un único texto legal todas las disposiciones relativas a las fases preparatorias y ejecutorias de los contratos públicos que anteriormente se encontraban dispersas en diversas normas. De esta forma, el CCP traspone tanto la Directiva 2004/18/CE, sobre contratos del sector público, como la Directiva 2004/17/CE, sobre contratos en los denominados sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales), corrigiendo la limitada e incompleta trasposición de las citadas directivas comunitarias realizada por las normas anteriores, que dio lugar a las Sentencias condenatorias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) contra la República portuguesa de 18 de diciembre de 2007, Comisión/Portugal, Asunto C-284/07 , y de 3 de abril de 2008, Comisión/Portugal, Asunto C-289/07.
Junto al CCP, como legislación vigente en Portugal en la materia hay que destacar el Decreto-Ley n.º 143-A/2008, que establece los términos a que debe obedecer la presentación y recepción de propuestas y candidaturas en el ámbito del CCP; el Decreto-Ley n.º 34/2009 establece medidas excepcionales de contratación pública destinadas a la rápida ejecución de los proyectos de inversión pública considerados prioritarios; el Decreto-Ley n.º 200/2008, que aprueba el régimen jurídico aplicable a la constitución, estructura orgánica y funcionamiento de las centrales de compras; el Reglamento n.º 330/2009, del Sistema Nacional de Compras Públicas; la Resolución de la Asamblea de la República n.º 17/2010, sobre transparencia en los contratos públicos; la Ley n.º 3/2010 sobre medidas relativas a los retrasos

dades contratantes y los contratistas ya no podrían utilizar documentos de papel en las propuestas o solicitudes en los procedimientos de contratación pública. Sin embargo, este plazo se prorrogó por medio del Decreto-Ley n.º 223/2009, del 11 de septiembre, que fijó de plazo hasta el 31 de octubre de 2009. Por lo tanto, desde el 1 de noviembre de 2009, resulta obligatorio el uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación.

La Comisión Europea publicó el citado Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea, para impulsar la utilización de las TIC a fin de lograr una contratación pública más eficaz en todo el mercado único, al tiempo que avanzar hacia una revisión coordinada y global del actual marco de contratación pública de la UE.

En el Libro Verde se recuerdan las grandes ventajas de una utilización más generalizada de la contratación electrónica. Entre ellas cabe destacar una mayor accesibilidad y transparencia (la contratación electrónica puede mejorar el acceso de las empresas a la contratación pública gracias a la automatización y centralización del flujo de información sobre las oportunidades de licitación concretas); ventajas en relación con los procedimientos concretos (frente a los sistemas basados en el soporte de papel, la contratación electrónica puede contribuir a que las entidades adjudicadoras y los operadores económicos reduzcan sus costes administrativos, y a que se agilicen los procedimientos de contratación, lo que en las actuales circunstancias económicas podría tener una acogida muy favorable ya que aumentaría al máximo el potencial que puede obtenerse a partir de recursos limitados); ventajas en cuanto al logro de una mayor eficacia en la gestión de la contratación (en los casos en que existan centrales de compras, el recurso a los procedimientos electrónicos podrá contribuir a la centralización de las tareas administrativas de contratación más onerosas y al logro de economías de escala en términos de gestión); y potencial de cara a la integración de los mercados de contratación en la UE (en un entorno caracterizado por la utilización del soporte de papel, la falta de información y los problemas asociados a la presentación de ofertas en relación con contratos que van

---

en el pago a los contratistas, y el Decreto-Ley n.º 88/2009, que establece el régimen jurídico de los documentos electrónicos y de la firma digital.

a adjudicarse a cierta distancia del lugar de establecimiento de la propia empresa pueden limitar el número de proveedores que compitan en determinadas licitaciones o disuadirlos totalmente de participar en ellas. En potencia, la contratación electrónica tiene la ventaja de acortar esas distancias, salvar las deficiencias en materia de información y fomentar una mayor participación, mediante el incremento del número de posibles proveedores y la eventual ampliación de los mercados).

No cabe duda de que la contratación electrónica puede ayudar a obtener los insumos necesarios para los servicios públicos en unas condiciones ventajosas para el contribuyente en términos económicos. Las economías logradas de este modo son particularmente valiosas en el contexto actual, en el que se está ejerciendo una presión para la contención del gasto público.

Ahora bien, dichas ventajas tiene un coste. El logro de la competencia requerida para llevar a cabo la contratación por medios electrónicos exige inversiones a lo largo de toda la cadena de contratación a fin de desarrollar la capacidad necesaria y gestionar el paso de un sistema a otro. Los costes de mantenimiento varían entre varios miles y varios millones de euros, en función, lógicamente, del tamaño y la sofisticación del sistema. La experiencia ha demostrado que dichas inversiones pueden recuperarse en un plazo muy corto a través de las economías realizadas por la Administración.

Sin embargo, el mayor obstáculo a la utilización de estos nuevos sistemas electrónicos consiste en la dificultad de estimular a las entidades adjudicadoras y a las comunidades de proveedores a servirse de ellos. Las iniciativas en materia de contratación electrónica que han tenido éxito incluyen, a menudo, un gran apoyo para la formación de las comunidades de usuarios, así como un esfuerzo continuado por parte de los promotores de la contratación electrónica para fomentar y desarrollar sus sistemas.

El mercado único europeo y mundial de contratación pública electrónica se enfrenta pues a obstáculos importantes, entre ellos también la falta de interoperabilidad transfronteriza y la complejidad de la interfaz.

Tanto el ACP como la Directiva 2014/24 establecen en su articulado la necesidad del respeto de los principios generales de la contratación cuando se utilicen medios electrónicos en los procedimientos de compras públicas.

El apartado 3 del artículo IV del ACP obliga a las entidades contratantes a asegurarse de que la contratación se lleve a cabo utilizando sistemas de tecnología de la información y programas informáticos, incluidos los relacionados con la autenticación y codificación criptográfica de información, «que sean accesibles en general e interoperables con los sistemas de tecnología de la información y los programas informáticos accesibles en general».

En el mismo sentido, el artículo 22.1 de la Directiva 2014/24, cuando establece las «Normas aplicables a las comunicaciones», señala que las herramientas y dispositivos que deban utilizarse para la comunicación por medios electrónicos, así como sus características técnicas, «serán no discriminatorios, estarán disponibles de forma general y serán compatibles con los productos informáticos de uso general, y no restringirán el acceso de los operadores económicos al procedimiento de contratación».

VII. INTEGRIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES

El Preámbulo del Protocolo por el que se modifica el ACP destaca que la integridad y la previsibilidad de los sistemas de contratación pública son parte integrante de la gestión eficiente y eficaz de los recursos públicos, el desempeño de las economías de las Partes y el funcionamiento del sistema multilateral de comercio.

Al mismo tiempo, reconoce la importancia de disponer de medidas transparentes en materia de contratación pública, de llevar a cabo las contrataciones de forma transparente e imparcial y de evitar conflictos de intereses y prácticas corruptas, en consonancia con los instrumentos internacionales aplicables, tales como la Convención de las Naciones

Unidas contra la Corrupción hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003[38], y ratificada tanto por España[39] como por la Unión Europea[40].

La citada Convención establece en su artículo 9 que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;

b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;

c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;

d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;

---

38. Véase Medina Arnaiz T., «EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderes from Public Procurement Contracts», *International Handbook of Public Procurement*, Florida, 2009, pp. 105 a 130.
39. Instrumento de ratificación publicado en el BOE nº 171, de 19 de julio de 2006.
40. Decisión del Consejo 2008/201/CE, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, publicada en el Diario Oficial L 287, de 29 de octubre de 2008.

e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

La Directiva 2014/24 plantea también diversas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública, un objetivo también fundamental en la actualidad de nuestro Derecho y prácticas administrativas nacionales[41], para cuya mejor garantía se debe exigir el respeto en todo caso de los principios de igualdad, no discriminación, publicidad, transparencia y libre concurrencia.

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

La Directiva prevé medidas para prevenir los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos, que aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores[42].

En el artículo 24 se entiende por «intereses particulares» en un contrato público los intereses familiares, afectivos, económicos, políticos u

41. Véase Gimeno Feliú, J.M., «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, nº 147 (2010), págs. 517-535 y Medina Arnáiz, T, «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», Diario La Ley, nº 7382 (2010), págs. 1 a 20.
42. Véase al respecto el Libro Verde de la Comisión sobre «la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011, pág. 54, así como las respuestas a las consultas del Libro Verde dadas por los investigadores del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER JURI 2009-12116), recogidas en la obra colectiva Observatorio de contratos públicos 2010, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 505 y 506.

otros intereses compartidos con los candidatos o los licitadores, incluidos los conflictos de intereses profesionales.

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

El artículo 57 de la Directiva recoge los motivos que pueden llevar a la exclusión de un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando hayan determinado que dicho operador ha sido condenado mediante sentencia firme por delitos relacionados con la corrupción.

En la regulación de las ofertas anormalmente bajas, la Directiva 2014/24 recoge también garantías para hacer más transparentes los procedimientos de contratación e impedir prácticas fraudulentas. Se profundiza así en la exigencia por parte de los poderes adjudicadores respecto a los operadores económicos para que expliquen el precio o los costes facturados. El poder adjudicador deberá verificar la información proporcionada consultando al licitador. Solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no justifiquen el bajo nivel de los precios o costes, teniendo en cuenta los elementos mencionados en el apartado 2 del artículo 69.

Por otra parte, también al establecer medidas de gobernanza en los contratos públicos, la Directiva 2014/24 obliga a los Estados miembros en su artículo 83 a velar por que la aplicación de las normas de contratación pública sea supervisada.

Cuando las autoridades o estructuras de supervisión detecten incumplimientos específicos o problemas sistémicos, por sus propios medios o por haber recibido información al respecto, estarán facultadas para señalar estos problemas a las autoridades de auditoría, órganos jurisdiccionales u otras autoridades, organismos o estructuras nacionales adecuados, como el defensor del pueblo, los Parlamentos nacionales o las comisiones parlamentarias.

Los resultados de estas actividades de supervisión se comunicarán también a la Comisión. Y la Directiva prevé que a más tardar el 18 de abril de 2017 y posteriormente cada tres años, los Estados miembros presentarán a la Comisión un informe de supervisión que comprenda, si procede, información sobre las fuentes más frecuentes de aplicación incorrecta o de inseguridad jurídica, por ejemplo los posibles problemas estructurales o recurrentes en la aplicación de las normas sobre la prevención, detección y notificación adecuada de los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en la contratación.

VIII. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN Y NEGOCIACIÓN

La utilización de negociaciones en los procedimientos de contratación fue contemplada en el ACP desde su versión original de 1994, siempre que se notificase en el anuncio de licitación. Las negociaciones se preveían para identificar los aspectos ventajosos y

desventajosos de las ofertas y como límites se obligaba a las entidades contratantes a dar tratamiento confidencial a las ofertas y, en especial, no facilitar información encaminada a ayudar a determinados participantes a que adapten sus ofertas al nivel de otros. En el curso de las negociaciones, preveía el artículo XIV, «las entidades no establecerán ninguna discriminación entre los diversos proveedores».

En el Protocolo por el que se modifica el ACP, también se dedica un precepto, el XII, a la negociaciones en todos los procedimientos de contratación, que las entidades contratantes podrán celebren si han manifestado su intención en el anuncio de la contratación o si de la evaluación efectuada se desprende que ninguna oferta es claramente la más ventajosa según los criterios concretos de evaluación establecidos en el anuncio de la contratación prevista o en el pliego de condiciones.

Ahora bien, el nuevo ACP establece como límites que las entidades contratantes se asegurarán de que cualquier eliminación de proveedores que participen en las negociaciones se lleve a cabo de conformidad con los criterios de evaluación establecidos en el anuncio de la contratación prevista o en el pliego de condiciones; y que al término de las negociaciones se concederá a todos los participantes que no hayan

sido eliminados un mismo plazo máximo para presentar ofertas nuevas o revisadas.

El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea[43], planteó como uno de las cuestiones necesitadas de revisión a escala europea la posibilidad de introducir un mayor flexibilidad en los procedimientos de contratación, permitiendo a los poderes adjudicadores que negocien las condiciones del contrato con los licitadores potenciales.

La propuesta tuvo una excelente acogida en la consulta pública abierta por el Libro Verde, de forma que una clara mayoría de los grupos de partes interesadas apoyó la idea de permitir un mayor uso de un procedimiento de licitación con negociación[44]. La negociación podría dar a los poderes adjudicadores más flexibilidad para obtener de la contratación resultados que satisfagan realmente sus necesidades.

La Directiva 2004/18/CE contemplaba al procedimiento negociado como de utilización rigorosamente excepcional, que se permitía sólo en los tasados supuestos establecidos por la propia norma.

Otro tanto ocurre en la Directiva 2014/24, que contempla que los poderes adjudicadores puedan utilizar como procedimientos normales de adjudicación de los contratos el abierto y el restringido, cuyos equivalentes en el ACP son las licitaciones públicas y las selectivas.

Como procedimientos de utilización limitada, sólo si concurren las causas tasadas que fija la norma, se regulan el procedimiento de licitación con negociación, con o sin publicidad previa, y el diálogo competitivo.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, 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

43. Libro Verde de la Comisión Europea «Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», COM (2011), 15 final, de 27 de enero de 2011.

44. Véase el documento de síntesis de las respuestas al Libro Verde en *http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf (fecha de consulta 19 de marzo de 2014).*

contratos públicos deben ser objeto de una interpretación estricta[45]. Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento.

En el procedimiento negociado, las entidades y los poderes adjudicadores consultan a los operadores económicos de su elección y negocian con uno o más de ellos las condiciones del contrato que se va a celebrar. Esta negociación de las condiciones de la oferta no es posible en los procedimientos abierto y restringido.

Pues bien, el considerando 42 de la Directiva 2014/24, reconoce 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 prevé 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.

Sin embargo, este procedimiento debe estar acompañado de salvaguardias adecuadas que garanticen la observancia de los principios de igualdad de trato y de transparencia. Esto dará a los poderes adjudicadores mayor margen para adquirir obras, suministros y servicios perfectamente adaptados a sus necesidades específicas. Al mismo tiempo, debería incrementar también el comercio transfronterizo, ya que la evaluación ha mostrado que los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado con publicación previa son obtenidos en un número especialmente elevado de ocasiones por ofertas transfronterizas.

45. Sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C 57/94, Rec. p. I 1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C 318/94, Rec. p. I 1949, apartado 13.

El propio Tribunal europeo de Justicia ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción «más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos» (STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, apartado 37).

En concreto, serán causas que permitan acudir al procedimiento negociado o al diálogo competitivo, de acuerdo con el apartado 4 del artículo 26 de la Directiva 2014/24:

a) con respecto a las obras, suministros o servicios que cumplan uno o varios de los siguientes criterios:

(i) que las necesidades del poder adjudicador no puedan satisfacerse sin la adaptación de soluciones fácilmente disponibles,

(ii) que incluyan un proyecto o soluciones innovadoras,

(iii) que el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas por circunstancias específicas ligadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera, o por los riesgos inherentes a los mismos,

(iv) que el poder adjudicador no pueda establecer con suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica en el sentido del anexo VII, puntos 2 a 5;

b) con respecto a las obras, suministros o servicios en los que, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, solo se presenten ofertas irregulares o inaceptables. En tales situaciones, los poderes adjudicadores no estarán obligados a publicar un anuncio de licitación si incluyen en el procedimiento a todos los licitadores, y solo a ellos, que cumplan los criterios contemplados en los artículos 57 a 64 y que, con ocasión del procedimiento abierto o restringido anterior, hayan presentado ofertas conformes con los requisitos formales del procedimiento de contratación.

Se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el poder adjudicador. Se considerarán inaceptables, en particular, las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase

el presupuesto del poder adjudicador tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación.

En el ACP el procedimiento equivalente al negociado de la directivas de contratos públicos es la licitación restringida, que se puede utilizar sólo en el caso de que concurran las causas tasadas que prevé el artículo XIII del protocolo por el que se modifica el ACP y siempre que no se acuda a la misma «con el fin de evitar la competencia entre proveedores o de manera que se discrimine contra los proveedores de cualquier otra Parte o se proteja a los proveedores nacionales»[46].

Pero es el artículo 29 de la Directiva 2014/24 el que regula las distintas fases del procedimiento de licitación con negociación, en el que cualquier operador económico podrá solicitar participar en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información solicitada para la selección cualitativa.

En los pliegos de la contratación, los poderes adjudicadores determinarán el objeto de la contratación facilitando una descripción de sus necesidades y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse, y especificarán los criterios de adjudicación del contrato. Indicarán asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas.

La información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la contratación y decidir si solicitan participar en el procedimiento.

46. Entre las cusas que permitirían a la entidad contratante utilizar el procedimiento de licitación restringida recoge el artículo XIII del protocolo por el que se modifica el ACP que no se hayan presentado ofertas o ningún proveedor haya solicitado participar; que no se hayan presentado ofertas que cumplan los requisitos esenciales del pliego de condiciones; que ningún proveedor reúna las condiciones de participación; que haya habido colusión en la presentación de ofertas, a condición de que no se modifiquen sustancialmente los requisitos del pliego de condiciones; cuando sólo determinado proveedor pueda suministrar los bienes o los servicios y no haya otros bienes o servicios razonablemente sustitutivos o equivalentes en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando, por razones de extrema urgencia debidas a acontecimientos que la entidad contratante no podía prever, no sea posible obtener los bienes o los servicios a tiempo mediante licitaciones públicas o selectivas; o en el caso de bienes adquiridos en un mercado de materias primas.

El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, de la invitación a confirmar el interés. El plazo mínimo de recepción de las ofertas iniciales será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de la invitación. Será de aplicación el artículo 28, apartados 3 a 6, de la Directiva 2014/24.

Solo los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación por este de la información proporcionada podrán presentar una oferta inicial, que será la base de las negociaciones ulteriores. Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos aptos que hayan de ser invitados a participar en el procedimiento.

Los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por estos, con el fin de mejorar su contenido. No se negociarán los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación.

Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos sobre la base de las ofertas iniciales sin negociación cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés que se reservan dicha posibilidad.

Durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación que no sea la que establece los requisitos mínimos. A raíz de tales cambios, los poderes adjudicadores darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Directiva, los poderes adjudicadores no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o un licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de este. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general,

sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica.

Los procedimientos de licitación con negociación podrán realizarse en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en otro documento de la contratación. En el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en otro documento de la contratación, el poder adjudicador indicará si va a hacer uso de esta opción.

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. Verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos y cumplen lo dispuesto en el artículo 56.1, evaluarán las ofertas definitivas con arreglo a los criterios de adjudicación y adjudicarán el contrato de conformidad con los artículos 66 a 69 de la Directiva 2014/24.

IX. LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DEL ACP

El artículo XXII del Protocolo por el que se modifica el ACP prevé en su apartado 4 que cada Parte «se asegurará de que, a más tardar en la fecha en que el presente Acuerdo entre en vigor para ella, sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos, así como las normas, procedimientos y prácticas que apliquen sus entidades contratantes, estén en conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo».

Dado que el Consejo ha suscrito el ACP en nombre de la Unión Europea[47], las obligaciones para España se recogen en el Acuerdo de forma conjunta con los países de la UE y los listados de entidades sujetas al cumplimiento del Acuerdo que se detallan en el Apéndice I se incluyen en el apartado de los compromisos asumidos por la UE.

Así, figuran en el Anexo 1 como entidades del gobierno central español la Presidencia del Gobierno y los distintos Ministerios y en el Anexo 2 como organismos de Derecho público los «Organismos y entidades sujetos a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector

47. Decisión del Consejo de 2 de diciembre de 2013 relativa a la celebración del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (2014/115/UE).

público, conforme a lo dispuesto en su artículo 3, distintos de los que forman parte de la Administración General del Estado, de la Administración de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales; y las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social».

Respecto a los umbrales, la UE los ha negociado de forma conjunta para todos sus Estados y como tales se han recogido en la Directiva 2014/24. Como se ha analizado en el presente trabajo, es en esta norma europea donde se recogen para los países miembros de la UE las obligaciones derivadas del ACP.

Aunque como tratado internacional el ACP, en función del artículo 96.1 CE, forma parte del ordenamiento interno[48] y podría incorporarse de forma independiente a la Directiva, lo más probable, y como se ha hecho anteriormente con el ACP, es que la adaptación de nuestro Derecho interno al mismo se produzca cuando se incorpore al Derecho español la Directiva 2014/24, para cuya trasposición del Estado español dispone de plazo hasta el 18 de abril de 2016, de acuerdo con el artículo 90 de la Directiva.

La nueva Ley española que incorpore este Derecho europeo e internacional bien podría ser un Código de contratos públicos, como ha defendido con acierto el profesor Gimeno Feliú[49].

X. LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA ONU

Los principios de transparencia y la no discriminación en la contratación pública, en los que se basan tanto el ACP como la Directiva 2014/24, son también las reglas principales que pretende garantizar la

48. Y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en el propio tratado o de acuerdo con las normas del Derecho internacional.
En este mismo sentido, el artículo 1.5 del Código Civil dispone que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales serán de aplicación directa en España, una vez hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

49. Gimeno Feliú, J.M., «La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación de la economía», en *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

La Ley Modelo fue aprobada por la CNUDMI en 1993[50], si bien en julio de 2011 se consensuó un nuevo texto que ha reemplazado al original, haciendo hincapié en el uso de comunicaciones electrónicas en la contratación pública.

La Ley tiene por finalidad servir de muestra o ejemplo a los distintos países para evaluar y modernizar su régimen y prácticas actuales de la contratación pública o para establecer un régimen legal en la materia de no disponer actualmente de uno.

La decisión de la CNUDMI[51] de formular un régimen modelo para la contratación pública se justificó, por tanto, en la inadecuación del régimen existente en algunos países, o en su simple inexistencia. De ello, es fácilmente constatable que resultan ineficiencias en el proceso de contratación, ciertas prácticas abusivas y la no obtención por el comprador público de una contrapartida adecuada por el desembolso de fondos públicos efectuado.

Si bien es común a todos los países la necesidad de que su régimen y prácticas de la contratación pública sean eficientes, ello se requiere es-

50. El texto de la «Ley Modelo» fue aprobado por la CNUDMI en su 26 periodo de sesiones, celebrado en Viena en 1993.
Los antecedentes de esta norma se sitúan en el 19 período de sesiones de la CNUDMI, celebrado en 1986, cuando ésta decidió dar prioridad a la labor relativa a la contratación pública y encomendar esa labor al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional. El Grupo de Trabajo inició su labor sobre este tema en octubre de 1988, examinando un estudio sobre la contratación pública preparado por la Secretaría. Finalmente, el Grupo elaboró un Proyecto de «Ley Modelo» sobre los contratos públicos de bienes y de obras, que pasó a la Comisión para su aprobación.

51. La CNUDMI es un órgano de la Asamblea General de las Naciones Unidas establecido para fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, con miras a eliminar los obstáculos innecesarios ocasionados al comercio internacional por las insuficiencias y divergencias del derecho interno de los paises que afectan a ese comercio. En este sentido, la CNUDMI ha formulado durante los últimos 25 años convenios internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de mercaderías y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías («Reglas de Hamburgo»), leyes modelo (como la de arbitraje comercial internacional), así como el Reglamento de Arbitraje y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

pecialmente en muchos Estados en desarrollo, así como en países cuyas economías se encuentran en transición. En estos Estados, una gran parte de la contratación está en manos del sector público y muchos de los contratos adjudicados son para proyectos que forman parte del propio proceso de desarrollo económico y social del país.

Pues bien, hacia estos países está principalmente dirigida la «Ley Modelo» sobre contratación pública. Además, ésta puede ayudar a remediar los inconvenientes que dimanan del hecho de que un régimen nacional inadecuado de la contratación pública crea obstáculos para el comercio internacional, al depender una parte importante de ese comercio de dicha contratación.

En consecuencia, el texto de la CNUDMI ha sido concebido como un instrumento destinado a sentar unas bases uniformes en el ámbito de los contratos públicos, susceptibles de servir de modelo a todos aquellos Estados que, por una u otra razón, carecen de una normativa y experiencia adecuadas en la materia. Ahora bien, es preciso advertir que la «Ley Modelo» no tiene naturaleza contractual ni aspira a convertirse en Tratado internacional, es decir, desde el punto de vista jurídico formal, carece de toda fuerza vinculante para los Estados; se trata tan sólo de un «modelo» susceptible de inspirar las legislaciones estatales[52].

En cuanto a su contenido, la «Ley Modelo» trata de significar los rasgos mínimos esenciales que deben caracterizar un régimen moderno de contratación pública. Sus objetivos principales son, en este sentido, desarrollar al máximo la competitividad del proceso de contratación, dar un trato equitativo a los proveedores y contratistas que se presenten a un concurso público de contratación y aumentar la transparencia y la objetividad. Por lo tanto, la norma circunscribe su radio de acción a las fases preparatorias y a la adjudicación de los contratos públicos, quedando fuera de su interés toda la problemática referida a la ejecución de los contratos (al igual que ocurre con el Derecho comunitario de la contratación pública). El régimen de la «Ley Modelo» va destinado básicamente a la contratación efectuada por «dependencias de la Ad-

52. Este tipo de acuerdos son consideradas por la doctrina internacionalista como «Soft Law», esto es, se trata de conjuntos de normas que carecen de fuerza vinculante y que, sin embargo, tienden a influenciar la voluntad de aquellos a quienes se dirigen (Seidl-Hohenveldern, I., «International Economic "Soft Law"», *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, 1979-II, págs. 173 y ss.).

ministración pública y otras entidades o empresas del sector público" (artículo 2), y regula la contratación pública de bienes y de obras.

XI. HACIA UN DERECHO GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La doctrina administrativista lleva años llamando la atención sobre el proceso de desarrollo del Derecho administrativo global[53], que cada vez presenta un mayor impacto en los ordenamientos administrativos nacionales[54].

El Derecho administrativo global ha sido definido como «aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la *accountability* de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban»[55]. Kingsbury recoge como fuentes primarias de este Derecho global los principios extraídos de los Derechos administrativos nacionales, los principios de sistema de la OMC y los principios de los tratados internacionales de contenido ambiental, además de las agencias intergubernamentales (Banco Mundial, ACNUR, Bancos de desarrollo)

53. Rodríguez Arana, J., «El Derecho Administrativo global: un derecho principal», *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº. 76 (2010), págs. 15-68; Mir Puigpelat, O., *Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Civitas, Madrid, 2004; Cruz Alli, J., *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; Ballbé, M., «El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *RAP* nº 174 (2007); AAVV, *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial* (Ponce, J., coord.), Marcial Pons-INAP, Madrid, 2010; AAVV, *Las transformaciones del procedimiento administrativo* (Barnés, J., coord.), Global Law, Sevilla, 2006.

54. Ver Kingsbury, B.; Krisch, N. y Stewart, R. B., «The Emergence of Global Administrative Law», *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005). Traducción al castellano del texto en inglés realizada por Paris, G. y Ricart, L., *LL.M. International Legal Studies*, Facultad de Derecho New York University. Texto disponible en: *http://www.iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf.* Fecha de consulta, 2 de marzo de 2014.

55. Kingsbury, B., «The Administrative Law Frontier In Global Governance», *ASIL proceedings 2005*, págs. 1 y ss.

y agencias internacionales no gubernamentales (COI, Agencia Mundial Antidopaje, etc.), cuya actividad tiene eficacia frente a los particulares[56].

Desde la perspectiva europea se ha puesto más el acento sobre la influencia de las normas y disposiciones de origen internacional sobre el Derecho administrativo nacional[57].

Como hemos podido comprobar en el presente trabajo, uno de los ámbitos que mejor reflejan en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este Derecho administrativo global es, sin duda alguna, el de la contratación pública[58]. En efecto, los contratos públicos han sido objeto en los últimos años tanto de importante legislación y acuerdos internacionales, como de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales, y de actuaciones administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes en disputa[59].

En este sentido, pueden destacarse tanto los comentados ACP y Ley Modelo de Naciones Unidas como las normas en la materia aprobadas por el Banco Mundial[60] y la OCDE[61].

---

56. Kingsbury, B., «The Administrative Law…», *op. cit.*, págs. 4 y ss.
57. Véanse AUBY, J.-B. «Globalización y descentralización», *RAP* nº 156 (2001), págs. 7 y ss. y «La théorie du droit administratif global: brève présentation critique», en *http://chairemadp.sciences-po.fr/pdf/seminaires/2007/Papier_JBA.pdf* (fecha de consulta 16 de marzo de 2014); y Harlow, C., «Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values», *The European Journal of International Law*, vol. 17 no.1 (2006), págs. 187 a 214.
58. Moreno Molina, J.A., *Derecho global de la contratación pública*, Ubijus, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, 2011.
59. Todos ellos elementos caracterizadores de la «gobernanza global», véase Stewart, R. B., «U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?», *68 Law and Contemporary Problems*, 15 (Summer/Autumn 2005).
60. Las Normas de Procedimiento del Banco Mundial BP 11.00, se pueden encontrar en *http://siteresources.worldbank.org/INTPROCURINSPA/Resources/bp1100Spanish.pdf,* fecha de consulta 18 de febrero de 2014.
61. En relación con la contratación pública, la OCDE se ha preocupado sobre todo de desarrollar instrumentos para combatir la corrupción y fomentar la integridad en el sector público. El sitio Web de la Unidad de Lucha contra la corrupción de la OCDE es *www.oecd.org/daf/nocorruption/* (fecha de consulta 18 de marzo de 2014). Para una visión general del desarrollo de este derecho internacional de la contratación pública puede acudirse a AAVV, «Overview of the Current Work of Key

Pero también se podrían señalar las disposiciones sobre contratación pública del Tratado de Libre Comercio suscrito entre México, los Estados Unidos de América y Canadá (TLCAN), el Acuerdo de Promociones Comerciales entre Estados Unidos y Colombia y el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, así como el protocolo de contrataciones públicas del MERCOSUR[62]. En el continente africano pueden destacarse las reglas aprobadas por la Comunidad Económica y Monetaria del África Central (CEMAC). Todas estas normas y acuerdos no vienen sino a corroborar la tendencia hacia la formación de un Derecho común de la contratación pública.

International Institutions in the Field of Public Procurement», *Public Procurement Law Review*, Nº 6, 2006, páginas NA 161 a 204.

62. Para el análisis de otros acuerdos internacionales en contratación pública resulta de interés acudir al documento elaborado por las secretarías de ALADI, COMUNIDAD ANDINA Y MERCOSUR en cumplimiento de los mandatos de la I Reunión de Jefes de Estado de la Comunidad Sudamericana de Naciones (Documento ALADI/MERCOSUR/CAN/15/2006, que puede consultarse en la dirección *www.mercosur.int/msweb/SM/Documento%20Conjunto/Convergencia13-%20Compras%20del%20sector%20publico.pdf,* fecha de consulta 4 de febrero de 2014).

Capítulo 4

Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA RECURRENTE BÚSQUEDA DE LA MODERNIZACIÓN Y LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN. II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN LA LLAMADA «CUARTA GENERACIÓN» DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACION. III.NOVEDADES INTRODUCIDAS EN LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS POR LA DIRECTIVA 2014/24/UE. 1. LAS ESCASAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO. 2. LAS ESCASAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO. IV. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS CON NEGOCIACIÓN POR LA DIRECTIVA 2014/24/UE. 1. SUPUESTOS QUE PERMITEN LA INCLUSIÓN DE UN PROCEDIMIENTO CON NEGOCIACIÓN. A) Introducción. B)Supuestos de utilización del procedimiento de licitación con negociación/diálogo competitivo. C) Supuestos que permiten la creación de una asociación para la innovación. D) ¿Existe verdadera flexibilidad en la elección del tipo de procedimiento con negociación a emplear por el poder adjudicador?. 2 PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN CON NEGOCIACIÓN. A) Caracterización del procedimiento de licitación con negociación. B) La introducción de una paradoja distorsionante: el procedimiento de licitación con negociación «innegociado». C) La articulación procedimental del procedimiento de licitación con negociación. 3. DIÁLOGO COMPETITIVO. 4. ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN. A) Caracterización general. B) Procedimiento. V. LAS ESCASAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEEL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD PREVIA. VI. CONSIDERACIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN: LA RECURRENTE BÚSQUEDA DE LA MODERNIZACIÓN Y LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN PÚBLICA

Si tuviéramos que condensar en sólo dos palabras cuál es la principal aportación del nuevo paquete legislativo europeo en materia de contratación pública en el ámbito de la regulación de los procedimientos de adjudicación, la elección de las mismas, en mi opinión, sería relativamente fácil: «renovación procedimental». Bien es verdad que los dos objetivos que han guiado la reforma son modernización de los procedimientos –en su vertiente de flexibilización de los mismos y de reducción de las cargas administrativa– y la simplificación de las normas, pero el primer objetivo ha tenido un reconocimiento mucho más tangible que el segundo. En todo caso, ambos objetivos han sido perseguidos de manera recurrente en las últimas reformas de la normativa europea sobre contratación pública.

No es nada reciente la búsqueda del equilibrio entre la flexibilidad que representa un uso más amplio de los procedimientos que permiten la negociación con los licitadores y la eventual pérdida de transparencia que éstos generan. Ya en 1996, el Libro verde «La Contratación Pública en Europa, Reflexiones para el futuro»[1], resalta que, en los casos en que se admite, el procedimiento negociado parece permitir unos resultados económicos más satisfactorios que la convocatoria de concurso tradicional, lo que le convertía en un medio racional para disminuir los costes del comprador público logrando al mismo tiempo los objetivos fijados. No obstante, también se destaca que no puede negarse que este tipo de procedimiento contribuye menos al objetivo de transparencia de los contratos.

Con base a este Libro Verde y a la posterior Comunicación sobre la Contratación Pública en la Unión Europea, de 11 de marzo de 1998, la Comisión formuló en el año 2000 la propuesta [COM (2000) 275 final] que es el origen de la Directiva 18/2004/CE. Y perseguía un triple objetivo; modernizar, flexibilizar y simplificar los textos sobre contratación pública.

1. La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro COM(96) 583, 27 noviembre de 1996.

Con el transcurso de los años, la aprobación de la Directiva 2004/17/CE, de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y de la Directiva 2004/18/CE (en adelante «Directiva clásica»), de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no hace cesar el debate sobre la necesidad de flexibilizar los procedimientos de licitación. De hecho la falta de flexibilidad y la prohibición de negociación que permanece en la «Directiva clásica» es severamente cuestionada por algunos sectores de la doctrina europea, pese a la incorporación del diálogo competitivo[2]. En nuestro país, la Comisión de Expertos para el análisis y diagnóstico de la contratación pública creada en 2003 insistió en que el empleo del procedimiento negociado podía ser muy útil para una eficaz consecución del interés público[3].

2. Vid. Treumer S., «Flexible Procedures or Ban on Negotiations? Will More Negotiation Limit the Access to the Procurement Market?», en la obra colectiva *EU Procurement Directives – modernisation, growth & innovation: Discussions on the 2011 Proposals for Public Procurement Directive*, Carina Risvig Hansen, Christina D. Tvarnø and Grith Skovgaard Ølykke (eds.), 2012, págs. 137 y ss. Por su parte, Arrowsmith S. («Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility», *Public Procurement Law Review*, vol. 21 (3), 2012, págs. 71 a 82) apuesta abiertamente porque el incremento de la flexibilidad 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 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.
3. Literalmente se afirmaba que: «ciertamente, las Directivas comunitarias determinan un ámbito específico del procedimiento negociado, que podemos considerar estrecho. No obstante, en el marco de las reflexiones de esta Comisión, puede ser conveniente insistir en la procedencia de incrementar el marco de negociación entre la Administración Pública contratante y los candidatos para así obtener el resultado más óptimo a los intereses públicos. La negociación no ha de ser contemplada como un mecanismo oscuro, sino que ha de interpretarse como el sistema para la mejor defensa de los intereses generales.» VVAA, *Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2004, pág. 133.

Sea como fuere, mediante su Comunicación «Hacia un Acta del Mercado Único. Por una economía social de mercado altamente competitiva»[4], en 2010 la Comisión anunció su intención de introducir medidas legislativas para «simplificar y modernizar» el régimen de la contratación pública, precisamente para hacer más flexible la adjudicación de los contratos, así como para permitir a la contratación pública apoyar mejor otras políticas. Igualmente se constataba que la compleja interacción entre las normas de la UE y las normas nacionales a menudo producía como resultado procedimientos administrativos de contratación muy engorrosos, mientras que los niveles de participación de empresas de otros Estados miembros permanecían muy bajos. En concreto, se resaltaba que la licitación transfronteriza alcanza sólo alrededor el 1,5% de todos los contratos públicos adjudicados en 2009. Quedaban así expuestos cuáles iban a ser los dos elementos de la nueva reforma de la normativa sobre contratación pública: la simplificación y la modernización de los procedimientos. Este último concepto incluye, por un lado, la reducción de cargas administrativos y, por otro, una flexibilización que permitiría no sólo una mayor capacidad de decisión a los poderes adjudicadores, sino también la posibilidad de incrementar el empleo de la llamada contratación pública estratégica.

Poco después, la Comisión emprendió una evaluación empírica del impacto y coste de la política de la Unión Europea sobre contratación pública[5]. El estudio arrojó datos significativos desde el punto de vista del empleo de los procedimientos de licitación y de su coste.

4. Bruselas, 27 -10-2010, COM (2010) 608. Esta idea se recoge igualmente en la Comunicación de la Comisión Acta del Mercado Único Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento», Bruselas, 13-4-2011 [COM/2011/0206 final] en la que se insiste en que hay que examinar la forma de simplificar y flexibilizar los procedimientos para que aumente la eficacia del sistema público de pedidos. Se añade que tal simplificación, sin embargo, no debe llevar a restringir el acceso a los contratos de escala europea, sino que, antes al contrario, debe facilitarlo, en especial para las PYME y el comercio transfronterizo (incluyendo las compras comunes entre diferentes autoridades adjudicadoras).
5. Documento de Trabajo de la Comisión «Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation». Bruselas, 27.6.2011.SEC (2011) 853 final.

Desde la perspectiva de la duración de los procedimientos de contratación, se constata que tiempo normal que transcurre entre el envío de la convocatoria de licitación y la adjudicación, sea cual sea el procedimiento, es 108 días. Pero la diferencia entre los poderes adjudicadores más rápidos y los más lentos es de, aproximadamente, 180 días. El procedimiento restringido, el segundo más utilizado después del abierto, conlleva normalmente 160 días hasta la adjudicación, que es mucho más de lo que suele requerir habitualmente el procedimiento abierto (53 días hasta la adjudicación)[6]. Y desde el punto de vista del coste de los procedimientos de licitación, se revela que el coste medio de un procedimiento es de unos 28.000 Euros. De esta cifra, un 25 % sería asumido por el poder adjudicador, mientras que el 75 % restante correspondería al coste en que incurren los proveedores para preparar la oferta[7]. No puede negarse, como destaca el documento, que aunque el coste soportado por cada participante es inferior a ese total (aproximadamente una sexta parte), el coste que asume cada licitador es considerable.

De forma paralela a la realización de este documento de trabajo, la Comisión inició un proceso de consulta mediante la publicación en enero de 2011 del Libro verde sobre «La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente»[8]. En relación con los procedimientos de licitación, y en el contexto de su proyectada modernización, además de insistir en la necesidad de recudir la complejidad y las cargas administrativas, se introduce la idea de «más negociación», de forma que se propone la generalización del procedimiento negociado con publicación previa[9] y se consulta sobre la posibilidad de introducir nuevos proce-

6. La duración del procedimiento restringido puede explicarse por el hecho de que también él se utiliza sobre todo para los contratos de elevado importe y más complejos.
7. Esta cifra se dividirá entre los 5,4 licitadores que se registran, por término medio, por cada licitación. Puede suponerse que estos costes se incorporarán a largo plazo a los precios de las ofertas o a los márgenes de los adjudicatarios.
   El coste del proceso de contratación pública puede representar un porcentaje bastante alto del valor total de un contrato, en particular, en el extremo inferior de la escala. En el umbral más bajo de las Directivas, esto es, 125 000 EUR, los costes totales pueden representar entre el 18 y el 29 % del valor del contrato.
8. Bruselas, 27-1-2011, COM (2011) 15 final.
9. Ahora bien, no se oculta que esta propuesta puede producir un incremento del riesgo de abuso y discriminación. Totalmente elocuente en este sentido es la pre-

dimientos que sirvan mejor que el diálogo competitivo para fortalecer la innovación protegiendo soluciones originales[10]. Este procedimiento además podría tener virtualidades para la incorporación de objetivos políticos a la contratación pública[11]. Por otro lado, desde la perspectiva de la simplificación, se propone un marco procedimental «más ligero» para la adjudicación de contratos por parte de poderes adjudicadores regionales o locales, así como la posibilidad de establecer procedimientos simplificados para la compra de bienes y servicios comerciales[12].

El documento de síntesis de las respuestas al Libro Verde[13] puso de manifiesto un fuerte apoyo a las medidas tendentes a la reducción de las cargas administrativas relacionadas con la elección del licitador. También existe un amplio soporte a la propuesta de permitir más negociación en los procedimientos de licitación y/o generalizar el uso del procedimiento negociado con publicación previa de un anuncia de licitación. Con la excepción de los ciudadanos y, hasta un cierto punto, de los representantes de las PYMES, todos los grupos de interesados están a favor de más negociación en todos los procedimientos de licitación y en todos los tipos de contratos. Sin embargo, el documento también refleja que los participantes en la consulta son conscientes de que un incremento en el uso de los procedimientos negociados puede producir consecuencias negativas en términos de transparencia, discriminación

---

gunta 21 del Libro Verde: «Comparte la opinión de que una utilización generalizada del procedimiento negociado podría acarrear ciertos riesgos de abuso o de discriminación» Además de las salvaguardias ya establecidas en las Directivas para el procedimiento negociado ¿harían falta otras que protegieran la transparencia y contra la discriminación, a fin de compensar el mayor nivel de discrecionalidad? En tal caso, ¿cuáles podía ser esas otras salvaguardias?»

10. Vid. preguntas 92 y 93.
11. La pregunta 68 tiene el siguiente tenor: «¿piensa que permitir la utilización del procedimiento negociado con publicación previa como procedimiento estándar podría ayudar a tener en cuenta mejor consideraciones relacionadas con políticas como las de medio ambiente, las políticas sociales y las de innovación, entre otras? ¿O sería demasiado elevado el riesgo de discriminación y restricción de la competencia?».
12. Vid. preguntas 22, 27 y 28.
13. 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.*

y procedimientos justos y objetivos. Una clara mayoría de respuestas compartían la visión de que la generalización del procedimiento negociado puede producir riegos de abuso y discriminación y que sería necesario introducir garantías adicionales de transparencia y no discriminación para compensar el nivel más alto de discrecionalidad.

Por su parte, la opinión de las instituciones europeas reflejan igualmente la tensión existente entre la necesidad de introducir mayor flexibilidad y el objetivo de preservar la transparencia. Así, mientras el Consejo Económico y Social[14] y el Comité de las Regiones[15] abogan por la introducción de un procedimiento negociado general similar al regulado en la Directiva 2004/17/CE o al diálogo competitivo pero sin la restricción relativa a los casos «excepcionalmente complejos», el Tribunal de Cuentas Europeo se opuso abiertamente a la generalización del procedimiento negociado[16].

14. Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo de 7 de julio de 2011 de la Sección Especializada de Mercado Único, Producción y Consumo sobre 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 COM (2011) 15 final.
15. Dictamen el Comité de las regiones sobre el tema «la modernización de la política de contratación pública de la UE: hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente». Sesión 11 y 12 de mayo de 2011. A la vista de los resultados del Libro Verde no deja de ser curioso que el Comité de las Regiones considere que «el hecho de que haya más posibilidades de recurrir al procedimiento negociado favorece a las PYME. Este procedimiento ofrece un cierto grado de flexibilidad tanto a los poderes adjudicadores como a los licitadores. De este modo, las PYME se concentran en el conocimiento de su producto o servicio y no en el procedimiento de licitación». Como ya hemos señalado, la consulta refleja cierta reticencia de las PYMES a la generalización del procedimiento negociado.
16. Dictamen nº 4/2011 del Tribunal de Cuentas Europeo sobre el Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Literalmente se afirma que: «cabe señalar que, aun cuando la generalización de los procedimientos negociados considerada en el Libro Verde constituye una herramienta valiosa para la apertura de los mercados y el incremento de la eficiencia de los procedimientos, también es cierto que pueden tener efectos nocivos para el objetivo de prevenir el fraude y la corrupción al conceder más facultades discrecionales a los poderes adjudicadores. El posible uso generalizado del procedimiento negociado entraña riesgos que pueden requerir un esfuerzo desproporcionado para su control. […] demasiada flexibilidad en los procedimientos presenta un riesgo de abuso y discriminación».

Finalmente, la propuesta de Directiva sobre contratación pública[17] expresamente reconoce que uno de sus dos objetivos es el incremento de la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio. Esto implica, en particular, *simplificar y flexibilizar* las normas sobre contratación pública vigentes. Unos procedimientos más racionales y eficientes –continúa la exposición de motivos– beneficiarán a todos los operadores económicos y facilitarán la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos. El otro objetivo de la Directiva es permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles. Ambos objetivos están fuertemente relacionados. Sirva como ejemplo expresivo la creación de la asociación para la innovación como nuevo tipo procedimental.

El propósito de este trabajo es analizar las modificaciones introducidas en la regulación de los procedimientos de licitación a fin de determinar hasta qué punto los objetivos propuestos se han cumplido. Para ello, tras trazar una breve panorámica de las líneas maestras de los procedimientos de contratación reconocidos en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, analizaremos con detalle los cambios en la regulación de los procedimientos de adjudicación que incorpora. Finalmente, como recopilación final, extractaremos las principales innovaciones introducidas, así como valoraremos hasta qué punto la nueva Directiva sobre contratación pública supone un verdadero avance en la consecución de los anhelados objetivos de modernización y simplificación.

17. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública [Bruselas, 20-12-2011, COM (2011) 896 final].

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN LA LLAMADA «CUARTA GENERACIÓN» DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN

1. EL DISEÑO ASIMÉTRICO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La formulación de los procedimientos de adjudicación no era simétrica en las Directivas que se han dado en llamar de tercera generación. Porque dependiendo del ámbito material de regulación de cada una de las Directivas, se reconocía una mayor o menor flexibilidad en la utilización de los procedimientos por parte del poder adjudicador. Este esquema permanece en las Directivas recientemente aprobadas.

En primer lugar, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2004, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios permitía la utilización cinco procedimientos reconocidos en la norma: procedimiento abierto, procedimiento restringido, diálogo competitivo y procedimiento negociado, en su doble modalidad de procedimiento con publicidad comunitaria y sin publicidad. Por su parte, el art. 28 se dedicaba a regular la utilización de estos procedimientos. Así el procedimiento abierto y el procedimiento restringido tienen carácter ordinario. Sólo en las condiciones específicas previstas expresamente en el art. 29, los poderes adjudicadores podrán adjudicar sus contratos públicos haciendo uso del diálogo competitivo. Y en los casos y circunstancias específicos previstos expresamente en los arts. 30 y 31 podrán recurrir a un procedimiento negociado, con o sin publicación del anuncio de licitación.

La Directiva 2004/17, sobre contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, contiene en su art. 1.9 la definición de los procedimientos abierto, restringido y negociado. Es el artículo 40 el que dispone que las entidades adjudicadoras podrán elegir cualquiera de los procedimientos definidos siempre que, salvo lo dispuesto en el apartado 3, se haya efectuado una convocatoria de licitación con arreglo al artículo 42. Dicho precepto regula el recurso al procedimiento negociado sin publicidad, sin que se establezca ni unas mínimas precisiones procedimentales. De esta forma,

se reconocen sólo cuatro procedimientos de licitación. Y es que dado que el uso del procedimiento negociado con publicidad se configuró como un procedimiento ordinario, no se consideró necesario introducir el diálogo competitivo como procedimiento de licitación. La flexibilidad del procedimiento negociado con publicidad, *a priori,* permitiría el diseño a través de los pliegos de procedimientos semejantes al diálogo competitivo[18].

Finalmente, son igualmente cuatro los procedimientos de licitación que reconoce Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad. Sin embargo, a diferencia de la Directiva sobre sectores especiales, no se reconoce el procedimiento abierto, pero sí el diálogo competitivo[19]. Como dispone el art. 25, las entidades o poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar los contratos a través del procedimiento restringido o el procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación, que tiene así carácter de procedimiento ordinario. Además, y como ya hemos adelantado, en las circunstancias señaladas en el artículo 27, podrán adjudicar los contratos mediante un diálogo competitivo. Y finalmente, en los casos y circunstancias específicos previstos expresamente en el artículo 28, las entidades o poderes adjudicadores podrán recurrir a un procedimiento negociado sin publicación del anuncio de licitación.

De esta forma, no deja de ser paradójico que el «diálogo competitivo» no se prevea en la Directiva de Sectores Especiales y sí en la Directiva de contratación en los Sectores de Defensa y Seguridad. Porque el motivo de su falta de tipificación en la primera fue que la misma se consideró superflua, habida cuenta del carácter ordinario del procedimiento negociado y de su gran flexibilidad. Sin embargo, la Directiva de Defensa y Seguridad, pese a dotar igualmente al procedimiento negociado con publicidad de carácter ordinario, también disciplina el

18. Comisión Europea. *Explanatory Note on Competitive Dialogue* (CC/2005/04_rev 1 of 5.10.2005), pág. 3.

19. Como es sabido, en nuestro Ordenamiento, la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad permite la utilización de este procedimiento en los ámbitos de defensa y seguridad.

diálogo competitivo como procedimiento de contratación. Ello se justifica en la incapacidad del procedimiento negociado de adaptarse a supuestos en los que no sea *a priori* posible definir el objeto contractual[20].

En todo caso, es evidente que los distintos procedimientos tienen un grado de aplicación desigual. Desde la perspectiva del análisis cuantitativo de la utilización práctica de los procedimientos de licitación[21], el procedimiento abierto sigue siendo el más frecuentemente utilizado[22]. El segundo procedimiento más empleado es el restringido, que se usa en relación con contratos de mucho más valor. Al procedimiento restringido corresponde el 9 % de los anuncios de adjudicación, pero el 23 %, sin embargo, del valor de todos los contratos adjudicados. La diferencia entre los dos procedimientos ilustra la magnitud media del contrato: 8,2 millones EUR en el caso del restringido frente a 2,1 millones EUR en el caso del abierto. Al procedimiento negociado con publicación de licita-

20. En concreto, según el considerando 48, «a las entidades o poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos puede resultarles objetivamente imposible, sin que por ello se les pueda criticar, definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que pueda ofrecer el mercado. Esta situación puede presentarse, en particular, en la ejecución de proyectos que supongan la integración o la combinación de múltiples capacidades tecnológicas u operativas, o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada, cuyo montaje financiero y jurídico no sea posible definir con antelación. En tal caso, el recurso al procedimiento restringido o al procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación no sería viable, al no ser posible definir el contrato con la suficiente precisión para permitir a los candidatos formular sus ofertas. Conviene, pues, prever un procedimiento flexible que preserve, a un tiempo, la competencia entre operadores económicos y la necesidad de las entidades o poderes adjudicadores de discutir con cada candidato todos los aspectos del contrato. No obstante, no se debe recurrir a este procedimiento de manera que se restrinja o falsee la competencia, especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas, imponiendo nuevos elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa».
21. Los siguientes datos proceden del documento de Trabajo de la Comisión «Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation». Bruselas, 27.6.2011.SEC (2011) 853 final.
22. Según el documento, en el período 2006-2011, alrededor del 73 % de todos los anuncios de adjudicación de contratos publicados en el DOUE lo era en el ámbito de un procedimiento abierto. Sin embargo, ello equivale solo al 52 % del valor total publicado, ya que el procedimiento abierto se empleó sobre todo en el caso de los contratos de menos valor.

ción, corresponde el 8 % de los anuncios de adjudicación de contratos y el 14 % del valor. Por otro lado, también es importante destacar que la mayor parte de las licitaciones publicadas en la UE reciben entre 4 y 6 ofertas, con una media de 5,4 ofertas. Una de cada cinco licitaciones recibe solo una oferta. Las medias correspondientes a los procedimientos abierto y restringido son más altas, lo que indica que estos atraen más competencia que los procedimientos negociados.

Partiendo del contexto descrito, en el nuevo paquete de Directivas sobre contratación pública existen igualmente diferencias sustanciales en el diseño normativo de la utilización de los procedimientos de licitación.

La Directiva que mayor flexibilidad reconoce en este punto es la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. De hecho, esta Directiva no diseña procedimientos de adjudicación, limitándose a establecer que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora tendrá la libertad de organizar el procedimiento conducente a la elección del concesionario sujeto al cumplimiento de la presente Directiva. En todo caso, la norma dispone que la concepción del procedimiento de adjudicación de la concesión deberá respetar los principios establecidos de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (art. 30). Se han fijado igualmente unas garantías procedimentales mínimas. Así, aunque el poder o entidad adjudicador podrá celebrar negociaciones con los candidatos y licitadores, el objeto de la concesión, los criterios de adjudicación y los requisitos mínimos no se modificarán durante las negociaciones (art. 37).

Por su parte, la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se diferencia de su antecesora en que reconoce dos «nuevos» procedimiento de licitación: el diálogo competitivo, al que se dota de naturaleza ordinaria, y la asociación para la innovación, que podrá emplearse en aquellos casos en los que exista la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado[23]. El procedimiento

23. Según los apartados 2 y 3 de la Directiva, los Estados miembros dispondrán que las entidades adjudicadoras puedan recurrir a los procedimientos abiertos o res-

negociado con convocatoria de licitación previa se sigue configurando como un procedimiento ordinario. El procedimiento negociado sin publicidad sigue teniendo carácter excepcional[24].

Finalmente, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública se caracteriza por introducir una mayor flexibilidad en los procedimientos de licitación, sin que, en cualquier caso, ésta sea equivalente a la reconocida en la Directiva de contratación en sectores especiales o a la Directiva de contratación en el ámbito de la defensa y seguridad.

Así, se reconocen seis tipos de procedimientos de adjudicación: procedimiento abierto, procedimiento restringido, procedimiento de licitación con negociación, diálogo competitivo, asociación para la innovación y procedimiento negociado sin publicidad. De todos estos, como razonaremos inmediatamente después, sólo dos tienen carácter ordinario: el procedimiento abierto y el procedimiento restringido.

2. PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CONTENIDOS EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como ya hemos señalado, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública establece la disciplina de seis tipos de procedimientos de adjudicación: procedimiento abierto, procedimiento restringido, procedimiento de licitación con negociación, diálogo competitivo, asociación para la innovación y procedimiento negociado sin publicidad. Estos seis procedimientos típicos se pueden clasificar atendiendo a distintos criterios: a) su ámbito de aplicación; b) carácter competitivo; c) inclusión de una fase de negociación; d) incorporación de una fase de selección de candidatos y; e) carácter obligatorio de su transposición.

---

tringidos o procedimientos negociados con convocatoria de licitación previa, regulados en la presente Directiva. 3. Los Estados miembros dispondrán que las entidades adjudicadoras puedan recurrir a los diálogos competitivos y las asociaciones para la innovación, regulados en la presente Directiva.

24. Tal y como dispone el art. 44.5, en los casos específicos y circunstancias a que se refiere expresamente el artículo 50, los Estados miembros podrán disponer que las entidades adjudicadoras puedan recurrir a un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa. Los Estados miembros no permitirán el uso de este procedimiento en casos distintos de los previstos en el artículo 50.

Desde la perspectiva de su ámbito de aplicación, soló dos de estos procedimientos tienen carácter general en tanto en cuanto su utilización no precisa de un presupuesto habilitante previo: procedimiento abierto y procedimiento restringido.

Por su parte, los procedimientos de licitación con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación tienen carácter específico, ya que sólo pueden emplearse en determinados supuestos previstos en los arts. 26 y 30 de la Directiva. Por ello, mientras la Directiva no exige que se motive la elección del procedimiento abierto o del restringido, en su art. 84 dispone que los poderes adjudicadores redactarán un informe escrito, sobre cada contrato, que incluya, entre otras informaciones, para los procedimientos de licitación con negociación y los procedimientos de diálogo competitivo, las circunstancias que justifican el recurso a estos procedimientos. Por su parte, del art. 30 se desprende claramente la necesidad de motivar la elección de la asociación para la innovación.

Finalmente, el procedimiento negociado sin publicidad conserva su carácter de procedimiento excepcional, en cuanto sólo puede ser empleados en supuestos muy concretos y de aplicación restrictiva, dado su carácter no competitivo. El recurso a esta procedimiento debe ser objeto de justificación caso a caso [art. 84.1 f)].

Y es que en efecto, si consideramos competitivos aquellos procedimientos en los que es preciso la publicación previa de un anuncio de licitación, el único procedimiento de adjudicación no competitivo es el procedimiento negociado sin publicidad.

Por otro lado, los procedimientos de licitación pueden clasificarse según incluyan o no la posibilidad de negociación con los operadores económicos. Como es tradicional en el Derecho de la Unión Europea, una característica de los procedimientos abiertos y restringidos es la prohibición de negociación[25]. Esta prohibición no rige en el resto de procedimientos.

25. La prohibición de negociación no estaba formulada claramente en las directiva 93/31. No obstante, se formuló a través de declaraciones. Vid. Declaración ad apartado 4 del articulo 7 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras. Según la misma, «el Consejo y la Comisión declaran que, tanto en

Por lo demás, también puede distinguirse ente procedimientos que incluyen una fase formal de selección previa de aquellos que no la incluyen. No incluyen dicha fase el procedimiento abierto ni el procedimiento negociado sin publicidad. Incorporan sin embargo los procedimientos restringidos, procedimientos de licitación con negociación los procedimientos de diálogo competitivo y asociaciones para la innovación. La reducción del número de candidatos cualificados a los que se invita a participar se regula ahora en el art. 65 de la Directiva, que exige que las normas o criterios a emplear sean conocidos de antemano y tengan carácter objetivo y no discriminatorio. Los poderes adjudicadores invitarán a un número de candidatos al menos igual al número mínimo que establece el precepto. No obstante, cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección y satisfagan los niveles mínimos de capacidad sea inferior al mínimo, el poder adjudicador podrá seguir adelante con el procedimiento invitando a los candidatos que cuenten con la capacidad exigida. En cualquier caso, el poder adjudicador no podrá incluir en el procedimiento a operadores económicos que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean las capacidades exigidas[26].

Finalmente, como último criterio de clasificación se pueden distinguir los procedimientos de trasposición obligatoria de los procedimientos de trasposición facultativa. Sólo el procedimiento negociado sin publicidad es de trasposición facultativa.

La propuesta de la Directiva era mucho más modesta en las exigencias de incorporación a los Ordenamientos nacionales de los procedimientos que permiten la negocación. Así, el procedimiento abierto y el restringido eran procedimientos básicos y de transposición obligatoria.

---

los procedimientos abiertos como en los restringidos, quedará excluida cualquier negociación con los candidatos o con los lidia dores que se refiera a elementos fundamentales de los contratos cuya modificación pudiera distorsionar la acción de la competencia y, en particular, a los precios; sólo podría discutirse con los candidatos o con los licitadores para que precisen o completen el contenido de sus ofertas así como los requisitos de los poderes adjudicadores, siempre que ello no tenga un efecto discriminatorio».

26. En relación con este tipo de cuestiones, vid. STJUE de 15 de octubre de 2009**.** Tuvimos ocasión de comentar esta sentencia en el trabajo «Procedimiento negociado con publicidad y competencia efectiva (Comentario a la STJCE de 15 de octubre de 2009)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 332, año 2012 págs. 119 a 128.

En cambio, los procedimientos de licitación con negociación, el diálogo competitivo y la asociación para la innovación no tenían dicha naturaleza, de forma que se permitía que los Estados miembros tuvieran en mayor medida en cuenta sus preferencias y particularidades basadas en su cultura jurídica, política y económica nacional, lo que, en mi opinión, resultaba razonable. Como se ha resaltado, existen importantes diferencias entre los Estados miembros en el nivel de profesionalización, conocimiento del Derecho fundamental de la contratación pública, interés por la eficiencia y nivel de corrupción[27]. Por lo demás, también se dejaba a los Estados miembros que traspusieran o todos o solo parte de los casos específicos del procedimiento negociado sin publicidad.

Sea como fuere, la norma finalmente aprobada dispone que los procedimientos licitación con negociación, el diálogo competitivo y la asociación para la innovación constituyen procedimientos de transposición obligatoria. Y es que un buen número de enmiendas del Parlamento tuvieron como finalidad modificar la configuración inicial de la Directiva[28], justificándose esta opcion en que la transposición de los procedimientos más pertinentes no debe ser optativa, sino que se debe realizar de forma uniforme en todos los Estados miembros con el fin de garantizar la igualdad de condiciones. También se ha razonado que el procedimiento de licitación con negociación y los procedimientos de diálogo competitivo y asociación para la innovación ofrecen a los poderes adjudicadores la oportunidad de hacer más sencillas, flexibles y eficientes sus políticas contratación, argumento en nuestra opinión falaz, ya que los procedimientos que incluyen fases de negociación son más complejos y su uso inadecuado puede tener unos efectos distorsionadores de la competencia.

---

27. En este sentido, Treumer S. («Flexible Procedures or Ban…», *op. cit.*, pág. 142). Según el autor, la introducción de un incremento de flexibilidad debería así no ser obligatoria, al menos en no todos los aspectos. Y así, se debería permitir a los Estado miembros elegir si quieren introducir nuevas posibilidades de negociación y cambio cuando implementen las futuras Directivas, tal y como sucedió cuando se introdujo el diálogo competitivo. Bien es verdad que en todo caso, los Estados miembros presumiblemente se inclinarán a introducir el uso de procedimientos flexibles a la vista de la experiencia de la implementación del diálogo competitivo.
28. Vid. enmienda 656, 657, 658, 659, 674, 675, 676, 677, 678, 679.

III. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS POR LA DIRECTIVA 2014/24/UE

1. LAS ESCASAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO

Respecto a su predecesora, la Directiva 2014/24/UE opera una reordenación sistemática de la regulación del procedimiento abierto. Como resultado se introduce mayor claridad en la normativa. De esta forma, al procedimiento abierto se dedica ahora un precepto completo, el art. 27. La definición de procedimiento abierto permanece inalterada, si bien se añade alguna mejora técnica. De esta forma, como se establece en la nueva norma, en los procedimientos abiertos cualquier operador económico interesado podrá presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación. La oferta irá acompañada de la información para la selección cualitativa que solicite el poder adjudicador (art. 27.1, tercer inciso).

Desde un punto de vista sustantivo, las reglas básicas del procedimiento abierto han permanecido inalteradas. La única diferencia respecto a la Directiva que se deroga es que se ha introducido una mayor «flexibilidad», mediante una importante reducción de los plazos, adaptándolos a los plazos mínimos previstos en el Acuerdo sobre Contratación Pública (en adelante ACP)[29].

Así, en primer lugar, con carácter general, el plazo mínimo para la recepción de las ofertas, a partir del envío del anuncio de licitación, es de 35 días, en lugar de los 52 días previstos con carácter ordinario en la Directiva 2004/18/CE. Este plazo podía quedar reducido a 40 días en los casos en los que se emplearan medios electrónicos en la transmisión

29. Como destaca Moreno Molina J.A «La influencia del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC sobre la Directiva 2014/24/UE», en esta misma obra, en la elaboración de la Directiva 2014/24/UE ha desarrollado un papel muy relevante el Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuyo texto reformado aprobado en 2012 constituye una de las bases de la Directiva europea. Esta versión del ACP ha sido aprobada, en nombre de la Unión Europea, en virtud de la Decisión 2014/115/UE del Consejo de 2 de diciembre de 2013, relativa a la celebración del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública.

del anuncio de licitación y en el acceso a los pliegos de contratación[30], medios cuya utilización será obligatoria en el diseño de la nueva Directiva. De cualquier modo, el nuevo plazo de 35 días puede reducirse en 5 días en los casos en lo que se acepten ofertas electrónicas, de forma quedará con carácter general definitivamente fijado en 30 días cuando finalicen los plazos de trasposición de la Directiva[31].

Desde otra perspectiva, en los casos de urgencia debidamente justificada el plazo de recepción de ofertas puede ser sólo de 15 días. La novedad que se introduce en este aspecto es notable, ya que el art. 38.8 de la Directiva 2004/18/CE sólo contemplaba el procedimiento acelerado en los supuestos de procedimientos restringidos y negociados con publicación de anuncio de licitación. Esta ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento acelerado guarda perfecta correspondencia con el art. XI:4 ACP.

Finalmente, en los casos de publicación de un anuncio de información previa, la Directiva 2004/18/CE permitía reducir el plazo de recepción de ofertas a 36 o 22 días. En la nueva Directiva, en los casos de publicación de un anuncio de información previa, siempre que este anuncio no se haya utilizado como convocatoria de licitación[32], el plazo de presentación de ofertas puede quedar reducido a tan sólo 15 días. En

30. Vid. art. 38.5 y 6 Directiva 2004/18/CE.

31. Con algunas salvedades, el art. 22 de la Directiva establece 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. No obstante, los Estados miembros no están obligados a trasponer este precepto hasta el 18 de octubre de 2018, excepto cuando el uso de medios electrónicos sea obligatorio en virtud de los artículos 34, 35 o 36, el artículo 37, apartado 3, el artículo 51, apartado 2, o el artículo 53.
    Por lo demás, los Estados miembros podrán aplazar la aplicación del artículo 22, apartado 1, en lo que respecta a las centrales de compra, hasta el 18 de abril de 2017 (ver art. 90).

32. En realidad, puede dudarse si es totalmente oportuna referencia a la posibilidad de que el anuncio de licitación sea utilizado como convocatoria de licitación. Porque la posibilidad de que los poderes adjudicadores efectúen la convocatoria de licitación mediante un anuncio de licitación previa se limita a los procedimientos restringidos y de licitación con negociación (arts. 26.5 y 48).

todo caso, para que sea aplicable esta reducción es preciso que simultáneamente se den las circunstancias siguientes:

a) Que en el anuncio de información previa se haya incluido toda la información exigida para el anuncio de licitación[33], en la medida en que dicha información estuviera disponible en el momento de publicarse el anuncio de información previa.

b) Que el anuncio de información previa haya sido enviado para su publicación entre 35 días y 12 meses antes de la fecha de envío del anuncio de licitación.

2. LAS ESCASAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO RESTRINGIDO

Al igual que sucedía en el ámbito del procedimiento abierto, la Directiva 2014/24/UE ha mejorado sistemáticamente la regulación del procedimiento restringido. De esta forma, al procedimiento restringido se dedica ahora un precepto, el art. 28. En los procedimientos restringidos cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación que contenga la información indicada en el anexo V, parte B o C, según el caso[34], pero solo podrán presentar una oferta los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación por este de la información proporcionada. Como es habitual, los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos aptos que deban ser invitados a participar en el procedimiento, en base a los criterios o normas objetivos y no discriminatorios indicados en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés. En el procedimiento restringido, el número mínimo de candidatos será de cinco.

Desde un punto de vista sustantivo, las reglas básicas del procedimiento restringido no han sufrido modificaciones de gran calado. De esta forma, las principales novedades se limitan a dos; por un lado, cuando el contrato sea adjudicado mediante procedimiento restringido los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores

33. Vid. Anexo V, parte B.

34. Dichas partes del anexo V hacen referencia, respectivamente, a la información que debe figurar en los anuncios de información previa y a la información que debe figurar en los anuncios de licitación.

subcentrales o determinadas categorías de estos puedan efectuar la convocatoria de licitación por medio de un anuncio de información previa. Por otro, se ha introducido una mayor «flexibilidad», mediante una reducción de los plazos, adaptándolos a los plazos mínimos previstos en el ACP.

En la Directiva 2004/18/CE, el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación que se computa desde la fecha del envío para la publicación en el DOUE es de 37 días; no obstante, el mismo se puede reducir en 7 días cuando el poder adjudicador prepare y envíe los anuncios por medios electrónicos. La nueva Directiva prevé que el plazo de recepción de las solicitudes de participación será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, de la invitación a confirmar el interés. Pero en todo caso, también establece la obligatoriedad de preparar y enviar los anuncios de información previa y los anuncios de licitación por medios electrónicos (art. 51.2). De esta forma, desde una perspectiva práctica, la reducción del plazo de recepción de las solicitudes de participación es bastante relativa.

No obstante, los plazos de recepción de las ofertas experimentan reducciones efectivas.

En primer lugar, el plazo mínimo de recepción de ofertas era de 40 días desde la fecha de envío de la invitación a licitar, que podía recudirse a 35 en los casos en los que se ofreciese acceso sin restricciones, directo y completo por medios electrónicos al pliego de condiciones y a cualquier información complementaria. La nueva Directiva establece en 30 días el plazo para la recepción de la ofertas a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar. Como ya hemos señalado, la obligación de publicar la información contractual a través de Internet deriva ahora del art. 51, por lo que en la práctica sí se produce una reducción real del plazo en 5 días. Pero además, este plazo podrá reducirse 5 días más –y quedar así establecido en 25 días– siempre que el poder adjudicador acepte que las ofertas puedan presentarse por medios electrónicos[35].

35. Vid. nota 31.

En todo caso, mayor importancia cuantitativa tiene la reducción del plazo en los supuestos en los que se haya publicado un anuncio de información previa que no se haya utilizado como anuncio de licitación. En la Directiva 2004/18/CE, cuando el poder adjudicador haya publicado un anuncio de información previo, el plazo de recepción de las ofertas puede acortarse, por regla general, a 36 días, pero en ningún caso puede ser inferior a 22 días. La nueva Directiva prevé en cambio que cuando los poderes adjudicadores hayan publicado un anuncio de información previa que no se haya utilizado como medio de convocatoria de licitación, el plazo mínimo para la recepción de las ofertas, según lo establecido en el apartado 2, párrafo segundo, del presente artículo, podrá reducirse a 10 días, siempre que simultáneamente se cumplan estas dos condiciones:

– que en el anuncio de información previa se haya incluido toda la información exigida en el anexo V, parte B, sección I, en la medida en que dicha información estuviera disponible en el momento de publicarse el anuncio de información previa;

– que el anuncio de información previa haya sido enviado para su publicación entre 35 días y 12 meses antes de la fecha de envío del anuncio de licitación.

Los Estados miembros podrán disponer que todos los poderes adjudicadores regionales y locales, o determinadas categorías de los mismos, puedan establecer el plazo para la recepción de las ofertas de mutuo acuerdo entre el poder adjudicador y los candidatos seleccionados, siempre que todos los candidatos seleccionados dispongan de un plazo idéntico para preparar y presentar sus ofertas. A falta de acuerdo sobre el plazo para la recepción de ofertas, el plazo no podrá ser inferior a 10 días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar. La limitación de esta posibilidad a los poderes subcentrales deriva del art. XI.8 del ACP[36].

36. Según la este precepto, cuando una entidad contratante comprendida en el Anexo 2 ó 3 haya seleccionado a todos los proveedores calificados o a un número limitado de ellos, la entidad contratante y los proveedores seleccionados podrán fijar de mutuo acuerdo el plazo para la presentación de ofertas. A falta de acuerdo, el plazo no será inferior a 10 días.

Finalmente, cuando los plazos establecidos en el presente artículo sean impracticables a causa de una situación de urgencia debidamente justificada por los poderes adjudicadores, estos podrán fijar:

a) un plazo para la recepción de las solicitudes de participación que no será inferior a 15 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación;

b) un plazo para la recepción de ofertas que no será inferior a 10 días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar.

Curiosamente, la Directiva 2004/18/CE permitía que estos plazos fueran más reducidos, ya que el plazo de recepción de la solicitudes de participación podía reducirse a 10 días si el anuncio se enviaba por medios electrónicos [vid. art. 38.8 a)].

IV. NOVEDADES INTRODUCIDAS EN LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS CON NEGOCIACIÓN POR LA DIRECTIVA 2014/24/UE

1. SUPUESTOS QUE PERMITEN LA INCLUSIÓN DE UN PROCEDIMIENTO CON NEGOCIACIÓN

A) Introducción

En el ámbito de los procedimientos de adjudicación se pueden diferenciar entre aquellos que incluyen una prohibición de negociar (abiertos y restringidos), de aquellos otros en los que la negociación está permitida/es obligatoria[37]. En este último caso, determinados procedimientos tienen carácter competitivo, en tanto en cuanto incluyen la publicación de una convocatoria de licitación (procedimiento de licitación con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación) mientras que el procedimiento negociado sin publicidad carece en obviamente de este carácter.

Como ya hemos señalado, los procedimientos competitivos con negociación sólo pueden utilizarse en los supuestos tasados que ha diseñado la norma. Y en este sentido, la Directiva diferencia, por un lado, los

37. Como analizaremos más adelante, el procedimiento de licitación con negociación puede configurarse de forma tal que sea posible que el contrato se adjudique sin negociación sobre la base de las ofertas iniciales.

supuestos en los que puede crearse una asociación para la innovación de aquellos otros en los que los poderes adjudicadores pueden emplear un procedimiento de licitación con negociación o diálogo competitivo.

B) Supuestos de utilización del procedimiento de licitación con negociación/diálogo competitivo

El marco definitorio de los supuestos en los que pueden emplearse el procedimiento de licitación con negociación y el diálogo competitivo es común en la Directiva 2014/24/UE. De esta forma, la nueva Directiva redefine el ámbito de aplicación estos procedimientos con negociación, abarcando por un lado, «situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación»[38] y, por otro, supuestos en los que por los motivos que señalaremos ha fracasado previamente un procedimiento ordinario.

Así, en primer lugar, se aglutinan una serie de situaciones diversas en las que la utilización de un procedimiento rígido puede ser ineficaz. En este sentido el art. 26 establece que los poderes adjudicadores podrán aplicar un procedimiento de licitación con negociación o un diálogo competitivo con respecto a las obras, suministros o servicios que cumplan uno o varios criterios:

a) Que las necesidades del poder adjudicador no puedan satisfacerse sin la adaptación de soluciones fácilmente disponibles[39];

b) Que incluyan un proyecto o soluciones innovadoras;

c) Que el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas por circunstancias específicas ligadas a la naturaleza, complejidad o la configuración jurídica o financiera, o por los riesgos inherentes a los mismos.

d) Que el poder adjudicador no pueda establecer con suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma,

38. Considerando 42.

39. En relación con este supuesto, se ha señalado que será preciso consultar previamente al mercado si el poder adjudicador no sabe si existe la solución que necesita. Vid. Davey J., («Procedures Involving Negotiation in the New Public Procurement Directive: Key Reforms to the Grounds For Use and the Procedural Rules», *PPLR*, 3, 2014, pág. 105).

evaluación técnica europeo, especificación técnica común o referencia técnica en el sentido del anexo VII, puntos 2 y 5.

En definitiva, 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. Es evidente que existe cierta continuidad con las situaciones en las que la Directiva clásica permite el uso de procedimiento negociado con publicación y diálogo competitivo[40]. En todo caso, la definición de los supuestos en los que es posible emplear procedimientos de licitación con negociación y diálogo competitivo están formulados con una innegable laxitud[41]. De hecho, la intención del legislador de la Unión Europea es ampliar los supuestos de utilización de estos dos procedimientos competitivos con negociación. Así se desprende claramente del considerando 42, según el cual, «es realmente necesario que los poderes adjudicadores gocen de mayor flexibilidad a la hora de elegir un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones». Se destaca además que los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado con publicación previa son obtenidos en un número especialmente elevado de ocasiones por ofertas transfronterizas. Como elemento común, en todos estos supuestos el objeto del contrato no puede definirse de forma precisa sin contar con el mercado, lo que hace imposible bien establecer sus condiciones técnicas, bien el diseño legal o financiero de forma tan precisa que sea posible adjudicar el contrato sin negociación. Puede ser relativamente difícil que concurra una sola de las circunstancias previstas, ya que, por ejemplo, probablemente será preciso que el contrato incluya soluciones innovadoras cuando las necesidades del poder adjudicador no puedan satisfacerse sin la adaptación de soluciones fácilmente disponibles.

De esta forma, existen múltiples supuestos dónde los procedimientos que incluyen negociación pueden ser especialmente útiles[42]:

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

40. Vid. Art. 30 y art. 11 c) Directiva 2004/18/CE.

41. Así Davey J., «Procedures Involving Negotiation …», *op. cit.*, pág. 104.

42. Vid. Considerandos 42 y 43.

y estructurada[43].

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)[44].

Como ya destacamos, procedimiento de licitación con negociación y diálogo competitivo no son procedimientos ordinarios, la que la Directiva no permite su utilización al margen de esos supuestos. De esta forma, como límite negativo, no debe utilizarse el procedimiento de licitación con negociación ni el diálogo competitivo en los supuestos de servicios o suministros disponibles en el mercado que pueden ser proporcionados por distintos operadores económicos[45].

En segundo lugar, podrá utilizase un procedimiento de licitación con negociación o un diálogo competitivo tras el fracaso de un procedimiento abierto o restringido previo. Ello sucederá cuando sólo se presenten ofertas irregulares o inaceptables.

---

43. En este punto, el considerando 42 de la nueva Directiva reproduce el considerando 31 Directiva 2004/18.

44. En este sentido, es preciso recordar que uno de los supuestos «clásicos» del procedimiento negociado con publicidad era el caso de los servicios, especialmente los servicios financieros y para las prestaciones intelectuales, como la elaboración del proyecto de una obra, en la medida en que las características de la prestación sean tales que no se puedan establecer las condiciones del contrato con la precisión necesaria para su adjudicación seleccionando la mejor oferta con arreglo a las normas que rigen los procedimientos abiertos o restringidos [art. 30.1 c) Directiva 2004/18/CE]. 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. Arrowsmith S. «The Public Sector Directive 2004/18–Contract award procedures», en Arrowsmith (ed.), *Introduction to EU Procurement Law, www.nottingham.ac.uk,* pág. 195 (fecha de consulta: 30 de abril de 2014).

45. Considerando 43 de la Directiva.

El precepto tiene su antecedente inmediato en el art. 30.1 Directiva 2004/18/CE. Respecto a este, se pueden destacar dos novedades de gran interés: en primer lugar, desaparece la exigencia de que en el nuevo procedimiento no se modifiquen las condiciones sustanciales del contrato y, en segundo, lugar, se intenta acotar el concepto de oferta irregular y oferta inaceptable.

En efecto, tras la frustración del procedimiento ordinario, la nueva Directiva permite que en la convocatoria del posterior procedimiento con publicidad se puedan modificar las condiciones sustanciales del contrato. Se trata de una muestra más de la normalización del antiguo procedimiento negociado con publicidad como procedimiento competitivo. La publicación del acuerdo de licitación garantiza, en todo caso, la concurrencia necesaria. La necesaria transparencia que ésta implica supone un contrapeso al riesgo de utilización fraudulenta del procedimiento[46].

Por otro lado, se facilita un elenco, que carece de carácter exhaustivo, de supuestos que se incluyen en los conceptos de «oferta irregular» e «oferta inaceptable». Se considerarán ofertas irregulares, en particular, las ofertas que no se corresponda a los pliegos de la contratación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o de corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el poder adjudicador[47]. Se considerarán ofertas inaceptables las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requeridas y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del poder adjudicador tal y como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación.

Por lo demás, como ya se establecía en la Directiva 2004/18/CE los poderes adjudicadores no estarán obligados a publicar un anuncio

46. En los casos del art. 26.2 b) 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.

47. El actual art. 170 a) TRLCSP permite ya la utilización del procedimiento negociado con publicidad en los casos en los que las ofertas incluyan valores anormales o desproporcionados. Dudaba del acomodo de este supuesto en la Directiva 2004/18/CE, Blanco López F., «La oferta anormalmente baja en la contratación pública. La oferta inaceptable», *Revista de Estudios Locales,* núm. 161, 2013. pp. 403-404.

de licitación si los operadores que invitan son únicamente los que se presentaron previamente al correspondiente procedimiento teniendo suficiente capacidad jurídica, técnica y económica, siempre que hayan presentado una oferta que cumpla los requisitos formales.

En todo caso, no parece que el diálogo competitivo sea el idóneo en los casos de ofertas irregulares e inaceptables. La tendencia casi exclusiva será la utilización del procedimiento de licitación con negociación. De hecho, como señala el considerando 44, el procedimiento de licitación con negociación debe poder utilizarse también en los casos en que un procedimiento abierto o restringido haya conducido exclusivamente a ofertas irregulares e inaceptables. En tales casos, los poderes adjudicadores deben poder llevar a cabo negociaciones con el objeto de conseguir ofertas normales y aceptables.

Finalmente, las dudas pueden surgir a la hora de deslindar este supuesto de los casos en los que la frustración de un procedimiento ordinario permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad. Así, es preciso tener en cuenta que el art. 31 permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en los casos de ofertas y solicitudes de participación «inadecuadas». Y es que existe cierto nivel de solapamiento entre este concepto y el de oferta «irregular» o «inaceptable» contenido en el art. 30. Como señalaremos más adelante, en mi opinión, la oferta o solicitud «inadecuada» abarca los supuestos más severos de ofertas «irregulares» e «inaceptables».

C) Supuestos que permiten la creación de una asociación para la innovación

El supuesto que permite la utilización de la asociación para la innovación se acota mucho más en la Directiva. Podrá emplearse este procedimiento cuando las soluciones disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores (considerando 49 y art. 31). El principal objetivo del procedimiento consiste en crear un atractivo comercial sobre la base de un contrato que justifica la inversión durante la fase de investigación. Por ello, el valor estimado de los suministros, servicios u obras no será desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para

su desarrollo (art. 29.7)[48]. Se trata de un criterio de gran importancia a la hora de elegir este procedimiento frente a las otras posibilidades de articulación de una compra innovadora que la Directiva ofrece.

De esta forma, cuando las soluciones tecnológicas buscadas ya existan en el mercado, y sólo precisen mejoras o adaptaciones simples, no existirá motivo para iniciar la larga y compleja tramitación de la asociación para la innovación[49]. Tampoco cuando la tecnología necesaria entre en la categoría de los hallazgos, no se ha superado la investigación básica o por cualquier otra razón el plazo estimado para su obtención es largo o indeterminado[50].

D) ¿Existe verdadera flexibilidad en la elección del tipo de procedimiento con negociación a emplear por el poder adjudicador?

El hecho de que uno de los objetivos de la Directiva sea introducir una mayor flexibilidad en los procedimientos de licitación puede hacer pensar que estos procedimientos constituyen técnicas intercambiables. No obstante, las obvias las diferencias estructurales que subsisten entre ellos permite afirmar que, al menos tendencialmente, cada uno de ellos es idóneo para dar respuesta a necesidades específicas distintas.

La actual coincidencia perfecta entre los supuestos en los que procede la utilización del diálogo competitivo y el empleo del procedimiento de licitación con negociación viene precedida de un cierto

48. El art. 5 de la Directiva es el que regula los métodos de cálculo del valor estimado de la contratación. Según su apartado sexto, en el caso de las asociaciones para la innovación, el valor que se tendrá en cuenta será valor máximo estimado, IVA excluido, de las actividades de investigación y desarrollo que se realizarán a lo largo de todas las etapas de la asociación prevista, así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final de la asociación prevista.

49. López Miño A., «La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública», en Pernás García (dir.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2013, pág. 245. Añade el autor que la elección del procedimiento se justifica, cuando de la asociación para la innovación se trata, en la necesidad de la tecnología y de los productos innovadores. Cabe presumir que el órgano de contratación habrá «peinado» previamente el mercado en busca de bienes o servicios disponibles que cubran sus necesidades. Sea o no de este modo, añade el autor, si a la vista de la documentación de la contratación un operador acreditase la existencia de tales bienes o servicios, el órgano de contratación deberá retirar la convocatoria y acudir a los procedimientos de contratación ordinarios.

50. *Ibidem.*

solapamiento entre los supuestos habilitantes del diálogo competitivo y del procedimiento negociación con publicación del anuncio de licitación en la Directiva 2004/18/CE[51]. Y de cierta confusión en relación con el hecho de si el diálogo competitivo era en realidad una modalidad del procedimiento de negociado con publicidad comunitaria.

En en un principio en la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión en el año 2000 el diálogo competitivo estaba considerado como un supuesto en virtud del cual los poderes adjudicadores podrían instruir un procedimiento negociado con publicidad comunitaria. Pero esta orientación se descartó, en la medida que en este tipo de procedimientos, los negociados, tienen un carácter excepcional y deberían interpretarse de forma restrictiva, por lo que chocaba con el carácter flexible que se pretendía conseguir a través del diálogo competitivo[52]. Por lo demás, como ya destacamos en la Directiva 2004/17/CE no se incluye el diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación, al entenderse que puede subsumirse en el procedimiento negociado con publicidad. Sólo cinco años más tarde, la Directiva sobre contratación en los sectores de defensa y seguridad, partiendo al igual que la anterior del carácter ordinario del procedimiento negociado con publicidad comunitaria, reconoce autonomía al diálogo competitivo. Ello demuestra que el diálogo competitivo es un procedimiento estructural y funcionalmente distinto al entonces denominado procedimiento negociado con publicidad.

En realidad, y como se ha resaltado, el procedimiento negociado de adjudicación de contratos y el diálogo competitivo son procedimientos diferentes porque responden a puntos de partida y a objetivos distin-

51. De esta forma, Arrowsmith S. («The Public Sector Directive ..», *op. cit.,* págs. 193 y ss.) se preguntaba si, en la Directiva 2004/18/CE existía una suerte de jerarquía de procedimientos de forma que el procedimiento negociado con publicidad sólo podía utilizarse cuando no sólo procedimientos abiertos y restringidos, sino también diálogo competitivo, no pudieran emplearse. El solapamiento podría producirse, por ejemplo, en el caso de la contratación de servicios intelectuales.

52. Fernández Astudillo, J.M., *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en la Unión Europea,* Bosch, 2005, pág. 161, nota 252. La razón, en todo caso, no resulta lo suficientemente convincente, en la medida del carácter igualmente excepcional que en la Directiva 2004/18/CE tiene el diálogo competitivo.

tos, lo que determina sus diferencias de tramitación procedimental[53]. El procedimiento de licitación con negociación es idóneo en los supuestos en los el poder adjudicador puede definir hasta con cierta precisión el objeto del contrato, si bien este tiene las características de diversidad de planteamientos de ejecución y de complejidad que aconsejen la negociación con los proveedores. En cambio, el diálogo competitivo, el poder adjudicador no está siquiera en condiciones de definir la prestación, de forma que necesita informarse previamente con el mercado provisor antes de licitar. Sólo finalizado el proceso de diálogo, el poder adjudicador está capacitado para fijar sus condiciones y las características esenciales de la contratación, convirtiéndose entonces la licitación en un procedimiento formalizado sin negociación[54]. La diferencia, por tanto, entre diálogo competitivo y procedimiento de licitación con negociación es que sólo en este último caso el poder adjudicador puede especificar las características requeridas con carácter previo a la licitación[55]. Y desde una perspectiva procedimental, el procedimiento de licitación con negociación es relativamente más rígido que el diálogo competitivo. Como señalaremos más adelante, existe una expresa prohibición de negociar los criterios de adjudicación y las especificaciones técnicas en el ámbito del procedimiento de licitación con negociación, limitación que no se recoge expresamente en el ámbito del diálogo competitivo. Es más, como es sabido, durante el diálogo se podrán debatir todos los aspectos de la contratación con los participantes seleccionados (art. 30.3). Además, en el ámbito del diálogo competitivo se permiten, con ciertas cautelas, negociaciones tras la adjudicación. Estas están vetadas en el ámbito del procedimiento de licitación con negociación.

Por su parte, la asociación para la innovación se diferencia de procedimiento de licitación con negociación y de diálogo competitivo en su

53. Blanco López, F., «El procedimiento negociado de adjudicación de los contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador del procedimiento», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas,* núm. 111, págs. 34 a 41.

54. *Ibidem.*

55. Aun así, señala Davey J., («Procedures Involving Negotiation …», pág. 109) que en el diseño de la nueva Directiva el procedimiento de licitación con negociación es más rígido que el diálogo competitivo, lo que, unido a su novedad, hará que el nuevo procedimiento no tenga gran aplicación práctica en los Estados miembros que tienen tradición en el empleo del diálogo competitivo.

objeto: la investigación, desarrollo y adquisición a escala comercial de nuevos productos y servicios. Ello marca el diseño de un procedimiento de larga duración, en el transcurso del cual los licitadores comienzan ya a realizar prestaciones.

De esta forma, los tipos procedimentales no son técnicas totalmente intercambiables aunque la ausencia de una clasificación jerárquica entre los distintos procedimientos redunde a favor de un incremento de la flexibilidad. Así lo demuestra la práctica en la adjudicación de proyectos de colaboración-público privada, dónde se han utilizado los cuatro procedimientos competitivos disponibles en la Directiva 2004/18/CE. Generalmente, el procedimiento abierto y el restringido se han utilizado para procedimientos simples, cuando el poder adjudicador puede especificar todos los requisitos de antemano. En la medida en que los proyectos son más complejos y la necesidad de implicar a los licitadores para definir las soluciones óptimas crece, los poderes adjudicadores tienden a usar procedimientos más flexibles: diálogo competitivo y procedimiento negociado[56]. Del mismo modo, en los supuestos de compra pública innovadora, antes de elegir el concreto procedimiento, los poderes adjudicadores tendrán que tomar en consideración aspectos tales grado de conocimiento del mercado, si son necesarios trabajos de investigación y desarrollo, si las especificaciones pueden desarrollarse, si existe necesidad de adquirir la solución a escala comercial, el número de suministradores potenciales y la estructura del mercado, y el tiempo y los recursos disponibles para la licitación[57].

---

56. European PPP Expertise Centre, *EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe. A review of public sector practices across the EU,* págs. 15 y ss. Disponible en: *http://www.eib.org/epec/resources/epec-procurement-and-cd-public.pdf* (fecha de consulta: 4-5-2014).

57. En este sentido, resulta sumamente interesante el documento *Public Procurment Innovation Guidance for Public Authorities,* publicado por Procurement of Innovation Platform. A efectos de este trabajo se ha consultado la versión provisional, de enero de 2014, que no incluye aún la versión definitivamente aprobada de las Directivas. Pese a su carácter provisional, está disponible en *http://www.innovation-procurement.org/fileadmin/editor-content/Guides/Consultation/PPI_Guide__public_consultation_draft_with_case_studies.pdf* (fecha de consulta: 4-5-2014).
El documento considera cinco procedimientos relevantes para la compra pública innovadora: consultas preliminares al mercado, compra pública precomercial, procedimiento de licitación con negociación, diálogo competitivo y asociación para la innovación.

2. PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN CON NEGOCIACIÓN

A) Caracterización del procedimiento de licitación con negociación

El procedimiento de licitación con negociación sustituye al procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación. El cambio de denominación no es, en nuestra opinión, neutro, y pretende marcar las importantes diferencias que existen entre este procedimiento y el procedimiento negociado sin publicidad. En este sentido, se había resaltado que la vaga definición de procedimiento negociado del art. 1(11) (d) de la Directiva 2004/18/CE incluía ambos tipos de procedimiento negociado, aunque se trataba de dos procedimientos muy diferentes, de forma que resultaba confuso referirse a los dos como «procedimiento negociado» e incluirlos en la misma definición[58]. De esta forma, frente al procedimiento negociado sin publicidad, se advierte que el procedimiento negociado con anuncio previo conlleva publicidad, concurrencia y un grado significativo de transparencia (por ejemplo, en relación al uso y definición de los criterios de selección y adjudicación). Y se añade que el procedimiento negociado con publicidad no implica una derogación de los principios generales de la Directiva, sino únicamente una aplicación matizada de los mismos, a la vista de ciertas especialidades de algunas contrataciones[59].

Dado que la definición de los presupuestos habilitantes del procedimiento de licitación con negociación es más generosa que los de su predecesor, es previsible que se incremente la utilización de este procedimiento. Por ello se establecen reglas que tratan de asegurar el respeto a los principios de objetividad, no discriminación y trato igualitario. La Directiva 2004/18/CE, desde un punto de vista procedimental, se limitaba a establecer: a) la necesidad de negociar las ofertas; b) la necesidad de respetar el principio de igualdad de trato, de forma que en particular los poderes adjudicadores no podían facilitar, de forma discriminatorio, información que pueda dar ventas a determinados licitadores con respecto al resto; c) la posibilidad de que el procedimiento negociado

58. Arrowsmith S. «The Public Sector Directive ..», *op. cit.,* pág. 135. Recuérdese que el art. 1.11. d) de la Directiva 2004/18/CE dispone que los «procedimientos negociados» son los procedimientos en los que los poderes adjudicadores consultan con los operadores económicos de su elección y negocian las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.

59. Arrowsmith S. «The Public Sector Directive ..», *op. cit.,* pág. 193.

se desarrolle en fases sucesivas (art. 30)[60]. La nueva Directiva introduce ahora un mayor nivel de desarrollo del procedimiento, estableciendo entre otras garantías, la trazabilidad de la negociación, como medio de garantizar la objetividad y transparencia del procedimiento.

Desde un punto de vista sustantivo, llama poderosamente la atención que desaparece la referencia a la negociación como elemento definitorio del nuevo procedimiento. Porque tal y como establece ahora el art. 29.1, en los procedimientos de licitación con negociación, cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación que contenga la información indicada en el anexo V, partes B y C, proporcionando la información para la selección cualitativa que haya solicitado el poder adjudicador[61].

B) La introducción de una paradoja distorsionante: el procedimiento de licitación con negociación «innegociado»

El art. 29.4 de la Directiva introduce un elemento de distorsión en el diseño del procedimiento de licitación con negociación, pues permite prescindir de esta. Así, el precepto literalmente dispone que «los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos sobre la base de las ofertas iniciales sin negociación cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación confirmar el interés que se reservan dicha posibilidad». La dicción del artículo puede sorprender, no sólo porque no procede de la Propuesta original de la Comisión, sino también porque la STJUE de 5 de octubre de 2000 (C- 337/1998), Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa, afirmó con rotundidad que «las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contratos...».

60. Es de sobra conocido que esta ausencia de regulación también existía en nuestro Ordenamiento. Como ha señalado el IJCCA Cataluña 4/2005, de 7 de julio de 2005, el pliego de cláusulas administrativas particulares se convierte en la principal reglamentación del procedimiento y de los elementos que son susceptibles de negociación y, por lo tanto, tiene que incluir los márgenes de negociación de cada elemento y, en su caso, cuáles serán los criterios objetivos de decisión.

61. Recuérdese que según el art. 11 d) de la Directiva 2004/18/CE, «procedimientos negociados» son los procedimientos en los que los poderes adjudicadores consultan con los operadores económicos de su elección y negocian las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.

Así, entre nuestra doctrina, se ha defendido que el uso del imperativo en la Directiva 2004/18/CE, hacía entender que más que una facultad, existe una verdadera obligación de negociar cuando se tramitaba un procedimiento negociado[62]. Esta ha sido además la posición tanto de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa[63] como de los Tribunales Administrativos de Recurso[64].

En nuestra opinión la interpretación que acabamos de reflejar es, sin duda, la más razonable. Pero lo cierto es que en la ya citada STJUE de 5 de octubre de 2000 (C- 337/1998), que afirma que la negociación es la principal característica del procedimiento negociado es la negociación, no se ocupa tanto de determinar si existe una verdadera obligación de negociar sino de determinar cuál era el Derecho aplicable al supuesto concreto. De esta forma, no ha existido un pronunciamiento claro y directo por parte del Tribunal de Justicia sobre la necesidad de que se produzca una negociación real en el ámbito del procedimiento negociado. Y por ello, esta posibilidad se ha admitido en el marco de otros referentes de Derecho comparado.

En el Reino Unido, la decisión de la Corte de Justicia de 23 de junio de 2006[65] resolvió un supuesto en el que, convocado un procedimiento negociado, el contrato se adjudicó sin negociación, sobre la base de las ofertas de los licitadores. El recurrente fundamentó su recurso en el hecho de que del anuncio licitación se desprendía una «clara e inequívocamente que se celebrarían negociaciones», de forma que era irrealista que los licitadores presentaran inicialmente sus mejores y finales

62. Vid. Blanco López F., «El procedimiento negociado …», *op. Cit.* En esta misma obra, Gimeno Feliu J.M, «Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos».

63. Entre otras IJCCA 48/09, de 1 de febrero de 2010, o IJCCA Aragón de 16/2012, de 19 de septiembre.

64. Vid. la RTACRC de 24 de febrero de 2011 y sobre todo el Acuerdo de 14 de junio de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra que, sin que dicha cuestión fuese alegada por las partes, anula un procedimiento negociado sin publicidad cuyo condicionado no contiene término de negociación alguna. El Tribunal considera incurso el procedimiento en nulidad de pleno Derecho.

65. BSF Group Ltd. V. Secretary of State for Defense & Anor [2006] EWHC 1513 (CH). Comentan esta decision Henty P. y Rayment P., «BSF Group Ltd v. Secretary of State for Defence and Purple Foodservice Ltd: Negotiations Breakdown y Fantasystan», *PPLR*, 15, 2006, págs. 230 a 234.

ofertas. Por ello, se consideraba que se había producido una ilegítima modificación del procedimiento de licitación, que de negociado había pasado a ser restringido. No obstante, en la Decisión se concluyó que:

> «dada la obligación de respetar los principios de transparencia y la igualdad de trato con otros licitadores, y dados también a los términos de la particular invitación a licitar, el poder adjudicador tiene derecho, pero no obligación, de negociar los licitadores».

De esta forma, en la decisión glosada se concluye que el licitador no tiene derecho a presentar una revisión o mejora de los términos de su oferta inicial ya que de la documentación contractual podía desprenderse que no se otorgaba el derecho a presentar nuevas ofertas[66]. Esta doctrina se ha asimilado sin aparentes dificultades en el Ordenamiento británico. De hecho, en la Guía del Ministerio de Defensa relativa la normativa sobre contratación pública en los ámbitos de defensa y seguridad («Defense and security Public Contract Regulations 2011»)[67] se advierte a los poderes adjudicadores que podrán adjudicar el contrato sin negociación si concurren determinadas circunstancias; entre ellas, la advertencia de que el poder adjudicador se reserva esta posibilidad[68].

En todo caso, en nuestro Ordenamiento esta posibilidad puede resultar distorsionadora. Como ya hemos señalado, la ausencia de negociación en estos procedimientos ha sido considerada una patología procedimental. Por ello, es fácil observar con cierto recelo el nuevo pro-

66. En este sentido en el apartado 57 se pone de manifiesto que de los pliegos no se desprendía ningún derecho de los licitadores a ser consultados de nuevo, sino más bien que el poder adjudicador se reservaba esa posibilidad.

67. Ministerio de Defensa. Guidance The EU Defence and Security Public Contracts Regulations (DSPCR) 2011. Chapter 8. Disponible en: *https://www.gov.uk/government/publications/the-european-union-defence-and-security-public-contracts-regulations-dspcr-2011.*

68. En concreto, las condiciones son las siguientes:
a) la oferta del licitador seleccionado cumple completamente requisitos exigidos en la documentación contractual.
b) se puede aceptar la oferta sin negociaciones que produzcan cambios materiales en la oferta.
c) se estableció en los documentos contractuales que: (1) el órgano de contratación se reserva el derecho a negociar solo con el licitador que presente la mejor oferta que cumpla los requisitos del pliego de acuerdo con los criterios de adjudicación y (2) que los licitadores deben presentar sus mejores ofertas desde el principio.

cedimiento de licitación con negociación «innegociado». Porque si se desvirtúa su uso y no se emplea el suficiente rigor en la fase de selección de candidatos, puede existir un retroceso en el cumplimiento de los principios de transparencia, igualdad y no discriminación.

En todo caso, ha de advertirse que, para no generar efectos distorsionadores de la competencia, la facultad del órgano de contratación de adjudicar el contrato sin negociar ha de establecerse claramente en el pliego, de forma que los licitadores puedan presentar su mejor oferta como oferta inicial. Pero esta previsión no puede suponer una cláusula de estilo que permita al poder adjudicador decidir de forma arbitraria si abrir la negociación o no en cada caso. Del mismo modo que la elección de un procedimiento complejo como es el procedimiento de licitación con negociación ha de motivarse expresamente (art. 84), también será preciso razonar por qué se considera que, a la vista de las ofertas iniciales recibidas, debe prescindirse de la negociación, habida cuenta de que al inicio del expediente se consideró que esta era la forma de conseguir los mejores resultados en la contratación. Por ello, prescindir de la negociación sólo será en principio posible cuando, aplicando los criterios de adjudicación, las diferencias entre una oferta y las demás sean tan abultadas que la negociación en sí sea ineficiente, lo que sucederá cuando no sea razonable que las demás ofertas puedan acercarse a la oferta inicial económicamente más ventajosa y la negociación sólo suponga un coste tanto para el órgano de contratación como para las propias empresas. Desde esta perspectiva, los pliegos de contratación podrían incluso parametrizar en qué casos el órgano de contratación renunciará a la negociación por considerarla ineficaz, porque, a la vista de una primera valoración de las ofertas, la distancia entre una de ellas y las demás es tal que se presume que la negociación no producirá resultados satisfactorios.

De cualquier modo, ha de advertirse que los supuestos habilitantes del procedimiento de licitación de negociación obedecen a casos en los que el contrato puede presentar variables reseñables bien en la concreción de sus especificaciones técnicas, bien en su ejecución, por lo que en principio parece poco razonable que se adjudique exclusivamente sobre la base del precio o coste. Dada esta circunstancia, puede resultar difícil que, por la variedad de matices que se presenten, las ofertas iniciales –aun siendo las mejores que *a priori* cada licitador pueda proponer– sean

fácilmente comparables y el poder adjudicador pueda justificar que el procedimiento de negociación previamente previsto no va a conducir a mejorar la inicialmente más atractiva.

C) La articulación procedimental del procedimiento de licitación con negociación

El procedimiento de licitación con negociación presenta algunas particularidades procedimentales que merecen ser destacadas.

En primer lugar, en los supuestos de contratación por parte de poderes adjudicadores regionales y locales, el anuncio de información previa puede emplearse como anuncio de licitación (art. 26.5 y 48.2).

El procedimiento de licitación con negociación se articula en dos fases: fase de selección de candidatos y fase de adjudicación. En este sentido, los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos que hayan de ser invitados a participar en el procedimiento. Permanece invariable el número mínimo de candidatos que se ha de tener intención de invitar, que continúa siendo tres (art. 65). Y como tendremos ocasión de explicar con detenimiento, la fase de adjudicación se caracteriza porque, siempre que exista negociación, se articulará en tres secuencias: presentación de ofertas iniciales, negociación de las mismas, y presentación de oferta final.

En todo caso, en la documentación contractual se exige que el poder adjudicador explique qué elementos de la oferta son negociables y cuáles no, lo que permitirá a los operadores económicos decidir si participar o no, a los potenciales licitadores preparar ofertas realistas y asegurar la igualdad de condiciones para todos los participantes. La Directiva insiste en que la información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la contratación y decidir si solicitan participar en el procedimiento (art. 29.1)[69].

69. Como señala Blanco F., («La negociación de adjudicación…», *op. cit.*) debe hacerse explicitando los objetivos que el órgano de contratación pretende conseguir con la negociación. Debe reforzarse todo aquello que dibuje un escenario de negociación en el que se garantice la objetividad y la igualdad de trato. En este sentido, una simple mención a los «temas» de negociación sin un mínimo desarrollo de los objetivos generales que se pretenden alcanzar sería improcedente. Insiste el autor en

Además, dispone el art. 29.1 que en los pliegos de contratación, los poderes adjudicadores determinarán el objeto de la contratación facilitando una descripción de sus necesidades y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse, y especificarán los criterios de adjudicación del contrato. Indicarán asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas. En este sentido, la reciente STJUE de 12 de diciembre 2013, as. C-425/12 ya había tenido ocasión de constatar la imposibilidad de modificar los requisitos técnicos previstos en el pliego[70].

Por otro lado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés deberán constar igualmente los siguientes extremos:

a) Si el poder adjudicador se reserva la posibilidad de adjudicar los contratos sobre la base de las ofertas iniciales.

b) Si el procedimiento de negociación se realizarán en fases sucesivas, con reducción de la ofertas. Esta información, así como los criterios de adjudicación que se emplearán, podrá establecerse igualmente en «otro documento de la contratación», en el pliego. En la fase

---

que el órgano de contratación debe desarrollar en el pliego los objetivos generales a alcanzar sobre cada aspecto objeto de negociación.

70. La STJUE de 12 de diciembre 2013, as. C-425/12, tiene su origen en una adjudicación realizada por la autoridad de carreteras estonia. Pese a que en el pliego de condiciones se exigía que el tramo de carreteras controvertido tuviera un ancho determinado, un licitador previó en su oferta un ancho inferior. Advertida la sustancial rebaja en el precio del contrato, el poder adjudicador ofreció al resto de licitadores modificar la oferta en este sentido. Y aunque todos formularon ofertas, una de las empresas no adjudicatarias recurrió la decisión final.
El órgano jurisdiccional nacional finalmente planteó cuestión prejudicial ante el TJUE. En su breve sentencia, el Tribunal de Justicia concluye que, 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.
Por otro lado, el Tribunal advierte que 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.

final, el número de ofertas deberá permitir que se garantice una competencia real, siempre que haya un número suficiente de licitadores, soluciones o candidatos (art. 66).

En cuanto a los plazos, el de recepción de solicitudes de participación se reduce a 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o de la invitación a confirmar interés[71]. Como novedad, por primera vez se regula el plazo de presentación de las ofertas. El plazo mínimo de recepción de las ofertas iniciales será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de la invitación. Estos plazos podrán reducirse, en los mismos términos ya descritos en relación con el procedimiento restringido.

La fase de selección de candidatos finalización con la invitación a presentar ofertas. La oferta inicial será la base de las negociaciones ulteriores. No obstante, como ya hemos señalado, los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos sobre la base de ofertas iniciales sin negociación cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar interés que se reservan dicha posibilidad.

Al margen de este supuesto, los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por estos, excepto las ofertas definitivas, con el fin de mejorar su contenido. Los límites de la negociación son los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación.

Durante el curso de estas negociaciones podrán modificarse las especificaciones técnicas otra documentación de la contratación siempre que no se afecten los requisitos técnicos. De esta forma, podrán ir mejorándose las ofertas. Como en la regulación de la Directiva 2004/18/CE, el procedimiento puede articularse en varias fases. El principio de igualdad de trato se traduce en los siguientes elementos:

a) los poderes adjudicadores no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros.

b) Los poderes adjudicadores informarán por escrito de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la

71. Como ya hemos señalado, esta posibilidad existe cuando se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación.

contratación.

c) Cuando se produzcan cambios en la documentación de la contratación, los poderes adjudicadores darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas.

d) Los poderes adjudicadores no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o un licitador participante en la negociación sin el acuerdo previo de este. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general. En este sentido, se trata de mitigar el riesgo de divulgación de la información confidencial tal como detalles técnicos de obras, suministros o servicios ofertados, o secretos industriales se considera en ocasiones el mayor resto a la participación un procedimiento de licitación pública.

e) 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[72].

Finalmente, el poder adjudicador verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos y cumplen lo dispuesto en el art. 56 aparado1[73], evaluarán las ofertas definitivas con arreglo a los criterios de adjudicación y adjudicarán el contrato de conformidad con los arts. 66 a 69 (art. 29.7). Por ello se ha advertido que en la fase final del procedimiento, la adjudicación se produce sobre aplicando las reglas

72. Burnett M., «Using Competitive Dialogue in EU Public Procurement – Early Trends and Future Developments», *EIPASCOPE 2009/2* , pág. 23, nota 16. Vid. igualmente OGC/HMT *Joint Guidance on Using the Procedure*, 2008, pag. 8. Esta práctica no era inusual en Ordenamientos como el británico.

73. Este precepto dispone que el poder adjudicador comprobará que la oferta cumple los requisitos, condiciones y criterios establecidos en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés y en los pliegos de la contratación y que ha sido presentada por un licitador que no esté incurso en causa de exclusión, que cumpla los criterios de solvencia y habilitación profesional y las normas y criterios no discriminatorios de selección de candidatos.

ordinarias, asegurando el mismo nivel de objetividad y transparencia que garantizan el resto de procedimientos competitivos[74].

3. DIÁLOGO COMPETITIVO

El diálogo competitivo constituyó una de las novedades introducidas por la Directiva 2004/18/CE. En aquel momento se trató de incorporar un procedimiento lo suficientemente flexible, pero también transparente, que superase la recurrente crítica de la ausencia de flexibilidad de los procedimientos ordinarios[75]. Aunque su transposición era facultativa, progresivamente se ha ido incorporando a las normas sobre contratación pública de los Estados Miembros[76].

Como es de sobra conocido, en el diseño de la Directiva 2004/18/CE los poderes públicos no pueden acceder a la adjudicación de un contrato público a través de un diálogo competitivo independientemente de su las características del contrato, sino que se requería que este contrato sea particularmente complejo. Un contrato se definía como tal cuando se diera cualquiera de las siguientes circunstancias:

- Que el poder adjudicador «no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos».
- Que el poder adjudicador «no se encuentre objetivamente capacitado para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto».

Desde un punto de vista práctico, se ha señalado que el diálogo competitivo es un procedimiento cuyas potencialidades no se han apro-

74. Arrowsmith S. «The Public Sector Directive ..», *op. cit.*, pág. 202.

75. En este sentido, resulta especialmente expresiva la Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 1998 sobre «La Contratación pública en la Unión Europea». Se afirmaba que «en los contratos especialmente complejos y en constante evolución, los compradores saben cuáles son sus necesidades pero no saben previamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas. En consecuencia en estos casos resulta necesaria una discusión sobre el contrato y un diálogo entre compradores y proveedores, sin embargo, los procedimientos de derecho común previstos en las directivas clásicas, sólo dejan un margen muy reducido para la discusión a lo largo del procedimiento de adjudicación, por lo que son considerados como demasiado rígidos para este tipo de actuaciones».

76. Vid. European PPP Expertise Centre, *Procurement of PPP and the use.., op. cit.*

vechado totalmente hasta la fecha. En este sentido, la actual coyuntura económica no parece favorecer su utilización[77].

Desde el punto de vista procedimental, el diálogo competitivo se caracteriza tanto por incorporar una fase de selección de candidatos, como por implicar un diálogo entre el poder adjudicador y los candidatos admitidos. De esta forma, en el diseño normativo del diálogo competitivo pueden distinguirse cuatro fases: fase de selección de candidatos, fase de diálogo, fase de presentación de ofertas finales y fase de adjudicación del contrato.

El diálogo competitivo puede definirse como un procedimiento específico que incluye rasgos comunes tanto con el procedimiento restringido como con el procedimiento de licitación con negociación. El diálogo competitivo se diferencia del procedimiento restringido por el hecho de que se permiten las negociaciones sobre cualquier aspecto del contrato y se distingue del procedimiento de licitación con negociación por el hecho de que las negociaciones se concentran en una fase especial del procedimiento[78], la fase determinación del objeto contractual. De esta forma y a diferencia de otros procedimientos, en el diálogo competitivo la concurrencia se abre para que los interesados puedan presentar los modelos que puedan satisfacer las necesidades de la Administración, para poder llegar a una o varias soluciones posibles[79].

Desde esta perspectiva, aunque la estructura procedimental del diálogo competitivo no ha experimentado modificaciones, sí que se han introducido algunas matizaciones de interés. Así, en primer lugar, tal y como establece ahora el art. 30, a través del diálogo competitivo los poderes adjudicadores entablarán un diálogo con los participantes seleccionados, con el objetivo de determinar y definir los medios más idóneos para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de ese diálogo podrán debatir todos los aspectos de la contratación con los participantes seleccionados.

---

77. *Ibidem.*

78. Comisión Europea, Explanatory Note on Competitive Dialogue (CC/2005/04_rev 1 of 5.10.2005), pag. 13.

79. Entre otros autores, Hernando Rydings M., *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales,* Civitas, 2012, pág. 464. Chinchilla Marín C., «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado », *REDA,* núm. 132, 2006, págs. 476 y 477.

Las novedades pueden sintetizarse en cuatro aspectos.

En primer lugar, se reduce a treinta días el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación. En este caso, la reducción del plazo no es tan llamativa como la producida en el ámbito de procedimientos abiertos y restringidos, ya que, a efectos prácticos, el plazo mínimo puede llegar a ser idéntico al previsto en la Directiva 2004/18/CE[80]. A diferencia de otros procedimientos, no se prevé la tramitación de un procedimiento acelerado de diálogo competitivo. La complejidad del diálogo competitivo, así como la especificidad de su objeto, lo hacen ciertamente difícil conciliable con la tramitación de un procedimiento acelerado.

En segundo lugar, se dispone que en el anuncio de licitación o en un documento descriptivo los poderes adjudicadores darán a conocer y *definirán* los criterios de adjudicación elegidos (art. 30.2). De esta forma, la Directiva parece requerir en el documento prescriptivo algo más que una mera enumeración de los criterios de adjudicación, exigiendo un cierto nivel de concreción de los mismos. Por lo demás, también se incorpora como novedad la exigencia de que los poderes adjudicadores en el anuncio o en el documento descriptivo den un «plazo indicativo», que puede interpretarse sea de la duración del diálogo.

En tercer lugar, se refuerzan las garantías relativas a la confidencialidad. Como medida tendente a proteger la propiedad intelectual, el art. 29.3 de la Directiva 2004/18/CE ya establecía que «los poderes adjudicadores no podrán revelar a los demás participantes la soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste». Se añade ahora que el acuerdo por el que los candidatos o licitadores permiten revelar a los demás participantes las soluciones propuestas u otros datos confidenciales no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de la información específica. Se trata de asegurar así que los operadores económicos tienen la opor-

80. En este sentido, el régimen establecido en el art. 38 de la Directiva 2004/18/CE era el siguiente: el plazo mínimo de recepción de solicitudes es de 37 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación; no obstante, cuando los anuncios se preparen y envíen por medios electrónicos con arreglo al formato y modalidades de envío indicados en el punto 3 del Anexo VII de la Directiva, ese plazo se podrán reducir 7 días.

tunidad de valorar las consecuencias de facilitar o no información específica, en respuesta a una preocupación extendida entre los sectores empresariales[81]. Desde una perspectiva teórica, se había dudado de la admisibilidad de la incorporación en los pliegos de cláusula a través de las cuales el poder adjudicador se reservaba el derecho a revelar cierta información[82]. La nueva redacción de la Directiva hace ya inaceptable esta interpretación.

Y finalmente, como novedad más significativa, se permite la negociación de los términos del contrato con el licitador finalmente elegido, incrementando el margen de maniobra de los poderes adjudicadores. Según el art. 29.7 Directiva 2004/18/CE, a petición del poder adjudicador, el licitador cuya oferta se considere económicamente más ventajosa podrá verse obligado a aclarar aspectos de su oferta o a confirmar los compromisos que ella figuran. Pero ahora el art. 30.7 reconoce que a petición del poder adjudicador se podrán llevar a cabo «negociaciones» con el licitador que haya presentado la oferta que presente la mejor relación calidad-precio, «con el fin de confirmar compromisos financieros u otras condiciones contenidas en la oferta, para lo cual se *ultimarán* las condiciones del contrato». Como límite, las modificaciones no han de dar lugar a que se modifiquen *materialmente* aspectos fundamentales de la oferta o de la contratación pública, en particular las necesidades y los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, y no puede conllevar un riesgo de falseamiento de la competencia ni ocasionar discriminaciones. Como puede fácilmente advertirse, la definición de «aspectos fundamentales de la oferta», tiene un carácter vago e impreciso. Y los controles establecidos –riesgo de falseamiento de la competencia o discriminación– entrañan conceptos con un alto grado de discrecionalidad en su interpretación[83].

---

81. Precisamente, la pregunta 92 del Libro Verde sobre la modernización de la política de la contratación pública de la UE, año 2011 tenía el siguiente tenor: «¿Piensa que el diálogo competitivo permite suficiente protección de los derechos de propiedad intelectual y de las soluciones innovadoras, de tal manera que los licitadores no se vean privados de los beneficios de sus ideas innovadoras?».
82. Treumer S., «Competitive Dialogue», *PPLR*, 13, 2004, pág. 182. Comisión Europea, *Explanatory Note*, op. Cit.
83. Ya el considerando 31 de la Directiva 2004/18/CE establecía que no se debe recurrir al diálogo competitivo de manera que se restrinja o falsee la competencia, especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas

La posibilidad de admitir o no negociaciones con el licitador seleccionado había sido objeto de atención doctrinal recurrente[84]. La solución normativa que finalmente se ha alcanzado –permitir estas negociaciones– parece estar claramente relacionada con la dificultad en el contexto económico actual de obtener compromisos de financiación estables antes de la elección del adjudicatario[85]. En este sentido, algunos estudios habían puesto de manifiesto que la reciente crisis financiera convertía en problemática la utilización del diálogo competitivo, ya que, por un lado, las empresas son incapaces de comprometer financiación antes del cierre del dialogo pero, por otro, la oferta debe precisarse antes de la adjudicación (y, por tanto, antes de conocer las condiciones de financiación). En la práctica, ello ha provocado amplios ajustes de la oferta seleccionada después de la confirmación de las condiciones de financiación, lo que lo que podría dudarse que fuera totalmente de acorde con la Directiva 2004/18/CE. Aun así, se ha señalado que la mayor parte de poderes adjudicadores han adoptado una posición pragmática y permitían la modificación de las ofertas seleccionadas si era necesario para reflejar los términos de las condiciones de financiación, en la medida en que tales ajustes no modifican aspectos sustanciales de la oferta, distorsionan la competencia o causan discriminación entre los licitadores[86]. Por tanto, la nueva regulación de este aspecto no supone sino el reconocimiento de una realidad que parece hasta cierto punto consolidada.

---

o imponiendo nuevos elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

84. Kennedy-Loest C., «What can be done at the Preferred Bidder Stage in Competitive Dialogue?», *PPLR,* 2006; Verschuur S., «Competitive Dialogue and the Scope for Discussion after Tenders and Before Selecting the Preferred Bidder – What is Fine Tuning, etc.?», *PP.L.R.,* 2006.

85. Sobre las dificultades de obtener compromisos de financiación y sobre su escasa duración ya alertó el informe European PPP Expertise Centre – EPEC , *The financial crisis and the PPP market. Potential Remedial Actions*, (Abridgednversion, August, 2009), págs. 8 y 9. Disponible en: http://www.eib.org/epec/resources/epec-credit-crisis-paper-abridged.pdf.

86. European PPP Expertise Centre, *Procurement of PPP and the use.., op. cit*., págs. 14 y ss.

4. ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN

A) Caracterización general

La contratación pública constituye un instrumento fundamental para el fomento de la innovación. La innovación, por lo demás, es uno los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europa 2020[87]. Por todo ello no debe sorprender que uno de los objetivos de la Directiva 2014/24/UE sea permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública como apoyo, entre otras políticas, de la promoción de la innovación. Ni deben causar extrañeza las diferentes alusiones que a lo largo de la Directiva se hace a la «innovación», innovación que se define en el art. 1.22 de la norma[88].

En este contexto, una de las principales novedades de la Directiva 2014/24/UE es la creación de un procedimiento de «contratación específico» que permite establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores.

Este sugerente procedimiento permite dar respuestas algunas dudas suscitadas sobre las posibilidades de articulación de la compra pública innovadora. Y es que dada la exclusión de la contratación precomercial del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE [art. 16 f)][89], se ha podido dudar de la forma de diseñar procedimientos de ciclo

87. Vid. considerando 47 de la Directiva. En relación con la apuesta por una compra pública innovadora, vid. Medina Arnáiz T., «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de objetivos políticos de la Unión Europea», en *Observatorio de Contratos Públicos 2010,* Civitas, 2011, págs. 90 y ss.

88. Según este, la «innovación consiste en la introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar del trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo a resolver desafíos de la sociedad o apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

89. Dicho precepto establece que la presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación.

completo que abarcasen tanto la fase de investigación y desarrollo de bienes o servicios –propia de esta– como la producción o prestación del producto[90]. En nuestro Ordenamiento, sin perjuicio de la eventual utilización de los procedimientos ordinarios, la articulación de contratos de colaboración público-privado ha sido la solución idónea[91].

Como ya señalamos, la asociación para la innovación es un procedimiento de contratación 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 innovadores y la adquisición ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes[92].

Desde el punto de vista de su naturaleza dogmática se ha dudado de que se trate de un auténtico procedimiento de adjudicación, dadas sus innegables similitudes con el procedimiento de licitación con nego-

---

Vid. ahora el art. 14 Directiva 2014/24/UE. Sobre la regulación de la compra pública precomercial en la nueva Directiva es obligada la remisión al trabajo de Bernal Blay M.A., «La contratación precomercial», publicado en esta misma obra.

90. Estas dudas habían intentado ya despejarse, en sentido afirmativo. Vid. por ejemplo, considerando 55 de la Directiva sobre contratación en los sectores de defensa y seguridad afirma así que « […] los contratos de investigación y desarrollo deben cubrir las actividades únicamente hasta una etapa en la que la madurez de las nuevas tecnologías pueda ser razonablemente evaluada y desprovista de riesgos. Los contratos de investigación y desarrollo no deben usarse más allá de esa etapa como medio de evitar las disposiciones de la presente Directiva, incluida la predeterminación «de la elección del licitador para las fases siguientes».

Por otro lado, la «*entidad o poder adjudicador no deben tener que organizar una licitación por separado para las fases siguientes si el contrato que cubre las actividades de investigación ya incluye una opción para estas fases y se adjudica mediante un procedimiento restringido o un procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación, o, si procede, un diálogo competitivo*».

91. Vid. Informe 37/2011, de 28 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, «Guía sobre compra pública innovadora», que se refiere específicamente a «la compra pública de tecnología innovadora». La Compra pública de tecnología innovadora consiste en la compra de un bien o servicio que, por empelar una nueva tecnología o una mejora sustancial de la existente, cumple con los requisitos de demanda desde el sector público. En este caso, todo el proceso queda recogido en un único contrato, desde la parte intelectual de aplicación del conocimiento hasta que el producto completo puede ser utilizado inmediatamente después de su adquisición. A ella se refiere el art. 11 c) TRLCSP.

92. Vid. Considerando 49.

ciación[93]. No obstante, en mi opinión, 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. De esta forma, al igual que diálogo competitivo y procedimiento de licitación con negociación comparten rasgos comunes, aunque sean tipos diferentes, la asociación para la innovación presenta autonomía respecto al procedimiento de licitación con negociación si bien este último, con mayor tradición en el Derecho de la contratación pública, constituye el referente normativo tanto del diálogo competitivo como de la asociación para la innovación.

Puede sorprender la denominación del procedimiento. Sin embargo, en mi opinión, es suficientemente descriptivo de los objetivos que persigue. Así, ha repararse que asociar significa «unir una persona a otra que colabore en el desempeño de algún cargo, comisión o trabajo». Y precisamente, lo que busca este procedimiento es implicar al sector privado en la plasmación de soluciones innovadoras, compartiendo riesgos con el poder adjudicador. El sector público trata de involucrar al operador económico en el desempeño de una tarea común: la innovación. De esta forma, la denominación del procedimiento traduce la idea de colaboración entre poderes adjudicadores y operadores económicos. Al combinar la fase de desarrollo con la adquisición posterior, el nuevo tipo puede constituir un poderoso incentivo para el desarrollo de soluciones innovadoras. Ha de tenerse en cuenta, que 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.

Por todo ello, la asociación para la innovación es un procedimiento tendencialmente de larga duración pues, como venimos insistiendo, integra tanto la fase de investigación y desarrollo de las soluciones tec-

93. Bernal Blay M.A., «The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation», *EPPPL*, 1, 2014, pág. 10.

nológicas como la consecución de las obras, bienes o servicios finales[94]. Como se explica en el considerando 49, este procedimiento debe permitir a los poderes adjudicadores establecer una asociación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores.

Pues bien, el nuevo procedimiento se caracterizar por abarcar ambas fases, estructurando así un procedimiento competitivo específicamente diseñado para tal fin. De esta forma, la asociación para la innovación, en su primera fase (precomercial), se equipara a la una contratación precomercial de grado mínimo, puesto que la tecnología buscada o ya existe –y pretende mejorar– o es factible desarrollarla con éxito en breve plazo. Pero en su segunda etapa (comercial o contractual) la naturaleza del contrato vendrá determinada por el tipo de producto final requerido por el órgano de contratación («suministros, servicios u obras resultantes», art. 29.2)[95].

B) Procedimiento

La asociación para la innovación parte en su diseño de la estructura del procedimiento de licitación con negociación, con el que comparte determinados aspectos de su regulación. Hasta tal punto es así, que quizá se hubiera debido mantener en este punto la propuesta original, que en lugar de repetir la mayoría de disposiciones del procedimiento de negociación con regulación, hacía una remisión a este[96].

Como el procedimiento de licitación de negociación, se trata de un procedimiento competitivo, que incluye una fase de selección de candidatos y en el que se permite la negociación.

Ahora bien, aunque en algunos aspectos la regulación es coincidente, existen diferencias notables en lo referente a la estructura del procedimiento, a la información que han de contener los pliegos, a los criterios de reducción del número de candidatos y, finalmente en lo relativo a los criterios de adjudicación.

94. Como señala Bernal Blay M.A., («The Strategic Use of Public...», *op. cit.*, pág. 10), la Directiva no fija un plazo máximo de duración del desarrollo de los servicios de investigación. Por otro lado, añade el autor, la fijación de este plazo por parte de los Estados miembros puede suponer un obstáculo para la innovación.

95. López Miño A., «La compra pública innovadora…», *op. cit.*, pág. 233.

96. Vid., Bernal Blay M.A., «The Strategic Use of Public...», *op. cit.*, pág. 9.

En relación con la estructura del procedimiento, la asociación para la innovación es un procedimiento de larga duración que se estructurará en fase sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación en innovación, que podrá incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de la obras[97]. Como ya señalamos, 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.

Como dispone el art. 31.2, la asociación para la innovación fijará unos objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución en plazos adecuados. Sobre la base de estos objetivos, 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 número de socios mediante la rescisión de 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.

De esta forma, un elemento clave para el éxito de la de la asociación es el diseño de una estructura adecuada[98]. Así, dispone el art. 29.7 que el poder adjudicador velará porque la estructura de la asociación y, en particular, la duración y valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades de investigación e innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado.

---

97. En este sentido, el art. 29.5 puede resultar distorsionador, al señalar que las negociaciones durante los procedimientos de las asociaciones para la innovación *podrán* desarrollarse en fases sucesivas. No obstante, es pausible entender, en mi opinión, que se hace exclusivamente referencia a la reducción de soluciones dentro de cada etapa.

98. Como afirma el considerando 49, en lo que respecta tanto a los proyectos de gran envergadura como a los proyectos innovadores de menor calado, la asociación para la innovación debe estar estructurada de tal manera que genere el necesario «tirón comercial», incentivando el desarrollo de soluciones innovadoras sin cerrar el mercado. Los poderes adjudicadores, por tanto, no deben utilizar las asociaciones para la innovación de tal manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. En determinados casos, el establecimiento de asociaciones para la innovación con varios socios podría contribuir a evitar estos efectos.

La sucesión de etapas con objetivos intermedios y sus consecuentes derechos y obligaciones (remuneración, derecho a concluir y condiciones de compra) deben ser diseñados de modo que resulte en una distribución sensata de los riesgos entre las partes, asegurando la generación de suficientes incentivos sin que se cree una excesiva dependencia o el cierre del mercado. Por lo demás, el derecho a rescindir la asociación es un elemento importante para asegurar que el poder adjudicador no se liga indebidamente al proyecto y para mantener a los operadores económicos suficientemente motivados.

De esta forma, se organiza la contratación como un proceso gradual, incluida la evaluación tras cada fase de la I+D. En el caso de que se incluya a varias empresas, el mantenimiento de una presión competitiva positiva sobre los proveedores permite a los compradores públicos aprovechar las mejores soluciones que el mercado puede ofrecer al tiempo que se evita la dependencia de un solo proveedor[99].

Por lo demás, dispone el art. 29.3 que salvo que se disponga de otro modo en el presente artículo, los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y toda las ofertas ulteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. No obstante, en el resto del artículo no se dispone cuándo se podrá prescindir de la negociación, posibilidad ésta que, por un lado, no se adecúa bien a la asociación para la innovación y que, por otro, parece haberse copiado irreflexivamente de la regulación del procedimiento de licitación con negociación.

Por lo que respecta a las especificidades de los pliegos de contratación, es en éstos dónde el poder adjudicador determinará cuál es la necesidad de un producto, servicio u obras innovadores que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obra ya disponibles en el mercado. Indicará asimismo qué elementos de la descripción constituye los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores. La información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la natu-

99. Vid. la Comisión de 14 de diciembre de 2007 «La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles», pág. 9 y ss., que analiza el reparto de riesgos en los de desarrollo de la competencia por fases.

raleza y ámbito de la solución requerida y decidir si solicitan participar en el procedimiento.

Por lo demás, en los pliegos de contratación el poder adjudicador definirá las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial. En el caso de las asociaciones para la innovación con varios socios, el poder adjudicador, de conformidad con el art. 21, no revelará a los otros socios las soluciones propuestas u otros datos confidenciales que comunique a un socio en el marco de la asociación sin el acuerdo de este último. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica.

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 30 días a partir del anuncio de licitación. 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 concreto procedimiento, el número mínimo será tres.

Como elemento diferenciador, al seleccionar a los candidatos, los poderes adjudicadores aplicarán, en particular, criterios relativos a la capacidad de los candidatos en los ámbitos de investigación y del desarrollo, así como de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras. Esta mención no excluye que puedan aplicarse otros criterios de selección tales como la capacidad financiera de los candidatos.

Por lo que respecta a los criterios de adjudicación, un elemento común con el procedimiento de licitación con negociación es que no se negociarán los criterios de adjudicación.

No obstante, 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[100]. Sin duda, es este el criterio más indicado para comparar las ofertas de soluciones innovadoras. En ese sentido,

100. Adviértase que esta limitación, incluida también en la regulación del diálogo competitivo, no se incluye en las normas que disciplinan el procedimiento de licitación de negociación. Por lo que, aunque en determinados casos no puede ser muy coherente con el motivo que justifica el recurso al procedimiento de licitación con negociación (motivos de diseño, innovación, etc.), la Directiva permite

la libertad de configuración de los criterios es muy amplia, y puede centrarse tanto en la calidad de los proyectos de investigación y desarrollo y su coste, como incluir criterios relativos a la fase de producción. En todo caso, como se ha señalado[101] entre los elementos de juicio a considerar destaca el criterio del coste del ciclo de vida.

V. LAS ESCASAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD PREVIA

El procedimiento negociado sin publicidad previa es un procedimiento no competitivo. Por este motivo, es este el único procedimiento que no es de transposición obligatoria y tiene carácter excepcional.

Con carácter general, el elenco de supuestos que justifican el uso del procedimiento negociado sin publicidad previa se mantiene, en lo esencial, sin cambios. Se han introducido algunas matizaciones bien para hacerlos más explícitos, bien para codificar la jurisprudencia del TJUE, bien para cumplir mejor las obligaciones que impone el ACP[102] o, bien, finalmente, para dotar a la regulación de la suficiente coherencia con otras reformas introducidas en la normativa contractual.

En todo caso, en razón de sus efectos perjudiciales para la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente sólo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato[103].

Se trata de un procedimiento excepcional. Por ello, como es de sobra conocido, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de re-

---

la utilización de única el criterio del precio o coste como elemento de negociación.

101. López Miño A., «La compra pública innovadora…», *op. cit.*, pág 238.

102. Vid. Artículo XIII, relativo a la «Licitación restringida».

103. Vid. Considerando 50.

curso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento[104]. Por lo demás, estos supuestos son objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, STJUE de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94).

Los supuestos de utilización el procedimiento negociado sin publicidad previa son los siguientes:

A. Ausencia de ofertas o solicitudes de participación, o de ofertas o solicitudes de participación adecuadas, en el ámbito de un procedimiento abierto o restringido previo.

Se trata de un supuesto habitual de utilización del procedimiento negociado sin publicidad previa. La principal novedad que se introduce en este supuesto, en relación con el régimen establecido en el art. 31 de la Directiva 2004/18/CE, es que se aclara el concepto de oferta y de solicitud de participación «no adecuada».

La utilización de este supuesto se rodea de dos cautelas. En primer lugar, como es tradicional, en estos casos no podrán modificarse sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. La finalidad de este límite es la evitar el burdo fraude que supondría convocar un procedimiento abierto o restringido con unas condiciones inasumibles a las que no concurre ningún empresario, y posteriormente modificar y adjudicar por el procedimiento negociado invitando a sólo a tres empresarios[105]. La modificación de una condición inicial puede considerarse sustancial, en particular, si la condición hubiera permitido considerar adecuadas las ofertas presentadas en el marco del procedimiento con publicación previa o hubiera permitido presentar ofertas a licitadores distintos de los participantes en el procedimiento inicial[106].

104. Entre otras, STJUE 13 de enero de 1995, C-84/03, Comisión contra España.

105. Carbonero Gallardo, J.M, *La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público,* La Ley, 2010, p. 492.

106. Vid. STJUE de 4 de junio de 2009, C250/07, que aplica por analogía la jurisprudencia elaborada en torno a los límites de modificación de los contratos públicos.

En segundo lugar, y con carácter novedoso, se establece que se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente para el contrato, por resultar manifiestamente insuficiente para satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos del poder adjudicador especificados en los pliegos de contratación[107]. Por su parte, se considerará que una solicitud de participación no es adecuada si el operador económico de que se trate ha de ser o puede ser excluido[108] o no cumple con los requisitos de capacidad técnica y profesional, solvencia económica y financiera, o carece de la habilitación para ejercer la actividad profesional. Se introducen así ambos conceptos con carácter fuertemente restrictivo.

El debate sobre la posibilidad de interpretar el concepto «oferta inadecuada» en unos términos más o menos amplios se planteó en el supuesto que resuelve la STJUE de 4 de junio de 2009, C250/07. En aquel litigio la Comisión sostuvo la tesis de que sólo una oferta que no satisfaga claramente las necesidades de la entidad contratante queda comprendida en la categoría de «inadecuadas». De esta forma, otras discrepancias, de naturaleza menos grave, podrían justificar el rechazo de una oferta, pero no pueden convertirla en «inadecuada» ni, por tanto, abrir la vía para que una entidad contratante adjudique el contrato sin tramitar un procedimiento de licitación usual[109]. El Tribunal, parece decantarse por esta interpretación, aunque no lo hace de forma suficientemente rotunda:

> «42 Procede señalar que las especificaciones técnicas como las que se contemplan en el presente asunto, que se derivan de las exigencias legales nacionales y comunitarias en materia de protección del medio ambiente, han de considerarse elementos indispensables para que las instalaciones, cuya entrega y puesta en funcionamiento son objeto del contrato, permitan a la entidad adjudicadora alcanzar los objetivos que se le imponen por vía legislativa o reglamentaria.

107. Estos requisitos, por lo demás, no han de ser excesivamente estrictos o imposibles de respetar. Vid. STJUE de 4 de junio de 2009, C-250/07.

108. En nuestro Ordenamiento estos motivos de exclusión son traspuestos como prohibiciones de contratar.

109. En el mismo sentido, el abogado general Poiares Maduro en sus conclusiones presentadas el 17 de diciembre de 2008 defendió que no cabe aceptar la interpretación amplia de la expresión «inadecuada».

> 43 Por lo tanto, la falta de conformidad de las ofertas presentadas con tales especificaciones impide a la entidad adjudicadora llevar a cabo de manera válida el proyecto para el que se lanzó la convocatoria de licitación, dicha no conformidad no constituye una mera imprecisión o un simple detalle, sino que, por el contrario, debe considerarse que impide a las referidas ofertas satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora».

Como ya hemos señalado, existe cierto nivel de solapamiento entre este supuesto de aplicación del procedimiento negociado y el supuesto de habilitante del procedimiento de licitación con negociación y diálogo competitivo previsto en el art. 26 («ofertas irregulares» y «ofertas inaceptables)[110]. No obstante, sólo los casos en los que bien las ofertas incumplan de forma grave los pliegos o bien los operadores económicos carezcan de aptitud pueden ser reconducibles a procedimientos de negociación sin publicidad. Y en todo caso, si se opta por este procedimiento, no será posible que en la nueva licitación se modifiquen las condiciones esenciales de la licitación, lo que sí está permitido, como ya señalamos, en los casos de los procedimientos de licitación con negociación.

B. Prestaciones que sólo pueden ser proporcionadas por un operador económico concreto.

---

110. De hecho, en la propuesta de Directiva, ofertas irregulares y ofertas inaceptables constituían supuestos de ofertas inadecuadas. Según el proyectado art. 30, «se considerará que una oferta no es adecuada cuando:
– sea irregular o inaceptable, y
– sea completamente irrelevante para el contrato, al no poder satisfacer las necesidades del poder adjudicador especificadas en la documentación de la contratación.
En particular, se considerará que las ofertas son irregulares cuando no cumplan lo establecido en la documentación de la contratación o cuando los precios ofrecidos se sustraigan a la dinámica normal de la competencia.
Se considerará que las ofertas son inaceptables en los siguientes casos concretos:
a) cuando se hayan recibido tarde;
b) cuando hayan sido presentadas por licitadores que no tengan las cualificaciones requeridas; cuando su precio rebase el presupuesto del poder adjudicador determinado antes del inicio del procedimiento de contratación; la determinación previa del presupuesto deberá constar por escrito;
c) cuando se constante que son anormalmente bajas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69.»

El nuevo apartado 2 b) del art. 32 sustituye al actual art. 31.1.b) de la Directiva 2004/18/CE, que permite el uso del procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación cuando por razones técnicas o artísticas o por cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos de exclusividad, el contrato sólo puede encomendarse a un operador determinado.

La nueva Directiva otorga una nueva descripción al supuesto de hecho, que pasa a ser más explícito, y sobre todo, a guardar mayor correlación con el art XIII:1(b) del ACP.

De esta forma, las razones por las que las obras, los suministros o servicios solo pueden ser proporcionados por un único operador económico son las siguientes:

a) Que el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única.

b) Que no exista competencia por razones técnicas,

c) Que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.

La Directiva añade que las excepciones relativas a razones técnicas y derechos exclusivos solo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de contratación. Lo que se intenta evitar con este inciso es que la situación de exclusividad haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación.

En todo caso, siempre que se trate de recurrir al procedimiento negociado sin publicidad porque sólo exista objetivamente un operador económico que pueda ejecutar el contrato, los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador o la toma en consideración e obras, suministros o servicios desde el punto de vistan funcional (considerando 50). De esta forma, añadimos nosotros es evidente que la aplicación de este supuesto es fuertemente excepcional, porque en la mayor parte de los casos la única evidencia positiva

de que no existe un operador económico distinto al seleccionado pasará por acreditar que en procedimientos similares con publicidad no se han recibido otras ofertas[111]. Más allá de estos casos, probablemente la mejor forma de probar la ausencia de otro licitador es simplemente publicando anuncios de licitación. En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la exclusividad ha de predicarse con carácter objetivo, y que en ningún caso puede razonarsese en la incapacidad del poder adjudicador de conocer el mercado[112].

Realizadas estas consideraciones generales, es preciso realizar algunas matizaciones en cada uno de los supuestos en los que la prestación sólo puede ser proporcionada por un operador económico concreto.

En relación con los supuestos de creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística «única», se aclara que es indiferente que la obra se encuentre ya realizada o se trate de contratar a un artista determinado para su realización[113].

Por lo demás, no se aclara la duda de cuándo podrá entenderse que la obra de arte no tiene equivalente, a los efectos de poder utilizar el procedimiento negociado. En este sentido, se ha defendido que puede presumirse que un trabajo artístico no tiene equivalente cuando su valor comercial es superior al ordinario[114].

Por otro lado, cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, éstas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso concreto. Entre estas razones cabe citar la práctica imposibilidad

111. Arrowsmith S. «The Public Sector Directive ..», *op. cit.,* pág. 202.

112. Así, la utilización de este supuesto legal exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre aquella exclusividad, pues no sólo es posible que se restrinja la libre concurrencia respecto de los procedimientos ordinarios abierto y restringido, sino que se prescinde también de la publicidad que es un principio que rige, igualmente, en determinados supuestos del procedimiento negociado (RTARC de 12 de julio de 2012).

113. Las dudas en nuestro Derecho, habían sido ya resueltas en este sentido. Vid. STSJ CLM de 4 de febrero de 2013, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, rec. 187/2011.

114. Arrowsmith S. «The Public Sector Directive ..», *op. cit.,* pág. 202. Así, mientras un Picasso no tendría probablemente equivalente, mayores dificultades se producen en los casos en los que se trata de artista con reputación meramente nacional o local. Cfr.. STSJ CLM de 4 de febrero de 2013, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, rec. 187/2011. Y IJCCA 45/2009, de 1 de febrero de 2010.

técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que sólo estén a disposición de un único operador económico. También pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse a fin de garantizar la idoneidad e las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse[115].

En todo caso, la carga de la prueba de que existe una causa de exclusividad técnica corresponde al poder adjudicador. Así, la STJUE de 14-9-2004 (as. C-385/02, Comisión contra Italia) consideró que garantizar la continuidad de las obras relativas a proyectos complejos y cuya finalidad es la seguridad hidráulica de una región podía considerarse causa de exclusividad técnica. Sin embargo, la mera afirmación del carácter complejo y delicado de un conjunto de obras no basta para demostrar que sólo puede encomendarse a un mismo empresario, en particular, cuando las obras se dividen en lotes, cuya realización debe prolongarse durante muchos *años. La prueba que ha de realizar el poder adjudicador de que es absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada ha de resultar, además, fehaciente (STJUE de 2 de junio de 2005 C394/02, Comisión contra República Helénica).*

Finalmente, en los casos en los que deban protegerse derechos exclusivos, el procedimiento negociado solo puede justificarse cuando sólo exista un operador económico que puede proporcionar la prestación. No basta con que los productos estén protegidos por derechos exclusivos; es necesario además que sólo puedan ser fabricados o entregados por un proveedor determinado (STJUE de 3 de mayo de 1994, C-328/92, Comisión contra España).

C. Cuando sea estrictamente necesario por razones de urgencia imperiosa

No existen novedades en la descripción de este supuesto, más allá de la referencia expresa al procedimiento de negociación de licitación, que, como es sabido, frente a su antecesor –el procedimiento de negociación con publicidad– deja de tener carácter excepcional. Finalmente, no se ha incorporado en la versión final el texto de la propuesta que

115. Considerando 50.

pretendía acotar aún más el empleo de esta justificación del recurso al procedimiento negociado sin publicidad ligándolo a la «fuerza mayor», lo que suponía incluso una novedad no prevista en el ACP.

En todo caso, la jurisprudencia ha hecho una interpretación muy estricta del concepto de «imperiosa urgencia». Así, se requieren tres requisitos acumulativos: la existencia de un acontecimiento imprevisto, de una imperiosa urgencia incompatible con los plazos establecidos en otros procedimientos y, por último, de una relación de causalidad entre el acontecimiento imprevisto y la imperiosa urgencia que del mismo se deriva [entre otras, STJUE de 18 de noviembre de 2004, C-126/03, Comisión contra Alemania].

En cualquier caso, no es legítimo utilizar el procedimiento negociado sin publicidad si la imperiosa urgencia no es incompatible con los plazos establecidos en el marco del procedimiento acelerado[116]. Tampoco lo es cuando la urgencia deriva de dificultades en la aprobación de los proyectos originadas por el cumplimiento de los trámites establecidos en el Derecho nacional[117].

D. En el caso de contratos de suministros, cuando se trate de contratos de investigación y desarrollo, contratos cuyo objeto sean suministros adicionales y compras de suministros cotizados.

La nueva Directiva no ha introducido cambios de contenido en relación con los supuestos descritos, aunque, en todo caso, se introducen algunas mejoras de redacción respecto a la Directiva que se deroga.

En el caso de los contratos de investigación y desarrollo[118], ha de advertirse que en este caso el procedimiento de licitación con negociación sólo puede usarse cuando lo que se pretende adquirir es un proto-

116. STJUE de 18 de marzo 1992, C-24/91, Comisión contra España. Y de 2 de agosto de 1993, C-107/92, Comisión contra Italia, STJUE de 18 de noviembre de 2004, C-126/03, Comisión contra Alemania)

117. STJUE de 28 de marzo de 1996, C-318/94, Comisión contra Alemania. En el supuesto, el retraso se originó por la oposición al proyecto por parte de un gobierno regional. Vid. igualmente STJUE de 2 de junio de 2005 C394/02, Comisión contra República Helénica.

118. En relación con los contratos de investigación excluidos, vid. art. 14 de la Directiva y el trabajo de Bernal Blay M.A., «La contratación precomercial», publicado en esta misma obra.

tipo. De esta forma, los contratos adjudicados con arreglo a la presente disposición no incluirán la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo[119].

Por otro lado, en relación deja de hacer referencias a entregas «complementarias», que pasan a ser «adicionales», lo que guarda más fidelidad con la versión inglesa de la Directivas 2004/18/CE y 2014/24/UE y probablemente sea más expresiva del supuesto descrito. De esta forma, podrá emplearse el procedimiento negociado sin publicidad en el caso de entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial que constituyan, bien una reposición parcial de suministros o instalaciones, bien una ampliación de suministros o e instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligue al poder adjudicador a adquirir suministros con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. En este caso, la duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá ser superior a tres años.

En todo caso, hay que tener en cuenta que, si se cumplen determinados requisitos, podrá modificarse el contrato para la adquisición de servicios adicionales[120].

---

119. En este sentido, establece el art. XIII del ACP que la «licitación restringida» (equivalente al procedimiento negociado sin publicidad de la Directiva) podrá utilizase cuando la entidad contratante contrate un prototipo o un primer bien o servicio desarrollado o creado a petición suya en el curso y para la ejecución de un determinado contrato de investigación, experimentación, estudio o creación original. La creación original de un bien o servicio de ese tipo podrá incluir su producción o suministro en cantidad limitada con objeto de incorporar pruebas prácticas y de demostrar que el bien o servicio se presta a la producción del suministro en gran escala conforme a normas aceptables de calidad, pero no podrá incluir su producción o suministro en gran escala con el fin de determinar su viabilidad comercial o recuperar los gastos de investigación y desarrollo.

120. Así, según el considerando 108 de la Directiva, «los poderes adjudicadores pueden tener que enfrentarse a situaciones las que resulten necesarios obras, suministros o servicios adicionales; en tales casos puede estar justificada una modificación del contrato inicial sin nuevo procedimiento de contratación, en particular cuando las entregas adicionales 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 obliga al poder adjudicador a adquirir material, obras o servicios con técnicas diferentes, dando lugar a incompatibili-

Finalmente, el considerando 50 de la Directiva aclara que los mercados de productos básicos incluyen las plataformas para productos básicos como los productos agrícolas, las materias primas y los intercambios energéticos, siempre que la estructura comercial multilateral regulada y supervisada garantice de forma natural los precios del mercado.

E. Adquisiciones de suministros y servicios en condiciones especialmente ventajosas.

Frente a la Directiva 2004/18/CE, la Directiva 2014/24/UE hace referencia a la posibilidad de adquirir no sólo suministros, sino también servicios en condiciones especialmente ventajosas, ya sea a un proveedor que cese definitivamente de su actividad comercial ya sea a un administrador en procedimiento de insolvencia o en virtud de un convenio con los acreedores o de un procedimiento de la misma naturaleza existente en las disposiciones legales o reglamentarias nacionales.

En todo caso, la Directiva incurre en un error técnico. Porque el apartado d) que ahora glosamos se incluye en el apartado 3 del art. 32, referido a los supuestos en los que el procedimiento negociado sin publicidad previa podrá utilizarse para los contratos públicos de suministro. Parece que el legislador europeo no ha reparado en la ampliación del objeto de este supuesto de utilización del procedimiento negociado que acabamos de describir.

F. Supuestos especiales en el caso de contratos de servicios: Concursos de proyectos.

El procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse para los contratos públicos de servicios, cuando el contrato sea resultado de un concurso de proyectos organizado de conformidad con la presente Directiva y deba adjudicarse, con arreglo a las normas pre-

---

dades o dificultades técnicas de uso o de mantenimiento desproporcionadas». La existencia de cierto paralelismo de este considerando con los arts. 31. 2 b) y 31.4.a) de la Directiva 18/2004/CE, como supuestos que permite la utilización del procedimiento negociado sin licitación es más que evidente.

En todo caso, es el art. 72.1 b) el que disciplinan los requisitos que han de concurrir para que sea conforme a Derecho de la Unión la modificación del contrato para obras, servicios, suministros adicionales que resulten *necesarias* y que no estuvieran incluidas en la contratación original.

vistas en el concurso de proyectos, al ganador o a uno de los ganadores del concurso de proyectos; en este último caso, todos los ganadores del concurso deberán ser invitados a participar en las negociaciones. Respecto a la Directiva 2004/18/CE, únicamente se incluyen mejoras de redacción.

La definición del «concurso de proyectos» se contiene ahora en el apartado 21 del artículo 1, sin que se hayan introducido modificaciones sustanciales. Así, el concurso de proyectos es el procedimiento que permite al poder adjudicador adquirir planos o proyectos, principalmente en los ámbitos de la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura y la ingeniería o el tratamiento de datos; dichos planes o proyectos serán seleccionados por un jurado después de haber sido objeto de una licitación, con o sin concesión de premios.

G. Obras y servicios adicionales ya previstos en la documentación contractual

El art. 31.4 de la Directiva 2014/18/CE distingue dos supuestos distintos de utilización del procedimiento negociado en los supuestos de obras y servicios. La Directiva 2014/24/UE contempla sólo uno de ellos[121].

El art. 31.4 de la Directiva 2004/18/CE contempla la posibilidad de contratar a través de un procedimiento negociado sin publicidad aquellas obras o servicios «complementarios» que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, *debido a una circunstancia imprevista*, pasan a ser necesarios para la ejecución de la

121. Distingue con nitidez estos supuestos el art. 73.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos. Según el precepto, «en los contratos de obras también se podrá acudir al procedimiento negociado sin publicidad comunitaria en los siguientes supuestos:
a) En aquellas obras accesorias o complementarias que no estando incluidas en el proyecto adjudicado y que por circunstancias imprevistas resulten estrictamente necesarias para el adecuado cumplimiento del contrato principal, siempre que la adjudicación recaiga en el contratista que ejecuta la obra principal y el importe acumulado de la obra u obras complementarias no exceda del 50 por 100 del precio de adjudicación del contrato inicial.
b) En el caso de nuevas obras que consistan en la repetición de obras similares encargadas al contratista del contrato inicial, con la condición de que dichas obras se ajusten a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado en un procedimiento abierto o restringido».

obra o de los servicios. Pero estos supuestos han dejado de incluirse como hipótesis de procedimiento negociado, para integrar supuestos de modificación contractual y, como tales, se regulan en el art. 72 1.b)[122]. En todo caso, en dicho precepto, la Directiva ya no se refiere a obras y servicios «complementarios», sino «adicionales», lo que se corresponde mejor con la versión inglesa del art. 31.4 a) de la Directiva 2004/18/CE.

El art. 31.4 de la Directiva 2004/18/CE regula igualmente la posibilidad de contratar a través del procedimiento negociado nuevas obras o servicios siempre que, entre otros requisitos, la posibilidad de hacer uso de este procedimiento estuviese indicada desde el inicio. Es este el supuesto que se ha mantenido en la Directiva 2014/24/UE.

De esta forma, el procedimiento negociado sin publicación previa podrá utilizarse en el caso de nuevas obras o nuevos servicios que consistan en la repetición de obras o servicios similares encargados al poder económico titular de un contrato inicial adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras o dichos servicios se ajusten a un proyecto base y que dicho proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado según un procedimiento conforme con lo dispuesto en el art. 26, apartado 1. Como novedad respecto al precedente normativo, se añade que en dicho proyecto de base se mencionarán el número de posibles obras y servicios adicionales y las condiciones en que serán adjudicados.

La posibilidad de hacer uso de este procedimiento deberá darse a conocer desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y los poderes adjudicares tendrán en cuenta el coste total previsto de la obras o servicios ulteriores a efectos de determinación de los umbrales. Únicamente se podrá utilizar ese procedimiento durante un periodo de tres años a partir de la celebración del contrato inicial. La fecha de celebración del contrato equivale a formalización del contrato

122. Lo cierto es que la distinción entre los supuestos de obras y servicios complementarios –que permitían el recurso al procedimiento negociado sin publicidad– y las modificaciones contractuales, no era en absoluto evidente en la legislación que ahora se deroga. Sirva como ejemplo paradigmático la STGUE de 31 de enero de 2013, as. T235/11. El art. XIII c) ACP regula estos supuestos como hipótesis de utilización del procedimiento restringido (equivalente al negociado sin publicidad), bien es verdad que el Acuerdo Internacional no se ocupa de la modificación de los contratos.

inicial y no en el sentido de la finalización de las obras que son objeto del contrato[123].

De esta forma, la adquisición de «nuevas obras» o «nuevos servicios», es decir, de prestaciones susceptibles de utilización o aprovechamiento independiente, constituye un límite a las facultades de modificación del contrato ahora previstas en el art. 72.1 a) de la Directiva.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Uno de los dos objetivos que han guiado la reforma que la Directiva 2014/24/UE preconiza es la modernización de los procedimientos y la simplificación de las normas. Estos propósitos, en sí mismos, ni son simples, ni modernos. Y los resultados alcanzados en cada uno de estos ámbitos son en cierto modo desiguales.

Desde el punto de vista de la modernización de los procedimientos, es evidente que se ha producido una actualización de los mismos. Al elenco de procedimientos típicos se han incorporado las asociaciones para la innovación, lo que permite aumentar las posibilidades de articulación de compras innovadoras, facilitando así el estímulo hacia la innovación por parte de los poderes públicos. Por otro lado, se flexibiliza la utilización del procedimiento de licitación con negociación (cuyo antecesor es el procedimiento negociado con publicidad) y el diálogo competitivo. Bien es verdad que estos dos tipos procedimentales se siguen configurando como procedimientos especiales. Los riesgos que esta flexibilización comporta, en tanto en cuanto los procedimientos con negociación pueden favorecer prácticas discriminatorias, se han intentado conjurar con la incorporación de garantías procedimentales en el ámbito del procedimiento de licitación con negociación. Pero estas deberán reforzarse a nivel interno[124]. En otro caso, la modernización procedimental no producirá resultados satisfactorios.

123. STJUE de 14-9-2004, As. C-385/02, Comisión contra Italia.

124. Facilitan pautas en este sentido, Moreno Molina J.A., «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos», en Gimeno Feliu (dir.) Observatorio de Contratos Públicos 2012, 2013, Civitas, pág. 147 y Gimeno Feliu J. M., «Las nuevas Directivas –Cuarta Generación– en material de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 159, pág.

Por otro lado, la «simplificación» es un concepto «multiuso»[125], que se utiliza para referirse a una pluralidad de actuaciones necesarias para adecuar a la Administración a los nuevos retos. En el contexto analizado, s debemos distinguir entre la simplificación procedimental y simplificación de los instrumentos normativos. Ambos son objetivos de la reforma, si bien la simplificación procedimental se encuadra, en la lógica de la Directiva, dentro del objetivo de modernización.

En el contexto de la simplificación procedimental, o lo que es lo mismo, la disminución de las cargas burocráticas[126], la supresión de trámites y aceleración de procedimientos[127], la Directiva aporta novedades interesantes, que no obstante, quedan muchas veces al margen del diseño de los procedimientos de adjudicación y, por ello, no han sido objeto de este estudio. Así, en primer lugar, hemos advertido que se produce cierto nivel de simplificación procedimental en el ámbito de los poderes adjudicadores cuyo ámbito está situado por debajo de la Administración central[128]. Por otro lado, y con carácter general, se prevé la obligación de aceptar las declaraciones responsables de los licitadores como prueba suficiente a efectos de selección[129]. En tercer lugar, como hemos explicado, se han acortado los plazos de presentación de solicitudes de participación y ofertas, llevándolos al mínimo que permite el

125. Tornos Mas J., «La simplificación procedimiental en el Ordenamiento español», *Revista de administración pública,* 151, 2000, pág. 41.

126. Tornos Mas J., «La simplificación procedimiental..», *op. cit.,* pág. 42.

127. Gimeno Feliu J.M., «La Directiva Servicios y la contratación pública; hacia la simplificación administrativa», *Monografías de la Revista Aragonesa de administración Pública,* núm. XII, 2010, pág. 415. No obstante, como señala este autor, la simplificación administrativa no consiste únicamente en la supresión de trámites.

128. Recuérdese que en los supuestos de procedimientos restringidos y negociados con publicidad, las autoridades regionales y locales podrán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación. Si utilizan esta posibilidad, no tienen que publicar un anuncio de licitación antes de poner en marcha el procedimiento de contratación. Como hemos señalado, en el caso de los poderes subcentrales se flexibiliza el plazo de presentación de las ofertas en el ámbito del procedimiento restringido.

129. Vid. Art. 57. En este sentido, Gimeno Feliu J.M. («La Directiva Servicios y la contratación pública; , *op. cit.,* págs. 409-443) ya había resaltado que son aplicables a la contratación pública 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.

ACP. Finalmente, la generalización de la contratación pública electrónica constituirá un hito en la simplificación de los procedimientos de licitación contractual[130].

Por tanto, si entendemos que la modernización de los procedimientos abarcaba tanto su flexibilización como su simplificación, el logro del objetivo, a mi modo de ver, es satisfactorio. No obstante, no ha de olvidarse que los procedimientos que ahora se incorporan (asociación para innovación) y potencian (procedimiento de licitación con negociación o diálogo competitivo) son mucho más complejos que los ordinarios[131].

Mayores dudas plantea la consecución de la «simplificación» en su vertiente de simplificación de normas. Como advirtió Treumer[132], el mantra «simplificación» se antojaba un resultado bastante improbable del procedimiento legislativo y posiblemente no era siquiera el mejor camino a seguir. Porque la regulación de un ámbito material refleja su nivel de complejidad. De esta forma, el objetivo debiera ser asegurar la seguridad jurídica a la vez que se halla un justo equilibrio entre los distintos intereses en conflicto[133]. Añade Arrowsmith, la simplificación

---

130. Incide en la necesidad de implementar la administración electrónica en la tramitación de contratos públicos, en el contexto de la simplificación de trámites, Gimeno Feliu J. M., «Las nuevas Directivas –Cuarta Generación– en material de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 159, pág. 57. Vid. igualmente Punzón Moraleda J., «Simplificación en la contratación administrativa. Especial referencia a la contratación electrónica administrativa», en Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010,* Civitas, Madrid, 2011, págs. 413 y ss.
Vid. igualmente *Green Paper on expanding the use of e-Procurement in the EU*, SEC(2010) 1214, 18-10-2010.
Sobre la nueva regulación de la contratación pública electrónica, vid. Bickerstaff, R., «E-Procurement Under the New EU Procurement Directives», *PPLR,* 3, 2014.

131. En el mismo sentido, Davey J., «Procedures Involving Negotiation in the New Public Procurement Directive: Key Reforms to the Grounds For Use and the Procedural Rules», *PPLR,* 3, 2014, pág. 107 y 109. Vid. Arrowsmith, S. «Modernising the European Union's public…», op. cit; Gimeno Feliu J. M., «Las nuevas Directivas –Cuarta Generación…», op. cit., pág. 54; Blanco F., «La negociación de adjudicación ..», *op. cit,.*

132. Treumer S., «Flexible Procedures or Ban…», *op. cit.,* pág. 147.

133. Como añade el autor, el legislador comunitario podría limitarse a establecer que las autoridades contratantes asegurasen n la igualdad de trato de los licitadores y la transparencia de los procedimientos de licitación, dejando al Tribunal de Justicia y a los Tribunales Nacionales la concreción de estos principios. Sin embargo,

ha de entenderse en el sentido de hacer las reglas más fáciles de comprender (tanto para los poderes adjudicadores como para los operadores económicos) y de reducir la inseguridad[134].

En este sentido, no puede decirse que la regulación de los procedimientos sea «simple». Sirva como ejemplo que la definición común de los supuestos de utilización del procedimiento de licitación con negociación y del diálogo competitivo puede generar dudas sobre la aplicación a cada caso de uno u otro procedimiento. O los esfuerzos que se requieren para delimitar los conceptos de ofertas inadecuadas, irregulares o inaceptables. También causa cierta extrañeza que se permita la tramitación de un procedimiento de licitación con negociación que no incluya negociación. O que un procedimiento de la complejidad del diálogo competitivo pueda utilizarse cuando previamente se haya frustrado un procedimiento abierto o un restringido por falta de ofertas regulares o aceptables.

En definitiva, la Directiva 2014/24/UE nos ofrece como resultado unos procedimientos que se han renovado y actualizado, en un contexto, sin embargo, en el que la complejidad normativa de la contratación pública no deja de aumentar.

---

esta solución no sería deseable, ya que el principio de igualdad es un estándar legal demasiado vago.

Cfr. Arrowsmith S., «The EC Procurement Directives, National Procurement Policies and Better Governance: The Case for a New Approach», *European Law Review*, núm. 27, 2002.

134. Arrowsmith, S. «Modernising the European Union's public…», *op. cit*.

Capítulo 5

Principios de adjudicación de los contratos de servicios de investigación y desarrollo previos a la comercialización (o compra pública pre-comercial)*

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

Profesor Ayudante-Doctor
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. EL DECIDIDO APOYO A LA INNOVACIÓN DESDE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. LAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS PÚBLICOS «DE CUARTA GENERACIÓN» Y EL USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA FAVORECER LA INNOVACIÓN. 2. EL CONCEPTO DE «INNOVACIÓN» A AFECTOS DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS PÚBLICOS. II. LA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA Y SUS MODALIDADES. III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO PREVIOS A LA COMERCIALIZACIÓN (O COMPRA PÚBLICA PRE-COMERCIAL). 1. ¿QUÉ ES LA COMPRA PÚBLICA PRE-COMERCIAL? 2. LA COMPRA PÚBLICA PRE-COMERCIAL EXCLUIDA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS. 3. LA ADJUDICACIÓN DE SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO PRE-COMERCIAL: LOS PRINCIPIOS GENERALES Y SU MATERIALIZACIÓN EN EXPERIENCIAS CONCRETAS. a) Los principios de publicidad y transparencia. b) La concurrencia en la fase de investigación. c) El principio de igualdad. d) El principio de confidencialidad y su alcance. e) Elección de la oferta más ventajosa. En especial, la gestión compartida de la propiedad intelectual

* El presente trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad sobre contratación pública eficiente (Ref. DER2012-39003-C02-01).

e industrial derivada. 4. LAS AYUDAS DE ESTADO COMO LÍMITE. IV. CONCLUSIONES.

I. EL DECIDIDO APOYO A LA INNOVACIÓN DESDE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. LAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS PÚBLICOS «DE CUARTA GENERACIÓN» Y EL USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA FAVORECER LA INNOVACIÓN

Hace tiempo que la contratación pública se viene visualizando como una importante herramienta al servicio de determinadas políticas públicas. Y así se manifestaba precisamente la Comisión al publicar la Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos públicos (COM(2011) 896), señalando que uno de los objetivos perseguidos con la misma era el de «permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes».

Podría convenirse que esa «utilización estratégica» de la contratación pública[1], a la que algún autor se refiere como desarrollo de «políticas horizontales»[2], comenzó a fraguarse con las Directivas de 2004, o incluso un poco antes, con ocasión de determinadas acciones de la

1. Con el título de *Contratación pública estratégica*, el prof. J. Pernas García dirige un volumen que publica la editorial Aranzadi en 2014, y en el que se recogen estudios monográficos sobre «La contratación del sector público como política pública» (J. Rodríguez-Arana Muñoz); «Compra pública estratégica» (J.M. Gimeno Feliú); «Crisis económica y contratación pública» (C. Aymerich Cano); "Contratación pública y pymes. un comentario a la luz de la propuesta de directiva en materia de contratación pública" (G. Barrio García); «Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad» (A.P. Domínguez Alonso y J.A. Moreno Molina); «El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos» (Miguel Bernal Blay); «Comercio justo y contratación pública» (Teresa Medina Arnáiz); «Cambio climático, eficiencia energética y contratación pública» (J. Pernas García); «La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública» (A. López Miño); «Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública» (P. Valcárcel Fernández); «La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión» (C. Amoedo Souto), y «Contratación pública y eficiencia energética» (J. Pernas García).
2. P. Cerqueira Gomes: «Contratação pública e Inovação – o diálogo possível entre Portugal e a União Europeia», en R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel García *La contratación pública a debate: Presente y futuro*, Civitas, 2014, págs.528-533.

Comisión que tenían por objeto la promoción del empleo y la integración social o la protección del medio ambiente a través de los contratos públicos. Y esa misma estrategia ha sido utilizada ahora por la Comisión para apoyar ahora la política de innovación. Sin duda, podríamos decir que las Comunicaciones sobre *la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*[3] y sobre *la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública*[4] del año 2001 fueron a las Directivas del año 2004 en materia de aspectos sociales y medioambientales lo que la Comunicación sobre *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenible* de 2007[5] es ahora a la Directiva 2014/24/UE aprobada el 26 de febrero de 2014[6] en materia de innovación. En ese sentido, podemos decir que las Directivas de contratos públicos «de cuarta generación» amplían el rango de políticas públicas a las que puede servir la contratación pública para contemplar expresamente las políticas de apoyo a la innovación[7].

Las nuevas Directivas son conscientes de que la contratación pública es un instrumento idóneo impulsar el fomento de la innovación empresarial. Y es que, según los últimos datos publicados por la Comisión Europea (datos de 2011), atendiendo a la información publicada en el Diario oficial de la Unión Europea obtenida a través de la *Tenders*

3. COM(2001) 566 final, de 15 de octubre de 2001.
4. COM(2001) 274 final, de 4 de julio de 2001.
5. COM(2007) 799 final, de 14 de diciembre de 2007.
6. Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE
7. Sobre las novedades de estas Directivas «de cuarta generación» pueden verse los trabajos (realizados sobre las Propuestas de Directiva de Diciembre de 2011) de G.A. Benacchio «Verso le direttive di quarta generazione», en Benacchio G., Cozzio M. (Dirs.) *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, 2012, pp-3-28; J.A. Moreno Molina: «La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos», en J.M. Gimeno Feliú (Dir.) y M.A. Bernal Blay (Coord.) *Observatorio de Contratos Públicos 2012,* Aranzadi, 2013, pp. 115-164; y J.M. Gimeno Feliú «Las nuevas directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», en Revista Española de Derecho Administrativo núm. 159 (2013), pp. 39-106. Igualmente podemos encontrar algunas reflexiones interesantes sobre las novedades de la Directiva en el núm. 129 (2014) de la Revista Contratación Administrativa Práctica.

Electronic Daily database (TED) y a la información proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística a Eurostat, la contratación pública representa actualmente de en España alrededor del 15,5 por ciento del Producto Interior Bruto[8]. Dicho porcentaje no alcanza la media de Estados miembros de la UE a 27 (19%), pero si lo comparamos con los extremos de la estadística, casi dobla el porcentaje que representan en Grecia (8,8 %), aunque resulta la mitad que en Holanda (29,5%). De los datos estadísticos señalados no interesa destacar tanto que la importancia de los contratos públicos está retrocediendo en importancia respecto del PIB en los últimos años (16,1% en 2007, 16,0% en 2008, 17,4% en 2009, 16,9% en 2010), ya que esa circunstancia la explica la coyuntural adopción de medidas de austeridad en el sector público en respuesta a la actual crisis económica, sino el poder de intervención sobre los operadores económicos que manifiestan los importes que representan esos datos. La contratación pública se ha convertido en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que necesariamente estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato[9]. Y las políticas de innovación no escapan a esta consideración. O dicho de otro modo, los contratos públicos se han convertido en una importante medida para el fomento de determinados comportamientos entre los operadores económicos, y quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con aquellas otras exigencias (de carácter social, medioambiental, de innovación, etc…) que determinen las entidades que los adjudiquen[10]. Se trata de manejar aquí la idea del

8. *Public Procurement Indicators 2011*, de 5 de diciembre de 2012. En relación con determinados sectores el porcentaje señalado es mayor. Por ejemplo, en el de la construcción esta cifra alcanza el 40%, y para las operaciones de defensa, seguridad civil y de emergencia representa casi el 100%.
9. Así lo indica T. Medina Arnáiz: «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010,* Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94.
10. Según Mestre Delgado, se constata la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo -o fomento- para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones –no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas- contempladas en normativas sectoriales, «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», REAL núm. 291, 2003, pág. 707. Fuera de nuestras fronteras esta visión instrumental también ha sido destacada por

ordenamiento jurídico como ordenamiento con función promocional, idea propia del Estado social-asistencial[11]. En consecuencia, se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública, alejada de la rígida arquitectura del contrato público concebido como mero sistema de aprovisionamiento de bienes y servicios[12].

Además, invertir en políticas de fomento de la innovación a través de los contratos públicos puede tener un importante efecto sobre la creación de trabajo y el desarrollo económico. Las últimas estimaciones ponen de manifiesto que, si de aquí a 2020 se alcanzara el objetivo de invertir en políticas de investigación y desarrollo un 3 por ciento del PIB (por ejemplo, a través de los contratos públicos) se podrían crear 3,7 millones de puestos de trabajo y aumentar el PIB anual en cerca de 800.000 millones de euros hasta 2025[13].

2. EL CONCEPTO DE «INNOVACIÓN» A AFECTOS DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS PÚBLICOS

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 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador[14]. La nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, instrumento clave para la realización de dicha Estrategia, señala expresamente en su Con-

---

Arrowsmith, S.: «Public procurement as an instrument of policy and the impact of market liberalisation», Law Quarterly Review núm. 111, April 1995, págs. 235 – 284; Mccrudden, Ch.: «Using public procurement to achieve social outcomes», Natural Resources Forum núm. 28, (4) 2004, págs. 257 – 267.

11. E. Melero Alonso: «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid núm.1, 1999, (artículo firmado junto a Maravillas Espín Sáez)
12. Así lo ha puesto de manifiesto J.M. Gimeno Feliú en «Compra pública estratégica» dentro del volumen colectivo dirigido por J. Pernas García (Dir.) *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2013, p. 45.
13. Vid. Comunicación de la Comisión *Iniciativa emblemática de Europa 2020 Unión por la innovación*, COM(2010) 546 final, de 6 de octubre de 2010.
14. Vid. Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada *Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador,* COM(2010) 2020 final.

siderando núm. 39 que «la contratación pública es fundamental para impulsar la innovación». Por ese motivo se conmina a los poderes públicos a hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación.

La Directiva 2014/24/UE sobre adjudicación de contratos públicos se refiere en varias ocasiones a la *innovación*: hasta en 44 ocasiones encontramos referencia a dicho concepto, entre las que podríamos destacar las siguientes:

- El Considerando número 47 se dedica monográficamente a resaltar el papel de la innovación en la contratación pública. Allí se reconoce que la adquisición de bienes y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, pues 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.
- Por su parte, el Considerando 124 ensalza el potencial innovador de las pequeñas y medianas empresas.
- En el art. 14, la Directiva recuerda la existencia de mecanismos de compra pública pre-comercial que pueden servir para inducir la innovación en determinados contratos de servicios de investigación y desarrollo (contratos que además quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva).
- La Directiva alude también a la necesidad de habilitar la presentación de variantes tan a menudo como sea posible con el objetivo de permitir a los operadores económicos proponer mejores soluciones a las necesidades de los poderes públicos (Considerando 48 y art. 45).
- La redacción de las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales se considera desde la Directiva la mejor manera de favorecer la innovación (Considerando 74 y art. 42), advirtiendo además que debe evitarse, cuando para la elaboración de especificaciones técnicas se

utilicen etiquetas, que dichas referencias provoquen una restricción de la innovación (Considerando 75).

- Una de las principales novedades que presenta la Directiva 2014/24/UE resulta la habilitación de un procedimiento específico que permite a los poderes adjudicadores establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores (art. 31).
- También encontramos el reconocimiento expreso de la posibilidad de tomar en consideración la innovación en la fase de ejecución de los contratos públicos, por ejemplo mediante el establecimiento de determinadas condiciones de ejecución (art. 70), y por último,
- También encontramos una referencia a la innovación entre las normas especiales para la adjudicación de contratos de servicios sociales al señalarse que los Estados miembros deben velar por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta una serie de aspectos en la adjudicación de estos contratos, entre los que destacan la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, la implicación y la responsabilización de los usuarios, y la innovación (art. 76.2 de la Directiva).

Pero, a pesar de todas esas referencias podemos preguntarnos qué debe entenderse por «innovación» a efectos de aplicar la Directiva. La Directiva 2014/24/UE ha intentado evitar interpretaciones dispares sobre dicho concepto en los Estados miembros, y para ello ha integrado en su versión definitiva –no aparecía en la Propuesta presentada en Diciembre de 2011– una definición de dicho concepto (Cfr. art. 2.22). De esa manera, a efectos de aplicación de las disposiciones de la Directiva, debe entenderse por *innovación*, «la introducción[15] de un producto, servicio o proceso (incluidos –pero no limitados a– los productivos, edifi-

15. La versión inglesa de la Directiva utiliza el término *implementation*, y la versión francesa *mise en œuvre* cuya traducción al español sería *implementación*, concepto más amplio que el de *introducción*, y que se identifica etimológicamente con la puesta en funcionamiento o la aplicación de métodos y medidas para llevar algo a cabo.

catorios o constructivos) nuevo o significativamente mejorado, nuevos métodos de venta o nuevas formas de organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otras cosas, con el fin de ayudar a resolver los retos de la sociedad o para apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

Podemos destacar la inclusión, en esa definición del concepto de «innovación», de un elemento finalista, como es el «ayudar a resolver los retos de la sociedad o para apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador»[16]. La Comisión, en su Comunicación, de 3 de marzo de 2010, denominada *Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*[17], planteaba una serie de objetivos que deben alcanzarse en 2020 a más tardar, tales como alcanzar una tasa de empleo del 75 % para la población de entre 20 y 64 años; invertir un 3 % del Producto Interior Bruto (PIB) en la investigación y el desarrollo; reducir en un 20 % las emisiones de carbono (y, si las condiciones lo permiten, en un 30 %), aumentar en un 20 % tanto las energías renovables como la eficacia energética, y en el marco de esa Estrategia Europa 2020 se aprobaba la iniciativa emblemática «Unión por la innovación»[18], que debe apoyar la producción de productos y servicios innovadores; en particular, los relativos al cambio climático, la eficiencia energética, la salud y el envejecimiento de la población. Sin duda, el uso estratégico de los contratos públicos debe contribuir a alcanzar estos objetivos.

Las acciones innovadoras que quedarían cubiertas por la definición de «innovación» que incorpora la Directiva pueden ser muy variadas. Por supuesto que quedan cubiertas las actividades de investigación,

16. En su Considerando número 123, la Directiva 2014/24/UE señala que «A fin de aprovechar plenamente las posibilidades que ofrece la contratación pública para alcanzar los objetivos fijados en la Estrategia Europa 2020, la contratación en materia medioambiental, social y de innovación debe también desempeñar el papel que le corresponde. Por ello, es importante obtener una visión de conjunto de los cambios que se produzcan en el ámbito de la contratación estratégica a fin de formarse una opinión fundada acerca de las tendencias generales a escala global en este ámbito. Los informes adecuados que ya se hayan elaborado pueden por supuesto ser utilizados en este contexto».
17. COM(2010) 2020 final.
18. Comunicación de la Comisión *Iniciativa emblemática de Europa 2020 Unión por la innovación*, COM(2010) 546 final, de 6 de octubre de 2010.

que son las que tienen por objeto establecer nuevos conocimientos y/o explorar la viabilidad de una tecnología, producto, proceso, servicio o solución nueva o mejorada, sea a través de investigación básica como aplicada, incluido el desarrollo de prototipos. Pero las actividades de innovación no se limitan únicamente a la investigación. Con carácter general, podríamos decir que lo son todas aquellas actividades dirigidas principalmente al diseño de productos, procesos o servicios nuevos, modificados o mejorados, teniendo tal consideración la creación de prototipos, la realización de pruebas y demostraciones, los proyectos piloto, o la validación de producciones a gran escala, y/o los estudios sobre su aplicación comercial[19].

Por otro lado, debe destacarse muy especialmente que «innovador» es, a efectos de aplicación de la Directiva, tanto lo nuevo como aquello que ya existe pero a lo que se añade una mejora sustancial. Pero también puede considerarse innovador aquello que, habiéndose creado, todavía no ha accedido al mercado o todavía no ha penetrado en el mismo de una manera significativa. En este sentido, por ejemplo, cuando se habla de compra pública de tecnología innovadora (CPTI, o PPI en inglés[20]) en el marco del programa Horizonte 2020, se hace referencia a contrataciones en las que la entidad contratante actúa como cliente de lanzamiento (*launch customer o early adopter*) para productos o servicios que, o bien no están disponibles en el mercado, o bien todavía no han alcanzado una cuota de mercado significativa. De hecho, el propio Anexo General núm. 21 del Programa de Trabajo de Horizonte 2020 para 2014-2015[21] se refiere a los «clientes de lanzamiento», como «el primer 20 por ciento de clientes en el Mercado Interior de la UE en el segmento de mercado del grupo de compradores que están implementando soluciones innovado-

19. Las demostraciones o los proyectos piloto son acciones innovadoras que tienen como objetivo validar la viabilidad técnica y económica de una tecnología, producto, proceso, servicio o solución nueva o mejorada, en un contexto industrial, comercial (o de otro tipo) plenamente operativo (o cercano a ese contexto operativo). Cuando hablamos de aplicación comercial (*market replication*), nos referimos a la primera aplicación o implementación en el mercado (en el sector de aplicación en cuestión) de una innovación que ya se haya demostrado, pero que aún no haya sido aplicada o desplegado en ese sector del mercado.
20. Public Procurement of Innovative solutions.
21. Aprobado por Decisión de la Comisión Europea C (2013)8631 de 10 de diciembre de 2013)

ras para hacer frente al desafío abordado por la adquisición PPI». Es decir, que la compra de productos con una cuota de mercado de mercado inferior al 20 por ciento en su segmento, también pueden considerarse innovadora.

Como puede verse, el concepto de «innovación» que proporciona la Directiva tiene un significado muy amplio, con el ánimo de facilitar el uso estratégico de los contratos públicos para la promoción de esa innovación. No obstante, no debemos olvidar que los particulares regímenes que dispone la Directiva para el desarrollo de la compra pública innovadora no pueden utilizarse en ningún caso con el ánimo de alterar o falsear la competencia entre los operadores económicos.

II. LA COMPRA PÚBLICA INNOVADORA Y SUS MODALIDADES

Desde hace tiempo se viene utilizando el término «compra pública innovadora», sin que por el momento exista una definición legal del mismo. En palabras de A. López Miño, la compra pública innovadora es una plasmación de la voluntad de los poderes públicos de orientar el sistema productivo a sectores I+D+I aprovechando para ello la potencia de fuego de la contratación pública y su impresionante participación en la riqueza nacional[22]. Según la «Guía sobre Compra Pública Innovadora» elaborada por el Ministerio de Economía y Competitividad en 2011, la compra pública innovadora es «una actuación administrativa de fomento de la innovación orientada a potenciar el desarrollo de nuevos mercados innovadores desde el lado de la demanda, a través del instrumento de la contratación pública»[23]. En ese mismo documento se advierte que la compra pública innovadora persigue como objetivos:

22. «La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública», en J. Pernas García (Dir.) *Compra pública estratégica*, Aranzadi, 2014, p. 215.
23. El contenido de la «Guía sobre compra pública innovadora» fue validado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe núm. 37/11, de 28 de octubre de 2011. Del contenido de la Guía la Junta Consultiva destaca que «se adecua a su finalidad y resalta aquellos aspectos más importantes relacionados con el procedimiento de adjudicación, base del desarrollo de la ejecución de los contratos y en tal sentido reitera la función y la aplicación de los principios de la contratación pública que se expresan en el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público».

- La mejora de los servicios públicos mediante la incorporación de bienes o servicios innovadores
- El fomento de la innovación empresarial
- El impulso a la internacionalización de la innovación empleando el mercado público local como cliente de lanzamiento o referencia.

La compra pública innovadora es un concepto que aglutina dos modalidades o fórmulas de contratación con régimen jurídico sustancialmente diferente. Por un lado, las denominadas compras públicas pre-comerciales (CPP o *Pre-Comercial Procurement,* en inglés, PCP), y de otro, la compra pública de tecnología innovadora (CPTI, o *Public Procurement of Innovative solutions*, PPI). En la citada «Guía sobre compra pública Innovadora» se definen ambos conceptos de la siguiente manera:

- La compra pública de tecnología innovadora (CPTI) consiste en la compra pública de un bien o servicio que no existe en el momento de la compra pero que puede desarrollarse en un período de tiempo razonable. Dicha compra requiere el desarrollo de tecnología nueva o mejorada para poder cumplir con los requisitos demandados por el comprado.
- Por su parte, la compra pública pre-comercial (CPP) es una contratación de servicios de I+D en los que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso en exclusiva sino que comparte con las empresas los riesgos y los beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado.

Ninguna de las fórmulas anteriores constituye en realidad una nueva tipología contractual, o un específico procedimiento de adjudicación de contratos públicos, sino que aparecen caracterizadas, bien por su régimen jurídico (las compras públicas pre-comerciales quedan al margen de las disposiciones de la normativa sobre contratación pública), bien por la integración de la innovación o el carácter innovador en el objeto del contrato (la compra pública de tecnología innovadora). Asimismo, también debe señalarse que las contrataciones ordinarias también permiten, en determinados casos, tomar en consideración la innovación para la adjudicación de los contratos.

La nueva Directiva 2004/24/UE, además de contemplar las modalidades anteriores, introduce un procedimiento específico con la intención de superar alguna de las limitaciones que presentan, sobre todo, las compras públicas pre-comerciales, en cuanto a la adquisición ulterior de los bienes y productos desarrollados. Ese procedimiento es el denominado «asociación para la innovación», y su objetivo es combinar la investigación y el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras, y la compra ulterior de los productos, servicios u obras resultantes[24].

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO PREVIOS A LA COMERCIALIZACIÓN (O COMPRA PÚBLICA PRE-COMERCIAL)

1. ¿QUÉ ES LA COMPRA PÚBLICA PRE-COMERCIAL?

El concepto de contratación pre-comercial debe encuadrarse en la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización de bienes y/o servicios innovadores. Es esta una cuestión clave, y sobre esta idea previa pivota toda la construcción del régimen jurídico aplicable a esta técnica de contratación, caracterizado, como ya venimos señalando, por su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública.

La Comisión Europea, cuando se refiere a la contratación precomercial evoca un planteamiento de la contratación de servicios de I+D distinta de la tradicional en la que que los beneficios pertenecen exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio y no constituya ayuda estatal.

Para comprender correctamente las notas características de la compra pública pre-comercial resulta imprescindible el estudio de la Comunicación de la Comisión Europea sobre *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y*

24. Las características de este nuevo procedimiento las he analizado en mi artículo «The strategic use of Public Procurement in support of innovation», en *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 1/2014, pp. 3-11.

sostenibles[25]. En el origen de este documento podemos encontrar un previo requerimiento del Consejo Europeo de Competitividad de 4 de diciembre de 2006 que reconocía el gran potencial que encierra el uso de la contratación pública para estimular la innovación[26]. El desafío clave, decía el Consejo, «es aumentar el grado de sensibilización y hacer uso de los nuevos métodos existentes gracias a la modernización y simplificación del marco regulador de la contratación pública de la UE», y por ello manifestaba su deseo de contar con la orientación de la Comisión, sobre las maneras de utilizar las normas de la UE sobre contratación pública para estimular la innovación. Por otro lado, la Comunicación de la Comisión engarza perfectamente con una recomendación del Parlamento a los Estados miembros sobre el uso de esta contratación pre-comercial. En su Resolución sobre *problemas específicos de transposición y aplicación de la legislación relativa a la contratación pública y su relación con la Agenda de Lisboa*[27], el Parlamento identificaba la contratación pre-comercial como una oportunidad sin explotar en Europa con vistas a la utilización de las necesidades públicas como un estímulo para la innovación, y por ello instaba a los Estados miembros «a recurrir a la contratación pre-comercial, basada en el reparto de riesgos y beneficios entre adjudicadores y suministradores, con el fin de desarrollar soluciones innovadoras para abordar los problemas específicos de interés público como una herramienta eficaz para impulsar la innovación en la UE» (apartado 21).

En la Comunicación de la Comisión sobre contratación pre-comercial se enuncian como características de esta modalidad de compra pública innovadora las siguientes:

- El ámbito de aplicación se limita a los servicios de I+D, que puede cubrir actividades como la exploración y el diseño de soluciones, la creación de prototipos o la fabricación original de un volumen limitado de primeros productos o servicios a modo de serie de prueba. La I+D no incluye actividades de desarrollo comercial como la producción o el suministro a gran escala para determinar la viabilidad comercial o recuperar los gastos de I+D,

25. COM(2007) 799 final, de 14 de diciembre de 2007.

26. 2769as conclusiones del Consejo de la UE sobre competitividad, 4 de diciembre de 2006, emitidas tras el análisis de la Comunicación de la Comisión sobre «una estrategia amplia de innovación para la UE» (COM(2006) 502 final).

27. PE 2006/2084 (INI.

la integración o la adaptación y los ajustes y las mejoras añadidos a productos o procesos existentes.

- La aplicación del reparto de riesgos y beneficios: en la contratación pre-comercial, el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso en exclusiva sino que comparte con las empresas los riesgos y los beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado.
- Una contratación en competencia diseñada para excluir las ayudas estatales: la organización del reparto de los riesgos y los beneficios y del conjunto del proceso de contratación de forma que se garanticen la competencia, la transparencia, la apertura y la imparcialidad máximas y unos precios ajustados al mercado permite al comprador público elegir las mejores soluciones que ofrece el mercado.

Aparte de la Comunicación sobre la compra pública pre-comercial, la propia Comisión ha profundizado en las características de esta particular tipología de adquisiciones. Un excelente complemento de la Comunicación de 2007 lo encontramos en el documento de trabajo publicado por la Comisión en 2007, titulado *Guide on dealing with innovative solutions in public procurement: 10 elements of good practice*[28]. Igual de recomendable resulta la consulta del documento publicado también por la Comisión en mayo de 2014, titulado *Frequently Asked Questions on Pre-Commercial Procurement (PCP) and the link with Public Procurement of Innovative Solutions*[29].

2. LA COMPRA PÚBLICA PRE-COMERCIAL EXCLUIDA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS

Una cuestión que debe ser objeto de un detenido análisis es la relativa al ámbito objetivo de la exclusión que señalan las Directivas de contratos públicos para estos servicios de investigación y desarrollo. Para no perjudicar el efecto útil de las Directivas, y puesto que se trata

28. SEC(2007) 280 de 23 de febrero de 2007.

29. Este documento se encuentra accesible desde http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/docs/faqv10.pdf

de una excepción a su aplicación, debe realizarse una interpretación restrictiva de tal exclusión.

En este sentido, hay que recordar que el ámbito objetivo de la compra pública pre-comercial se circunscribe exclusivamente al ámbito de los servicios de investigación y desarrollo. En ningún caso quedarían amparados por la exclusión del ámbito de la Directiva la adquisición de suministros o la realización de obras una vez concluidos los servicios de investigación y desarrollo. Es decir, que la exclusión no ampara actividades de desarrollo comercial como la producción o el suministro a gran escala para determinar la viabilidad comercial o recuperar los gastos de investigación y desarrollo, la integración o la adaptación y los ajustes y las mejoras añadidos a productos o procesos existentes. No obstante, sí que se suele admitir la producción o suministro en cantidad limitada de algunos productos, con objeto de tener en cuenta los resultados de las pruebas en la práctica o de demostrar que el producto o servicio se presta a la producción en gran escala satisfaciendo normas aceptables de calidad.[30].

Debemos insistir sobre la circunstancia de que la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva únicamente se proyecta sobre contratos de servicios, y dentro de ese concepto genérico, tan solo sobre determinados contratos de servicios de investigación y desarrollo. En este sentido, a diferencia de la fórmula genérica que utilizaban las Directivas de contratos públicos de 2004, las que han sido aprobadas en 2014 y vienen a sustituir a aquéllas ya no excluyen de su ámbito de aplicación a todos los servicios de investigación y desarrollo, sino únicamente aquellos que encajan en las categorías del Vocabulario Común de contratos públicos (*Common Procurement Vocabulary*, CPV[31]) señaladas por las propias Directivas[32]:

30. Vid. Acuerdo sobre contratación pública de la OMC, artículo XV.
31. Reglamento (CE) 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) no 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV.
32. Llama la atención que en la Propuesta de Directiva de contratos públicos presentada en Diciembre de 2011 las categorías de contratos excluidas eran otras distintas: 73000000-2 a 73436000-7, excepto 73200000-4, 73210000-7 o 73220000-0.

• *73000000-2 a 73120000-9, que comprende: «Servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos; Servicios de investigación y desarrollo experimental; Servicios de investigación; Servicios de laboratorio de investigación; Servicios de investigación marina; Servicios de desarrollo experimenta».*

• *7330000-5, relativa a servicios de «Diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo».*

• *73420000-2, sobre servicios de «Estudio de previabilidad y demostración tecnológica»*

• *73430000-5, inclusiva de servicios de «Ensayo y evaluación»*

Estos límites a la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva, ceñida a las categorías CPV señaladas deben tenerse en cuenta a la hora de la transposición de la Directiva a los Estados miembros. A día de hoy la exclusión de servicios de investigación y desarrollo del ámbito de las normas nacionales sobre contratos públicos se configura «en bloque», sin discriminar categorías[33].

En cualquier caso, una de las características principales de las compras pre-comerciales es la gestión compartida de los beneficios y de los riesgos. Sobre cómo ha de verificarse esa compartición de riesgos y beneficios nada dice ni la Directiva ni la norma nacional. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, en su informe 3/2012, emitido con ocasión de una consulta sobre la posible aplicación del art. 4.1.r TRLCSP, señaló al respecto que «hay que entender que los riesgos y beneficios de la investigación a que alude el artículo 4.1.r), no son referibles a posibles variaciones en el importe de la remuneración del contrato, que puedan quedar a expensas del resultado satisfactorio de los trabajos realizados, puesto que la remuneración en esta modalidad de contrato ha de correr íntegramente por cuenta del órgano de contratación, con independencia de la rentabilidad que éste obtenga del resultado del trabajo contratado; por el contrario, esta Junta

33. Como ejemplo de esta exclusión «en bloque», podemos citar el art. 4.1.r TRLCSP, que declara excluidos de su ámbito de aplicación los «contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado».

Consultiva interpreta que las expectativas de tales riesgos y beneficios han de referirse a la posibilidad de explotar o comercializar con terceros el resultado de los trabajos realizados, posibilidad que, habiendo provocado el efecto de minorar el importe pactado para remunerar el trabajo del contratista, introduce para éste, tanto un factor de riesgo, en la medida en que los resultados de la explotación posterior con otros clientes pueden no alcanzar sus iniciales expectativas, como un factor de posibles beneficios, en la medida en que esa comercialización posterior alcance o supere tales expectativas».

3. LA ADJUDICACIÓN DE SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO PRE-COMERCIAL: LOS PRINCIPIOS GENERALES Y SU MATERIALIZACIÓN EN EXPERIENCIAS CONCRETAS

Procede ahora abordar el régimen jurídico aplicable a la compra pública pre-comercial. En este sentido, podemos avanzar que la nueva Directiva 2014/24/UE no introduce novedades en cuanto al régimen previsto en su antecesora, la Directiva 2004/18. Si en esta el art. 16.f disponía la exclusión de su ámbito de aplicación de los contratos «relativos a servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio», en la nueva Directiva es el art. 14 el que contempla tal exclusión, con la única variación de su formulación, ahora en positivo, de manera que ahora

> *«La presente Directiva se aplicará únicamente a los contratos de servicios públicos de investigación y desarrollo incluidos en los códigos CPV 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 y 73430000-5, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes:*
>
> *a) que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y*
>
> *b) que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador».*

En idénticos términos se contempla la exclusión en los ámbitos de la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes, los servicios postales y los contratos en materia de seguridad y defensa. Respecto de los cuatro primeros, la Directiva 2004/17, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los referidos sectores recogía tal exclusión en el art. 24.e que ahora se reproduce el art. 32 de la Directiva 2014/25. Por su parte, el art. 13.j de la Directiva 2009/81/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad es en el que recoge la excepción a la aplicación de la Directiva respecto de tales contratos en dichos sectores.

Por su parte, la normativa nacional sobre contratos del sector público no ha dudado en acoger la citada excepción. En efecto, el art. 4.1.r del TRLCSP señala la inaplicación de sus disposiciones a «los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado»[34].

34. Este inciso no se encontraba originariamente en la Ley 30/2007, de contratos del sector público, sino que se incorporó tras la modificación de dicha norma por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible. De manera adicional, a través del art. 38 de esta norma se introducía una disposición que pretendía fomentar «la contratación pública de actividades innovadoras». Señalaba dicho precepto que «El Consejo de Ministros, mediante acuerdo, fijará dentro de los presupuestos de cada Departamento ministerial y de cada Organismo público vinculado con o dependiente de la Administración General del Estado, las cuantías necesariamente destinadas a la financiación de contratos a los que hace referencia el artículo 4.1. r) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Una parte de las mismas podrá reservarse a pequeñas y medianas empresas innovadoras». Hay que recordar que dicho precepto fue expresamente derogado por el apartado 5 de la disposición derogatoria única del R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, pero su contenido fue incorporado, en términos prácticamente idénticos, a la disposición final quinta de dicho Texto Refundido. La única modificación respecto de la previsión original, además de la corrección de la remisión normativa (la referencia al art. 4.1.r LCSP se corrige por la referencia a dicho precepto *del TRLCSP*) se encuentra en el enunciado de la disposición final quinta TRLCSP, que ya no habla del «fomento la contratación pública de actividades innovadoras»

A la vista de las prescripciones anteriores, puede perfectamente concluirse que la compra pública pre-comercial queda al margen de las disposiciones de la normativa sobre contratos públicos. Surge entonces de la cuestión de qué régimen aplican esos negocios jurídicos que tienen por objeto esos contratos de investigación y desarrollo con tan particulares características en cuanto a su objeto y al reparto de los riesgos entre poder adjudicador «comprador» y operador económico «vendedor».

Resultaría ilusorio pensar que las compras pre-comerciales no reciben alguna influencia de la normativa sobre contratos públicos. En tanto que esas compras pre-comerciales afectan al mercado interior, resultan de aplicación a su celebración una serie de principios que derivan directamente (ahora) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En este sentido, el caso de las compras públicas pre-comerciales puede asimilarse al de los contratos que no superan los umbrales de aplicación de las Directivas de contratos públicos, y por tanto resultan excluidos igualmente de su ámbito de aplicación[35]. Pues bien, tal y como señalara el Tribunal de Justicia en relación con éstos (y de igual manera entendemos que resulta de aplicación a aquéllas) «aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias que regulan los contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado»[36].

En este sentido, como bien recordaba la Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, *sobre el derecho comunitario apli-*

sino que incorpora expresamente al TRLCSP la denominación de «Fomento de la *contratación precomercial*». No cabe afirmar que con este cambio de denominación se haya «reducido» el ámbito objetivo de la disposición, pues la referencia en la disposición al art. 4.1.r ya acotaba el ámbito de las reservas de financiación y a las PyMES innovadoras a dicha modalidad contractual, sin que quepa extenderlas a otras modalidades de compra pública innovadora, como la compra pública de tecnología innovadora.

35. El Reglamento (UE) número 1336/2013 de la Comisión, de 13 de diciembre de 2013, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos, ha fijado como umbrales de aplicación de las Directivas a partir del 1 de enero de 2014 el de 5.186.000 euros para los contratos de obras y los contratos de concesión de obras públicas, y 207.000 euros para los contratos de suministros y de servicios.

36. Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Asunto C-324/1998, *Telaustria*.

cable en la adjudicación de contratos no cubiertos o parcialmente cubiertos por las Directivas de contratación, existen una serie de criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos que derivan directamente de las normas y principios de los Tratados de la Unión Europea. En particular, los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad, que implican una obligación de transparencia que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, consiste en 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[37].

De manera muy especial aparece recogido este sometimiento a los principios generales de la contratación pública en la normativa española sobre contratos públicos que, en relación con los contratos de servicios de investigación y desarrollo, no solamente aparece previsto de manera subsidiaria por aplicación a los contratos excluidos del art. 4.2 TRLCSP («…aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse»), sino expresamente en el 4.1.r, cuando tras configurar la excepción se advierte de que «en la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa». Es decir, se dispone el sometimiento de las compras pre-comerciales a los mismos principios que resultan de aplicación a los contratos públicos, y que se recogen en el art. 1 TRLCSP. Será la configuración de cada procedimiento singular de compra pública pre-comercial la que determine cómo se materializa el contenido de dichos principios en el marco de dicho procedimiento[38].

---

37. Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Asunto C-324/1998, *Telaustria*; de 21 de julio de 2005, Asunto C -231/03, *Coname*; y de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, *Parking Brixen*.

38. Acertadamente señala M. Mesa Vila que tratándose de poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administración pública vendrán obligados a aplicar sus correspondientes instrucciones internas de contratación (artículo 191) dado que es el documento que establece la forma en que esa entidad concreta garantiza la aplicación de lo mencionados principios rectores de la contratación pública, «Los contratos de investigación y desarrollo en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público», en *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 86 (2013), p. 326.

El diseño de un régimen jurídico completo para la compra pública pre-comercial excede del objetivo planteado en este trabajo, y exigiría un mayor desarrollo que el que permiten las normas de redacción aplicables a esta colaboración. No obstante, y sin abandonar la idea de profundizar en esta cuestión, no renunciamos sin embargo a avanzar una posible materialización de los grandes principios de la contratación pública que hemos apuntado para la adjudicación de compras públicas pre-comerciales.

a) Los principios de publicidad y transparencia

Los principios de publicidad y transparencia se encuentran muy relacionados, hasta el punto de que no puede concebirse el uno sin el otro. El Tribunal de Justicia advirtió de la estrecha relación entre dichos principios y los de igualdad de trato y no discriminación: los principios de igualdad de trato y de no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado[39]. La obligación de transparencia exige que las empresas tengan acceso a una información adecuada sobre dicho contrato antes de su adjudicación, de forma que, si lo desean, estén en condiciones de manifestar su interés por obtener ese contrato[40].

La Comisión, en la Comunicación de 2006 antes citada, señaló que la única manera de que los requisitos establecidos por el TJCE se puedan cumplir es publicando un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato al objeto de abrir la adjudicación del contrato a la competencia.

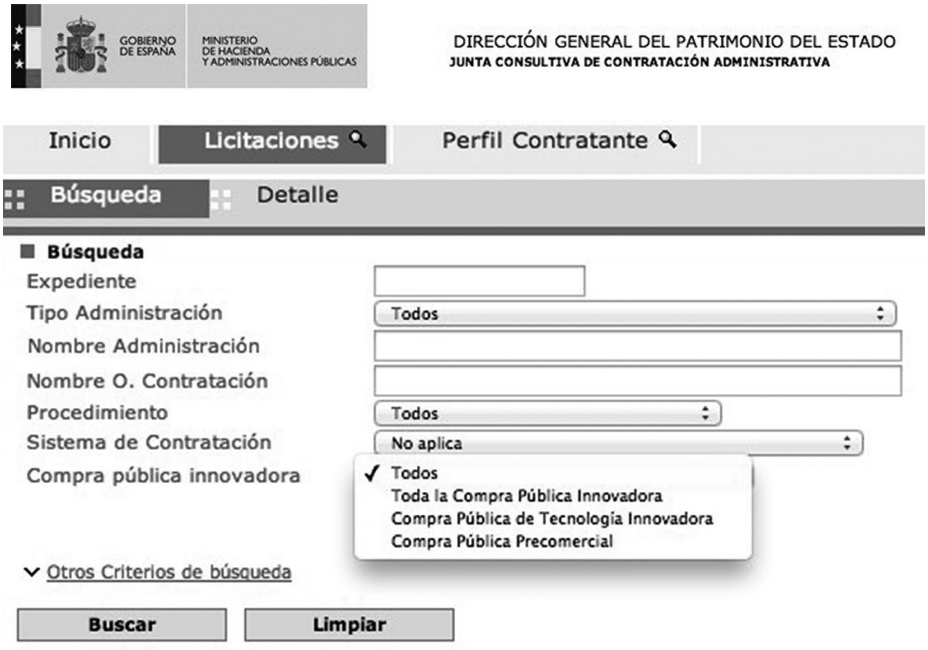
Respecto de esta obligación de publicidad, entendemos que la solución más eficiente pasa por concentrar en un único punto el acceso a los anuncios de compras pre-comerciales. En este punto resulta de capital importancia la utilización de la Plataforma de Contratación del Sector Público con la nueva configuración derivada de la modificación «material» del art. 334 TRLCSP a través de la disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. A través de la Plataforma debería poder accederse a la convocatoria de

39. Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Asunto C-324/1998, *Telaustria,* apartado 62; y de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, *Parking Brixen,* apartado 49.

40. Sentencia de 21 de julio de 2005, Asunto C -231/03, *Coname,* apartado 21.

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[41].

En este sentido, la Plataforma de Contratación del Sector Público ya tiene activada la posibilidad de búsqueda de compras públicas pre-comerciales (y también de la otra modalidad de compra pública innovadora, las compras de tecnología innovadora).



No obstante, debería existir un control (que actualmente no existe) por parte de los responsables de la Plataforma sobre los contratos que se califiquen como compra pública innovadora por las entidades contratantes al completar el oportuno formulario de entrada de datos.

41. Esa información debe publicarse en la Plataforma 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. Sobre la articulación de ambos sistemas de publicación puede verse la *Guía de aplicación de la Ley de Garantía de Unidad de Mercado a la Plataforma de Contratación del Sector Público, para entidades no pertenecientes al Sector Público Estatal,* de 17 de marzo de 2014, accesible desde https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma

Utilizando el sistema de búsquedas anterior se ofrecen actualmente como resultados anuncios de licitación que nada tienen que ver con las modalidades de compra pública innovadora.

Instrumento capital para la publicidad han de ser los anuncios de información previa a que se refiere el art. 48 de la Directiva 2014/24 y el art. 141 TRLCSP. Si bien es cierto que en el ámbito de la contratación ordinaria este instrumento se encuentra infrautilizado, en el ámbito de la compra pre-comercial está llamado a jugar un papel determinante, pues a través del mismo se permite avanzar al mercado las intenciones de compra futura de los poderes adjudicadores y orientar los esfuerzos de los operadores económicos hacia esa dirección.

Como ejemplo de buena práctica en este sentido podemos citar el anuncio de información previa lanzado para la compra pre-comercial de una nueva generación de soluciones móviles seguras y transfronterizas, integradas para facilitar el acceso de los pacientes a los portales de salud, ya desplegados localmente, durante sus desplazamientos al extranjero por parte de la *Agència d'Informació, Avaluació i Qualitat en Salut* en el marco del proyecto DECIPHER del Séptimo programa marco de investigación de la Unión Europea[42]. En dicho anuncio se significaba expresamente que «El presente Anuncio Previo (AP) forma parte del plan de comunicación y consultas con el mercado que está previsto en el proceso de compra pre-comercial para investigar la viabilidad y las diferentes opciones de desarrollo de soluciones móviles, transfronterizas, seguras e interoperables que integradas con las historias clínicas locales, faciliten el tratamiento efectivo de los pacientes en todo el territorio de la Comunidad Europea. El propósito de este AP es 1- Avisar al mercado de un eventual futuro procedimiento de licitación, 2- Alertar al mercado sobre los requisitos de innovación, antes de iniciar cualquier potencial proceso de compra, 3- Facilitar la participación en el proceso de consultas con el mercado y asegurar que el procedimien-

42. El proyecto DECIPHER tiene como objetivo el desarrollo de una nueva generación de soluciones móviles seguras y transfronterizas pensadas para proporcionar el acceso a los portales de salud ya desplegados localmente y que permitan tratar eficientemente a los pacientes no solo cuando estén en su casa pero también cuando se desplazan al extranjero (más información en http://www.decipherpcp.eu/). Puede accederse al texto completo del anuncio previo a través del TED: http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:178455-2013:TEXT:ES:HTML

to de compra pre-comercial es abierto y transparente. Este AP es sólo un indicación de una futura compra potencial, no un compromiso de iniciar el procedimiento. Este AP no forma parte de ningún proceso de pre-calificación o pre-selección».

b) La concurrencia en la fase de investigación

La Comisión, en su Comunicación sobre *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenible* de 2007 señalaba como forma de reducir los riesgos y los costes de la investigación y el desarrollo la distribuir de las distintas operaciones que la integran (Exploración de soluciones, prototipos y análisis de viabilidad comercial) en fases temporales, asegurándose de que las empresas compiten para crear una serie de opciones alternativas sobre las que luego proyectar, en su caso, la compra ordinaria de las mismas. En concreto, la Comisión plantea el siguiente esquema para el desarrollo de la fase pre-comercial:

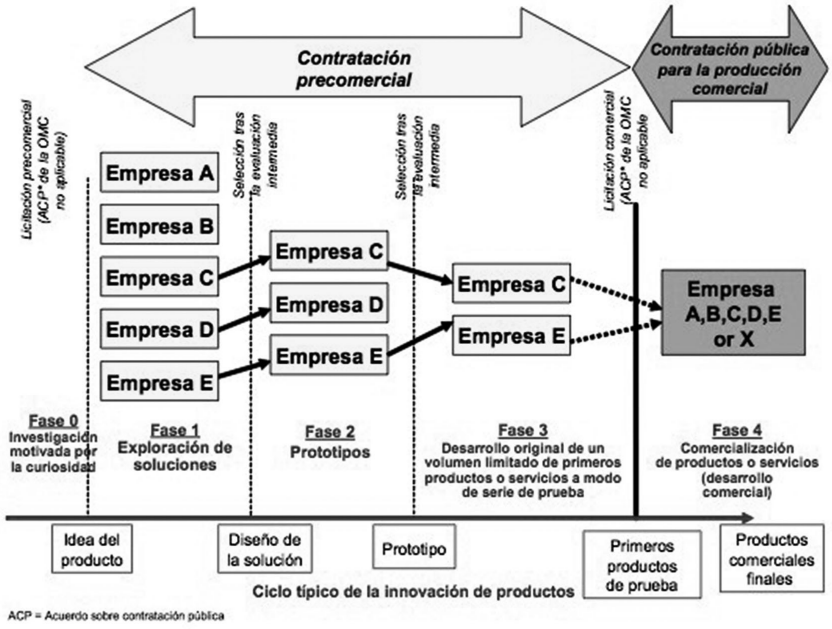


Gráfico 2: Ilustración de un proceso de contratación precomercial en fases

Este planteamiento competitivo en distintas fases, que no excluye la existencia de otros modelos alternativos, se basa en los siguientes principios:

1. Lanzar al mercado un desafío de forma abierta y transparente y una invitación a varias empresas a desarrollar en competencia las mejores soluciones posibles para abordar el problema.

2. La exploración y la comparación de los pros y los contras de cada solución. Este proceso de aprendizaje mutuo para los compradores públicos y las empresas ayuda a determinar con seguridad tanto las necesidades funcionales y de rendimiento de la demanda, como las capacidades y las limitaciones de los nuevos avances tecnológicos de la oferta.

3. La organización de la contratación como un proceso gradual, incluida la evaluación tras cada fase de la I+D, para ir seleccionando progresivamente las mejores soluciones. Esto permite a los compradores públicos orientar los avances durante el proceso para lograr el mejor ajuste a las necesidades del sector público.

4. Los esfuerzos realizados tras cada fase de la I+D para lograr la interoperabilidad y la intercambiabilidad de los productos de las distintas soluciones en desarrollo dan pie a normas abiertas y evitan el riesgo de que se penalice a los primeros adoptantes de las soluciones innovadoras con la carga adicional de ajustar su solución a normas establecidas posteriormente.

No obstante lo anterior, el presupuesto esencial de este modelo es el mantenimiento de la concurrencia en todas y cada una de las fases, incluida y muy especialmente la última, relativa al análisis de la viabilidad comercial de la solución desarrollada. La Comisión enfatiza en su Comunicación de 2007 la necesidad de conservar al menos dos de las empresas participantes hasta la última fase, con objeto de garantizar la existencia de un futuro mercado competitivo. El mantenimiento de una presión competitiva positiva sobre los proveedores permite a los compradores públicos aprovechar las mejores soluciones que el mercado puede ofrecer, al tiempo que se evita la dependencia de un solo proveedor en fases posteriores. Efectivamente, si sólo una de las propuestas es la que finalmente llega al mercado porque el propio proceso de compra

pre-comercial cierra la puerta que llegue más de una propuesta, la fase posterior de adquisición comercial queda restringida a la utilización de procedimientos negociados sin publicidad «por razones de exclusividad[43]», quedando en manos del operador económico las condiciones económicas y técnicas del suministro o la prestación de servicios a realizar con la innovación desarrollada en la fase pre-comercial.

Cabe citar, como ejemplo de buena práctica, la configuración en los documentos que sirven de base para la licitación, de una última fase multicompetitiva en los procedimientos de compra pública pre-comercial de tres proyectos de investigación de índole biomédica[44] y del proyecto Mecaolivar[45], licitados ambos por la Universidad de Córdoba. En el primero de ellos, se indicaba que tras la valoración de las propuestas de solución a los problemas definidos en cada lote «se seleccionarían *hasta un máximo de tres propuestas para cada lote*, de acuerdo a los criterios de valoración que figuran a continuación, las cuales resultarán seleccionadas para realizar un estudio de viabilidad sobre los proyectos» que era la última fase de la compra pre-comercial. Por su parte, el caso del proyecto Mecaolivar se advertía que «en la segunda –y última– etapa del procedimiento, podrán ser elegibles *hasta*

43. «Cuando, por razones técnicas … o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado», como dice el art. 170.d TRLCSP.

44. Esta compra pre-comercial tenía por objeto la adquisición de un «Sistema de Conservación celular«, un «Sistema de detección de compuestos volátiles para diagnóstico precoz de cáncer» y un «Robot quirúrgico».

45. En este caso lo que se pretendía era la investigación sobre determinados sistemas para el cosechado del olivar andaluz: 1. Diseño, desarrollo y prototipado de cosechadoras de olivar basadas en un sistema sacudidor de copa que permita la recolección integral del olivar tradicional; 2. Diseño, desarrollo y prototipado de cosechadoras de olivar basadas en vibrador de troncos para olivar intensivo; 3. Diseño, desarrollo y prototipado de sistemas y materiales de agarre de vibradores de troncos para olivar de cosecha temprana; 4. Diseño, desarrollo y prototipado de equipos para optimizar la aplicación de productos fitosanitarios sobre la copa de los árboles en olivar tradicional y aplicable a olivar intensivo; 5. Diseño, desarrollo y prototipado de equipos para optimizar la aplicación de herbicidas al suelo, control y manejo de cubiertas vegetales en olivar tradicional y aplicable a olivar intensivo; 6. Adaptación de los árboles a los prototipos de recolección y evaluación de la deriva provocada por los equipos de aplicación de agroquímicos. Creación de serie de prueba sobre la adaptación de los árboles a los prototipos de recolección y a la eficiencia en la aplicación de productos agroquímicos.

un máximo de dos soluciones por lote para su contratación, de entre las propuestas elegidas en la etapa anterior, a través del estudio de viabilidad y diseño conceptual, en los términos de presupuesto y duración definidos en el presente pliego».

c) El principio de igualdad

El principio de igualdad de trato de los licitadores es un principio clásico de los contratos públicos, que exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas, y en consecuencia, implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores.

Una variante de dicho principio es el de no discriminación por razón de la nacionalidad entre los operadores económicos. Las entidades adjudicadoras no deberán imponer ninguna condición que suponga una discriminación directa o indirecta frente a los licitadores potenciales de otros Estados miembros, como la obligación de que las empresas interesadas en la compra pre-comercial estén establecidas en el territorio del mismo Estado miembro o de la misma región que la entidad adjudicadora.

d) El principio de confidencialidad y su alcance

Otro de los principios generales de la contratación pública que debe respetarse en la licitación de compras pre-comerciales es el principio de confidencialidad de las proposiciones y la información que presenten quienes concurren a las mismas. Es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información que obtienen en el marco de 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[46]. Como señaló el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 14 de febrero de 2008 (Asunto C-450/06, *VAREC*), 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 adju-

46. Sobre esta cuestión, Vid. M. Razquin Lizarraga *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas* (Unión Europea y España), Iustel, 2013.

dicadoras 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. Los órganos encargados de la tramitación de los procedimientos son quienes deben garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Serán esos órganos los que deban decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva.

Es evidente que este derecho a la confidencialidad puede entrar en concurrencia o contradicción con uno de los derechos vertebradores de la contratación pública, como son el de la transparencia de los procedimientos y el de igualdad de trato a los licitadores, recogidos en el artículo 1 TRLCSP, que se manifiestan tanto en la publicidad de las licitaciones, como en el acceso a aquella información que permita que los licitadores puedan hacer revisar aquellas actuaciones que consideren contrarias a la normativa y a las condiciones de la licitación.

El conflicto de derechos no siempre puede resolverse de manera pacífica. La tensión entre confidencialidad y transparencia alcanza su momento de mas difícil resolución cuando el órgano de contratación debe cumplir la obligación legal de notificar la adjudicación del contrato, facilitando toda la información necesaria para que el licitador pueda interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la misma (artículo 151.4 TRLCSP). Precisamente porque la cuestión no está claramente resuelta y desarrollada en la normativa contractual, surgen dudas, por ejemplo, en relación con el alcance que puede darse a la garantía de confidencialidad, y en concreto si cabe extender la protección de confidencialidad a toda la documentación que integra las propuestas de forma genérica. Tras una primera lectura de los preceptos aplicables –artículos 6 y 41 de la Directiva 2004/18/ CE y 140 y 153 TRLCSP–, podría concluirse que los licitadores gozan de total libertad para declarar los aspectos que consideran confidenciales de sus proposiciones, a excepción de la oferta económica que se da a conocer en acto público, y que esta declaración debería ser respetada por el órgano de contratación. La normativa prevé, incluso, (artículos 35.4 y 41.3 de la Directiva

y 153 TRLCSP) la posibilidad de que el órgano de contratación atribuya el carácter de confidencial a aspectos no indicados por los licitadores cuando, a su juicio, tal información pueda perjudicar los intereses comerciales legítimos de aquel, o a la leal competencia que ha de regir las relaciones entre las empresas licitadoras.

Sin embargo, como bien apunta A. Beltrán Gómez, la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de las proposiciones[47]. Hay que recordar que el propio artículo 140.1 TRLCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha llegado a señalar (entre otras, Resolución núm. 62/2012) que la extensión de la confidencialidad a toda la proposición, podría estar incursa en fraude de ley, en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil, y ello porque el art. 140 TRLCSP, se refiere a la posibilidad de designar como confidenciales «alguno o algunos» de los documentos aportados, sin que resulte admisible extender la confidencialidad a toda la proposición.

Las anteriores consideraciones son perfectamente trasladables al ámbito de las compras públicas pre-comerciales, aunque sería conveniente que los documentos que regulen la licitación, adjudicación y ejecución de las mismas regulasen de la misma manera, o al menos remitiesen a los concretos preceptos de la Directiva o el TRLCSP, esa obligación de confidencialidad y su alcance.

En relación con la protección de la confidencialidad de la información presentada por los participantes en las fases de investigación de la compra pre-comercial, quizás resulta interesante imitar la previsión que, en el marco del procedimiento de asociación para la innovación, prevé el art. 31 de la Directiva 2014/24/UE. Señala al respecto dicho precepto que «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, los poderes adjudicadores no revelarán a los demás participantes los datos confidenciales que les hayan sido comunicados por un candidato o lici-

47. A. I. Beltrán Gómez: «La Confidencialidad de las proposiciones y el ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación. Cuestiones prácticas», Revista de estudios locales. Cunal, Nº. Extra 161, 2013 (Ejemplar dedicado a: Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local / coord. por Jesús Colás Tenas, Silvia Díez Sastre) , págs. 287-306

tador participante en la negociación sin el acuerdo previo de este. Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de información específica». Muy interesante resulta este inciso en el marco de una prestación de servicios de investigación y desarrollo en la que participen varios operadores económicos, y en el que la comunicación de información al resto de operadores en esa fase de investigación puede falsear la competencia en tanto puede proporcionarles ciertas ventajas de cara a la orientación de la investigación o a la obtención de mejores resultados. Por eso contar con una autorización concreta del propietario de la información para su divulgación puede resultar una medida adecuada para garantizar el principio de confidencialidad.

Aunque no se refiere a la fase de licitación, sino a la fase previa de configuración de la compra pre-comercial, podemos señalar como ejemplo de estas autorizaciones las «Declaraciones obligatorias» incluidas en el modelo de propuestas de soluciones innovadoras para los proyectos Innovasaude y H2050 desarollados por el Servicio Gallego de Salud (SERGAS). Puesto que se lanzaba una consulta al mercado para escuchar propuestas en respuesta a una serie de retos lanzados por el propio SERGAS, resultaba necesario utilizar la información proporcionada en esas propuestas para configurar posteriormente la licitación. Por ese motivo, en el modelo de propuesta facilitado por el SERGAS se incluía al final del documento una cláusula que los participantes aceptaban con el siguiente contenido

«*Autorizo al SERGAS al uso de los contenidos de las propuestas. Este uso se limitará exclusivamente a la posible inclusión de los contenidos en el proceso de definición de los subproyectos, que se concretará en los pliegos de los distintos procedimientos de contratación que se tramiten en el marco de los proyectos H2050 e IS, bajo la fórmula de Compra Pública Innnovadora*».

e) Elección de la oferta más ventajosa. En especial, la gestión compartida de la popiedad intelectual e industrial derivada

La presión que sufren los presupuestos públicos como consecuencia de la crisis económica ha hecho que para la adjudicación de los contratos, a menudo, se utilice el criterio de la oferta de menor precio y no el de la más ventajosa desde un punto de vista económico. El propio Parlamento europeo manifestó su preocupación por que tal situación

debilitase la base de innovación y la competitividad a nivel mundial de la UE[48].

En relación con la compra pública innovadora en general, y con la compra pre-comercial en particular, el criterio de adjudicación relativo al precio no debería ser una cuestión determinante, ya que si bien hay que velar por la eficiencia de los fondos públicos, el objetivo último de estas adquisiciones no es ahorrar dinero con ellas.

Un buen ejemplo de esta concepción, implantado en el marco de una compra pre-comercial es el desarrollado por el Servicio Gallego de Salud (SERGAS) en el contrato que tiene por objeto «Servicio de I+D 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[49]». En este caso, aunque los aspectos económicos llegan a representar un 10 por ciento de los puntos en la valoración de las ofertas, el criterio oferta económica (precio) únicamente representa un dos por ciento.

Por otra parte, en la determinación de la oferta más ventajosa en el marco de una compra pre-comercial adquiere una especial trascendencia la gestión compartida de la propiedad intelectual e industrial derivada, hasta el punto que los aspectos relativos a esa gestión compartida pueden tomarse en consideración para la adjudicación de las compras pre-comerciales.

En la compra pre-comercial desarrollada por el Servicio Gallego de Salud (SERGAS) para la adquisición de «Servicio de I+D 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», el Pliego disponía que SERGAS recibiría una contraprestación por los ingresos derivados de la explotación de la solución desarrollada durante el presente contrato. Esos ingresos consistirían en un porcentaje del valor neto de los ingresos de la explotación de la solución desarrollada y/o adaptaciones, que serían como mínimo del 0,1% y hasta un máximo del 20%. Las condiciones finales

48. Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública (2009/2175(INI)).

49. *http://www.sergas.es/Cadmo_Web/DetalleContratacion342010.aspx?IdPaxina=70003&seccion=0&IdExpediente=66255*

del contrato vendrían determinadas por las correspondientes ofertas, al incluirse como criterios de adjudicación, ponderados con hasta con 4 puntos:

a) Porcentaje del valor neto de los ingresos obtenidos por la explotación del resultado del servicio I+D objeto del presente contrato a percibir por el Servicio Gallego de Salud.

b) Cantidad del valor neto de los ingresos obtenidos por la explotación del resultado del servicio I+D objeto del presente contrato a percibir por el Servicio Gallego de Salud[50].

No obstante, se debe ser muy cuidadoso en la configuración de estos criterios relativos a la gestión compartida de los resultados de la investigación si se quieren utilizar como criterio de adjudicación. Continuando con el ejemplo de los «Servicio de I+D 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» licitado por SERGAS, fueron necesarias algunas aclaraciones a lo dispuesto en el Pliego, en respuesta a cuestiones planteadas por empresas interesadas en participar en el procedimiento de compra pre-comercial:

9. Pregunta: «Respecto a la rentabilidad económica que se define en el punto 9.3.13 del pliego: El Servicio Gallego de Salud recibirá una

50. Este concepto se refiere a la cantidad máxima a percibir por el SERGAS. Para la valoración de este criterio de adjudicación se establecía lo siguiente:
Las propuestas que expresamente ofrezcan unos ingresos sin límite cuantitativo al Servicio Gallego de Salud obtendrá 4 puntos.
Las propuestas que ofrezcan al Servicio Gallego de Salud un límite máximo de ingresos superiores a 1.500.763,00 € (cinco veces el importe de licitación con IVA) se puntuará hasta un máximo de 2 puntos utilizando la siguiente fórmula:
Donde:
Vi = puntuación de la propuesta presentada.
POE = puntuación máxima (2 puntos).
Ofav = Cantidad ofertada en la propuesta más favorable que no ofrezca ingresos ilimitados.
Oi = Cantidad ofertada en la propuesta presentada.
Min = Cantidad mínima {1.500.763,00 €)
Las propuestas menores a cinco veces el importe de licitación del Lote IVA incluido (1 .500. 763,00 €) serán excluidas del proceso.
Las propuestas que oferten 1.500.763,00 € serán valoradas con 0 puntos

contraprestación por los ingresos que se deriven de la explotación de la solución desarrollada durante el presente contrato, consistente en un porcentaje del valor neto de los ingresos de la explotación de la solución desarrollada y/o adaptaciones que habrá de ser como mínimo….

La duda que nos plantea es si el Servicio Gallego de Salud recibe un % de los ingresos netos que la empresa contratista reciba o del total que el producto genere con su comercialización»

Respuesta: El Servicio Gallego de Salud recibirá un porcentaje de los ingresos netos que reciba la empresa contratista.

10. Pregunta: «Respecto a la rentabilidad económica que se define en el punto 9.3.13 del pliego, ¿es por tiempo ilimitado?»

Respuesta: La rentabilidad económica definida en la cláusula 9.3.13 del pliego no está limitada en el tiempo. En su caso, el límite vendrá establecido por el límite cuantitativo máximo de ingresos ofertado por el contratista realizar al Servicio Gallego de Salud.

4. LAS AYUDAS DE ESTADO COMO LÍMITE

Por otra parte, en su Comunicación sobre la contratación pre-comercial de 2007, la Comisión puso un especial énfasis en la necesidad de evitar que, al quedar al margen de la normativa sobre contratación pública, planeara sobre la compra pre-comercial la sombra de su consideración como ayudas de Estado incompatibles con el mercado interior. En cuanto provisión de bienes y servicios remunerada por un operador privado a favor de un ente público, la compra pública innovadora en general, y la pre-comercial en particular, se encuentran sometidas a la normativa de competencia. Especial atención merece en este punto, por cuanto se refiere a la tutela del principio de igualdad de los licitadores, la prohibición de ayudas de Estado (prohibición relativa, «salvo que los Tratados dispongan otra cosa») que deriva del art. 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Dicho precepto considera incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. Y en este sentido, cabría considerar como

ayudas de Estado aquellos contratos públicos que reúnan cuatro características: que estén financiados con recursos públicos; que concedan una ventaja económica al adjudicatario; que dicha ventaja se otorgue selectivamente al contratista; que el contrato distorsione o amenace con distorsionar la competencia y produzca efectos en el Mercado Común.

A. López Miño ha señalado que, teóricamente, la mayoría de compras públicas innovadoras reúnen todas las características citadas[51]. Sin embargo, el propio autor aclara después que el más mínimo sentido común impide llegar a una conclusión tan radical, conducente a estimar que un elevado número de las compras públicas innovadoras infringiría el antecitado artículo 107 TFUE. Con base en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la propia Comisión ha establecido la presunción de que la ayuda de Estado no es incompatible con el mercado común cuando el contrato ha sido adjudicado de conformidad con el procedimiento previsto en las Directivas comunitarias, siempre que la retribución del adjudicatario se haya establecido de acuerdo con las condiciones normales del mercado para este tipo de transacciones[52].

51. La financiación pública es un elemento obvio en la contratación de las Administraciones. El negocio proporciona al adjudicatario recursos económicos hábiles para incrementar su carga de negocio o, en circunstancias extremas, contribuir a su supervivencia. El contrato es por naturaleza selectivo, pues el resultado del procedimiento es la adjudicación del negocio a un único licitador. La ventaja competitiva unida a la selectividad supone una alteración de los equilibrios competitivos existentes en el mercado donde opera el adjudicatario. Por último, la incidencia comunitaria se produce cuando la compra alcanza determina- dos umbrales monetarios o afecta a sectores donde el tráfico ordinario tiene alcance supranacional (energía, transportes, sanidad, biociencia, redes de comunicación, etc). A. López Miño: «La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública», en dentro del volumen colectivo dirigido por J. Pernas García (Dir.) *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2013, p. 241.

52. Muy acertada resulta en este sentido la apreciación de A. López Miño: La normativa de contratación pública se convierte en auxiliar del artículo 107 TFUE y ofrece así una doble garantía de inexistencia de ayuda pública: la sujeción a un procedimiento administrativo (de contratación) y la adopción del criterio de remuneración en condiciones de mercado. Uno y otro presentan una naturaleza muy diferente y, por ende, sus condiciones de verificación son dispares. En primer lugar, la tramitación de un procedimiento administrativo que culmina en una resolución de adjudicación es una garantía formal o procedimental del máximo valor. Sin duda alguna, los procedimientos de contratación presentan una ductilidad normativa y de organización suficiente para acreditar su seriedad. Pero de no hacerlo, un sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales, a nivel nacional y co-

Si bien esa presunción de compatibilidad con el mercado común fundada principal –aunque no exclusivamente– en la conformidad con el procedimiento de adjudicación previsto en las Directivas de contratos públicos nos serviría para proteger las adquisiciones de tecnología innovadora, acrecienta sin embargo el riesgo de que se consideren ayudas de Estado incompatibles las compras públicas pre-comerciales, cuyo procedimiento de adjudicación no se encuentra establecido en las Directivas (antes al contrario, esas adquisiciones se encuentran excluidas de su ámbito de aplicación como antes veíamos)[53].

En estas compras pre-comerciales, el juicio de adecuación del procedimiento seguido al establecido en las Directivas de contratos públicos debería ser sustituido entonces por el análisis del cumplimiento de los grandes principios en el marco de ese procedimiento de compra pre-comercial.

Por otra parte, no podemos olvidar que los efectos contrarios a la competencia que pueden derivar de una compra pre-comercial se pueden dar pero normalmente trascienden de la fase de investigación, e incluso pueden llegar a superar una hipotética compra comercial posterior. En este sentido la doctrina apunta a la necesidad de controlar los efectos diferidos de las ayudas públicas durante toda la vida de las tec-

---

munitario, aseguran el respeto a la normativa sectorial. En segundo lugar, la fijación de un presupuesto y la consiguiente remuneración en términos de mercado constituye una garantía sustantiva, pero de solidez mucho menor. Al fin y al cabo, se traduce en el señalamiento de una cifra por el órgano competente, dotado de un margen de discrecionalidad muy amplio y no discutible vía recurso. Así pues, la normativa de contratación pública no se halla en condiciones de garantizar que el precio contractual respete los criterios de mercado y no otorgue al adjudicatario una ventaja económica anticompetitiva. «La contratación precomercial en el Derecho de la Unión Europea: el reparto de riesgos y beneficios y la cuestión de las ayudas de Estado», Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado, núm. 2, junio 2012, pp. 91-92, accesible desde http://revista.jacobea.edu.mx/.

53. Coincide con este análisis A. López Miño para quien el gran peligro de la contratación pre-comercial es precisamente la ausencia de normas jurídicas que disciplinen su desarrollo. Ello acrecienta las posibilidades de imputación de ayudas públicas incompatibles, aprovechando el carácter variable y evanescente de los diferentes protocolos que la desarrollan caso a caso en los diferentes Estados miembros. «La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública», en dentro del volumen colectivo dirigido por J. Pernas García (Dir.) *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2013, p. 243.

nologías generadas o desarrolladas gracias a la compra pre-comercial. A. López Miño advierte no falto de razón que el procedimiento pre-comercial no deja de conformar un sistema de pasos intermedios que culminan en un procedimiento ulterior de contratación pública. Será en éste último en el que las distintas fases –definición de la idea, prototipo, pruebas– se materialicen en el producto final. Es decir, la contratación pre-comercial presenta efectos diferidos. Y también serán diferidos los efectos anticompetitivos de una posible ayuda incompatible con el artículo 107 TFUE otorgada en fase pre-comercial. A diferencia de lo que sucede en la contratación ordinaria, donde los perjuicios de las ayudas públicas se circunscriben a la Administración usuaria, el citado autor concluye que en la pre-comercial su efecto expansivo material y subjetivo dista mucho de ser despreciable[54]. Sobre la base de esa idea podemos considerar aplicables a las compras pre-comerciales las reflexiones que A. Sánchez Graells hacía al comentar el nuevo procedimiento de asociación para la innovación que introduce el art. 31 de la Directiva 2014/24, que incluye igualmente una fase inicial de investigación, pero a diferencia de las compras pre-comerciales, comprende también la adquisición ulterior de los bienes o servicios producto de esa investigación[55]. Señala dicho autor que el efecto anticompetitivo diferido puede aflorar especialmente cuando los productos, servicios u obras desarrollados en la fase de investigación no son adquiridos exclusivamente por el comprador público sino que se ofrecen luego libremente al mercado (lo cual sucederá en la práctica totalidad de las compras pre-comerciales que tengan éxito). En esos casos, el contratista beneficiado por una ayuda de Estado en el momento de la selección de las propuestas para su investigación, por ejemplo por no respetar el procedimiento seguido los principios generales de la contratación pública (efecto anticompetitivo a corto plazo), podría continuar beneficiándose de esa ayuda en un momento posterior (efecto diferido), cuando su solución llegue al mer-

54. «La contratación precomercial en el Derecho de la Unión Europea: el reparto de riesgos y beneficios y la cuestión de las ayudas de Estado», Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado, núm. 2, junio 2012, p. 93, accesible desde http://revista.jacobea.edu.mx/.

55. A. Sánchez Graells: «Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?», Social Sciences Research Network, p. 16, accesible desde *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037768*. (Consultado por última vez el 5 de mayo de 2014).

cado, impidiendo de nuevo el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado de oferentes de soluciones similares. Por esa razón, en tales casos, el elemento temporal puede adquirir un significado particular para el análisis desde el punto de vista del Derecho de la competencia las compras públicas pre-comerciales, ya que los efectos anticompetitivos potenciales se pueden generar en el corto plazo en lo que respecta al desarrollo de las actividades de investigación y desarrollo que caracterizan estas compras, pero también hay espacio para potenciales efectos anticompetitivos diferidos en el mercado de productos o servicios.

IV. CONCLUSIONES

La normativa europea sobre contratación pública recientemente aprobada presenta como una de sus finalidades la de permitir que los compradores públicos utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Aparte de hacia los objetivos sociales o medioambientales, las nuevas Directivas de 2014 apuntan a la innovación como un nuevo objetivo cuya consecución puede lograrse con los contratos públicos: Los compradores públicos deben poder adquirir productos y servicios innovadores que promuevan el crecimiento futuro y mejoren la eficiencia y la calidad de los servicios públicos.

Hace ya tiempo que se acuñó el concepto de «compra pública innovadora», sin que la normativa reguladora de los contratos públicos ofrezca un concepto del mismo, ni determine un régimen jurídico especial para la misma. Se suelen distinguir dos modalidades de compra pública innovadora. Por una parte, la compra pública de tecnología innovadora, y por otra, la compra pública pre-comercial. Desde la Comisión Europea se está potenciando especialmente ésta última a través de varios programas de financiación, en especial el programa Horizonte 2020.

Sin embargo, la compra pública pre-comercial adolece en estos momentos de un régimen jurídico delimitado. Las Directivas de contratación se han limitado por el momento a establecer la exclusión de su ámbito de aplicación de este tipo de negocios jurídicos, y las legislaciones nacionales las han imitado. Surge pues la incógnita de qué régimen debe seguir la adjudicación de esas compras pre-comerciales que tienen por objeto servicios de investigación y desarrollo.

El hecho de que las compras públicas pre-comerciales escapen a la aplicación de las Directivas de contratación pública y la normativa nacional de transposición no es óbice para que los compradores deban respetar los principios que derivan de aquellas. Los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa resultan igualmente de aplicación a estas compras pre-comerciales, por influencia directa del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, en tanto que se trata de actuaciones con trascendencia sobre el Mercado Interior. No obstante, serán los documentos que articulen cada una de las compras singulares los que determinen la forma en que dichos principios se materialicen

En cualquier caso, las medidas que se adopten en la contratación pre-comercial no deben impedir la competencia en la fase de comercialización, ya que en ella son de plena aplicación las Directivas sobre contratación pública y los principios del Tratado en que se fundamentan.

Capítulo 6

Los conflictos de intereses llegan a las Directivas sobre contratación pública

TERESA MEDINA ARNÁIZ
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Burgos

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. III. LOS CONFLICTOS DE INTERESES 1. LA NOCIÓN DE «CONFLICTO DE INTERESES». 2. IDENTIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN LAS QUE PUEDEN SURGIR CONFLICTOS DE INTERESES. IV. LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LA NORMATIVA CONTRACTUAL. 1. EL REGLAMENTO FINANCIERO Y SUS NORMAS DE DESARROLLO. 2. EL ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 3. LA LEY MODELO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 4. LAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN DEL AÑO 2004. V. EL NUEVO MARCO JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea ha adoptado un nuevo paquete legislativo que regula la contratación pública a fin de modernizar y simplificar las normas existentes sobre contratos públicos e incluir en la regulación las concesiones, de manera que exista una única fuente de derecho para la adjudicación de concesiones a escala de la UE. Estas Directivas son:

– 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.

– 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 («sectores clásicos»).
– 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 2014/17/CE («sectores especiales»)[1].

Entre las finalidades perseguidas con la reforma está la de pretender una utilización más eficiente de los fondos públicos y, de esta manera, contribuir a la consecución de los objetivos políticos previstos en la «Estrategia Europa 2020»[2]. En coherencia con ello, las garantías de integridad en los procedimientos de adjudicación responden a la idea de una gestión honesta de los fondos públicos y se incorporan al desafío específico de la lucha contra la corrupción[3]. Así lo indica el *Informe Anticorrupción de la UE 2014*, que aboga por prestar más atención a la lucha contra este fenómeno en todas las políticas europeas y, en especial, en aquellas que comprometen un mayor volumen de recursos y contribuyen a desarrollar la competitividad en la Unión[4]. Las razones para ello son contundentes: en primer lugar, 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, en segundo lugar, porque su infiltración en

1. DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014. Estas Directivas entraron en vigor el 17 de abril de 2014, veinte días después de su publicación en el DOUE.
2. Son las prioridades que se enuncian en la *Estrategia Europa 2020* en la que se define la hoja de ruta para el crecimiento de la Unión Europea en un contexto de crisis económica y financiera, *EU2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final, de 3 de marzo 2010.
3. 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, pág. 30.
4. *EU Anti-Corruption Report,* COM (2014) 38 final, de 3 de febrero de 2014.

la economía legal conlleva la distorsión del funcionamiento del mercado interior[5].

En atención al perjuicio económico –y también social– que provoca la corrupción, el citado *Informe Anticorrupción* plantea, entre otras iniciativas, normas de integridad más rigurosas en el ámbito de la contratación pública y acoge favorablemente algunas de las medidas proyectadas en las entonces Propuestas de Directivas[6]. Es el caso de las consultas preliminares del mercado; los motivos de exclusión obligatorios y voluntarios; las disposiciones sobre la modificación de los contratos durante su vigencia; las obligaciones de seguimiento en la aplicación de las normas de adjudicación de las concesiones y el establecimiento de unas normas mínimas relativas a los conflictos de intereses.

De entre todas ellas, y una vez que ya forman parte del Derecho europeo de la contratación pública, en este trabajo vamos a centrarnos en el estudio de los conflictos de intereses, puesto que es la primera ocasión en que las Directivas sobre contratos públicos adoptan disposiciones específicas para identificar e impedir los conflictos de intereses en las compras públicas.

A través de su estudio queremos contribuir al debate sobre la importancia de este tipo de medidas y de su capacidad real para combatir las «prácticas comerciales ilícitas»[7] en la contratación pública en consonancia con las directrices marcadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y con los instrumentos

5. Son datos ofrecidos por la Comisión en su Comunicación *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3.

6. Estas propuestas recordemos que eran: la Propuesta de Directiva relativa a la contratación pública, COM (2011) 896 final; la Propuesta de Directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, COM (2011) 895 final y la Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, COM (2011) 897 final, todas ellas de fecha 20 de diciembre de 2011.

7. Es la denominación que utiliza la Comisión en su *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, para referirse a los posibles cambios legislativos a incorporar a la normativa contractual para impedir los conflictos de intereses, el favoritismo y la corrupción, COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011, págs. 52 y 53.

internacionales aplicables, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[8].

II. LAS IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La reiteración de escándalos relacionados con la adjudicación de contratos públicos ha puesto de manifiesto que ésta es una de las áreas más fértiles para la proliferación de prácticas irregulares, ya que pocas actividades económicas crean mayores tentaciones y ofrecen más oportunidades a la corrupción que las licitaciones en el sector público[9].

Tanto es así que 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»[10] 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 Directivas sobre contratos públicos,

8. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción entró en vigor en diciembre de 2005, y la UE se adhirió a ella en septiembre de 2008, concretamente en virtud de la Decisión 2008/801/CE del Consejo, de 25 de septiembre (DOUE L 287, de 29 de octubre).
9. Ésta es una opinión compartida por diversos autores, entre los que vamos a destacar Pope, J.: «Public Procurement: Where the Public and Private Sectors Do Business», en la obra colectiva *TI Sourcebook 2000. Confronting Corruption: the Elements of a National Integrity System*, Transparency International, Washington, 2000, págs. 205 – 220; Rivero Ortega, R.: «Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana», en la obra colectiva *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, págs. 109 – 125; Medina Arnáiz, T.: «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario La Ley*, núm. 7382, abril 2010, págs. 1 – 10; Gimeno Feliu, J, Mª.: «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*, núm. 147, julio – septiembre 2010, págs. 517 – 535; Jiménez Franco, E.: «Administración pública y corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad», *Actualidad administrativa*, núm. 5, marzo 2012, págs. 538 – 569.
10. 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).

merced a los «efectos devastadores de la corrupción en términos de inflación de costes, adquisición de equipos innecesarios, inadecuados o de calidad inferior»[11].

Uno de los motivos que explican el avance de estas conductas punibles en este sector se encuentra en el volumen de recursos que mueve la contratación, ya que, la realización de obras, el suministro de bienes y la gestión de servicios que demandan las entidades públicas representan una parte considerable del PIB de un país[12]. Los porcentajes en el volumen de gasto público destinado a la contratación pública constituyen un incentivo para que las empresas, mediante el uso de prácticas irregulares, pretendan obtener posiciones más favorables que sus competidores en este mercado y, asimismo, para que los titulares de los órganos de contratación utilicen su poder de compra en beneficio propio o de terceros[13].

El hecho que la adjudicación venga precondicionada por un acuerdo previo adoptado en función de una dádiva o en atención a ciertos intereses personales espurios, adultera el procedimiento de selección del contratista, ya que se prescinde de la objetividad necesaria en toda adjudicación contractual. Esta falta de objetividad es la que nos lleva a pensar que el contrato no será presumiblemente adjudicado a quien ofrezca la oferta económicamente más ventajosa, sino a quien resulte más hábil a la hora de utilizar estos canales y prácticas corruptas.

---

11. Apartado 58 de su Resolución, de 14 de diciembre de 2011, sobre el impacto de la crisis financiera en el sector de la defensa en los Estados miembros de la UE (DOUE C 168, de 14 de junio de 2013).
12. Según datos aportados por la Comisión, en el año 2011 el porcentaje de gasto destinado a las compras públicas a nivel de la UE se han fijado en un 19 por ciento del PIB, cifrándose en 2.405.890 millones de euros. Véase el Documento de trabajo *Public procurement indicators 2011*, de 5 de diciembre de 2012, *http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/public-procurement-indicators-2011_en.pdf* [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2014].
13. En el Proyecto europeo de sistemas nacionales de integridad (*European National Integrity Systems*, ENIS), cofinanciado por la Comisión y realizado por Transparencia International (2012) abarcando un total de veintitrés Estados miembros de la UE, Noruega y Suiza, se muestran datos que confirman este hecho. Así, señala, por ejemplo, que en la República Checa tres de cada cinco directivos de pequeñas y medianas empresas creen que es imposible conseguir la adjudicación de un contrato público sin que medie algún tipo de soborno, dádiva u otro incentivo.

El resultado es una pérdida de eficiencia en el proceso contractual vía aumento del precio o merma de la calidad. 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 para fines privados, de tal manera que el resultado final de la licitación no garantiza una adecuada relación calidad-precio («*value for money*»)[14].

Una vez apuntadas las nocivas consecuencias que estas prácticas ocasionan en el correcto funcionamiento del mercado público, hemos de centrarnos en identificar los comportamientos utilizados por los corruptos para eludir las normas y los controles. Es indudable que los verdaderos expertos en la corrupción son quienes la practican, por esa razón el análisis de sus acciones contribuirán a concretar las necesarias reformas legales que permitan reconducir esta patología al mostrar las debilidades jurídicas del sistema contractual. Asimismo, y más allá de los cambios en la normativa para evitar un clima de impunidad, el esfuerzo se debe centrar en los instrumentos de carácter preventivo que reduzcan las oportunidades para que los comportamientos corruptos se produzcan.

A tal efecto, resulta útil establecer indicadores concretos a modo de «señales de alarma» que desvelen las irregularidades más frecuentes detectadas en los informes de los órganos fiscalizadores de las cuentas públicas, tanto a nivel nacional como europeo[15]. Estos informes –jun-

14. Medina Arnáiz, T.: «EU Directives as an Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts», en la obra colectiva *International Handbook of Public Procurement*, CRC Press (Francis & Taylor), Boca Raton, págs. 105 - 130. Véase también el estudio elaborado por PRICEwaterhousecoopers y Ecorys *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU – Development of a methodology to estimate the direct costs of corruption and other elements for an EU-evaluation mechanism in the area of anti-corruption*, de 30 de junio de 2013.

15. Baste detenernos, a título de ejemplo, en el *Informe anual de Tribunal de Cuentas europeo relativo al ejercicio 2011* (DOUE C344, 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

to con los estudios de la OCDE sobre las «zonas oscuras» que afectan a la contratación pública– pueden contribuir a garantizar una protección más eficaz del gasto público[16]. Así, observamos como las prácticas irregularidades –sobornos, dádivas, colusiones, uso de influencias, conflictos de intereses– pueden surgir en cualquiera de las fases del procedimiento de adjudicación contractual, pues aunque las posibilidades de corruptelas son más elevadas durante la evaluación de las ofertas de cara a la selección del contratista, los riesgos no se limitan a esa fase contractual.

Existen dos ejemplos ilustrativos en este sentido. Una primera relación de malas prácticas en esta materia la podemos encontrar en la sentencia del Tribunal General de 29 de mayo de 2013, asunto T-384/10, *España/Comisión*[17]. 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 negociados sin la concurrencia de las circunstancias que lo posibilitan; la previsión de un

publicación tardía de los anuncios de adjudicación); deficiencias en los pliegos de condiciones e insuficiencias en la aplicación de criterios de selección y adjudicación.

16. En este sentido, pueden consultarse los estudios de la OCDE *Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z* (*Buenas prácticas para la integridad en la contratación pública «de la A a la Z»)*, OECD Publishing, París, 2007, que también se encuentra publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2009; *Bribery in Public Procurement: Methods, Actors and Counter-Measures,* OECD Publishing, París, 2007 (*El cohecho en las adquisiciones del sector público. Métodos, actores y medidas para combatirlo*), cuya traducción al castellano ha sido realizada por la Secretaría de la Función Pública del Gobierno de México y *Principles of Integrity in Public Procurement,* 2009.

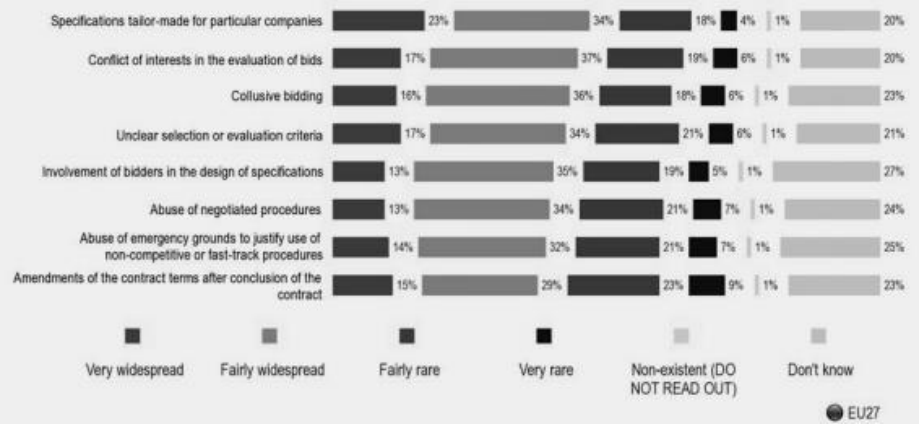
17. Cabe indicarse que esta sentencia se ha recurrido por el Reino de España, recurso de casación interpuesto el 26 de julio de 2013, Asunto C-429/13P.

procedimiento de «preadjudicación» y, finalmente, el establecimiento de un plazo insuficiente para la presentación de las ofertas.

El otro ejemplo proviene de los resultados de la encuesta que muestra la opinión de las empresas acerca del fenómeno de la corrupción en Europa –Flash Eurobarómetro número 374 *Businesses' attitudes towards corruption in the EU* (febrero 2014)–. Sus datos nos confirman que, en general, la corrupción en la contratación pública se percibe muy extendida en los procesos de adjudicación gestionados tanto por las autoridades regionales o locales (60% en la media europea) como por las autoridades nacionales (56% en la media europea). Asimismo, las empresas encuestadas manifestaron que las irregularidades más comunes en los procedimientos de adjudicación contractual, por orden decreciente, eran las siguientes: Especificaciones hechas a medida de empresas concretas (57%); conflicto de intereses en la valoración de las ofertas (54%); ofertas colusorias (52%); criterios de selección o evaluación poco claros (51%); participación de los licitadores en el diseño de las especificaciones (48%); abuso de los procedimientos negociados (47%); abuso de las causas urgentes para justificar el uso de procedimientos no competitivos (46%) y modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración del contrato (44%).

Gráfico 1.Las irregularidades en la contratación pública

Porcentajes de respuestas a la pregunta: ¿Y cómo de extendidas cree que están las siguientes prácticas en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en (su país)?



Fuente: Flash Eurobarómetro número 374 *Businesses' attitudes towards corruption in the EU*, pág. 60 *http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_374_en.pdf* [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2014].

Todos estos supuestos ilustran factores de riesgo en los procedimientos de contratación que se materializan a partir de una serie de actuaciones de distinta naturaleza que, o bien suponen un incumplimiento de la normativa o bien la inobservancia de los principios generales de la contratación, pero que, en cualquier caso, implican la adopción por parte de los servidores públicos de decisiones que se desvían del objetivo propio de la actuación administrativa que no debiera ser otro que el interés general.

Ante estas manifestaciones de irregularidades en las adquisiciones del sector público, el ordenamiento jurídico responde con distintas medidas tanto para prevenir como para sancionar dichas conductas. El protagonismo en los mecanismos de respuestas se ha concedido a los derechos nacionales mediante la tipificación como delitos de aquellas conductas que suponen una desviación de los intereses públicos por afectar al correcto funcionamiento de las Administraciones: prevaricación, revelación de secretos, información privilegiada, cohecho, tráfico de influencias, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios públicos[18].

No obstante, ante la insuficiencia del Derecho penal para afrontar en exclusiva estas conductas, y, sin perjuicio de lo dispuesto en las normativas de cada Estado miembro[19], resulta fundamental dirigir las actuaciones de la Unión en la adopción de medidas que incrementen la transparencia y que mejoren los sistemas de supervisión y control a lo largo de todas las fases de contratación, y no únicamente en la fase de selección del contratista.

---

18. 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.

19. Debemos recordar que el Tratado de Lisboa posibilita la actuación de un *ius puniendi* europeo a partir de la armonización legislativa prevista en los artículos 83 y 86 del del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en relación con el artículo 325 en lo que concierne a la protección de los intereses financieros de la Unión.

En esta línea de actuación parece encontrarse el nuevo marco normativo de los contratos públicos que, por una parte, ya no se centra en la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos –el cambio en la denominación de las Directivas así lo corrobora– y que aborda cuestiones importantes que hasta ahora no habían sido tratadas por las Directivas sobre contratación pública, como es la de los conflictos de intereses.

III. LOS CONFLICTOS DE INTERESES

En el marco de lucha contra la corrupción, se han abordado los conflictos de intereses como una de las áreas en las que reforzar los mecanismos de acción con el fin de detectar, evitar y, en su caso, eliminar las situaciones que pudieran comprometer el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones públicas.

De esta manera, la preocupación por los conflictos de intereses ha ido en paralelo con el creciente interés internacional en el establecimiento de medidas contra la corrupción, puesto que la atención sobre esta materia se vincula a ciertos comportamientos corruptos[20]. Es así que, tanto las Directrices de la OCDE como la propia Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, constituyen algunos de los instrumentos de referencia para formular y aplicar una política global en

20. A juicio de García Mexía, los comportamientos que derivan en conflictos de intereses son una manifestación *atenuada* de corrupción, García Mexía, P.: *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pág. 34. En opinión de la OCDE manifestada en sus *Directrices para la gestión de conflictos de intereses en el servicio público* (*Managing Conflict of Interests in the Public Service. OECD Guidelines and Country experiences,* 2003), un conflicto de intereses no es considerado *ipso facto* un acto de corrupción, pero existe la creencia de que si los conflictos entre los intereses privados y públicos de los empleados públicos no se manejan adecuadamente, pueden convertirse en corrupción. En opinión de Rose-Ackerman, dentro del concepto de conflicto de intereses, la corrupción y el fraude forman un subconjunto cuando los beneficios para el funcionario son financieros, en Rose-Ackerman, S.: «Corruption and Conflicts of Interest, en la obra colectiva *Corruption and Conflicts of Interest». A Comparative Law Approach*, Edward Elgar Publishing, United Kingdom, 2014, págs. 3 - 11. Cerrillo I Martínez sostiene 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», en *El principio de integridad en la contratación pública*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 30.

materia de conflicto de intereses desde el establecimiento de principios, valores y estándares éticos «*destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses*» (artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción)[21].

Para cumplir con estos estándares, debe partirse de una definición que esboce los rasgos generales de las situaciones de conflictos de intereses susceptibles de poner en riesgo la objetividad en la actuación pública, para así articular los mecanismos que eviten la aparición del conflicto o, en el caso de aparecer, atemperen sus efectos.

1. LA NOCIÓN DE «CONFLICTO DE INTERESES»

Algunas de las disposiciones que regulan las normas de conducta de los cargos o funcionarios públicos, nos ofrecen distintas definiciones de conflictos de intereses desde el respeto a los deberes de objetividad e imparcialidad y la observancia del principio de buena administración[22].

Una de las primeras normas procede del Consejo de Europa, y más concretamente, de la *Recomendación R (2000) 10*, adoptada por su Comité de Ministros, el 11 de mayo de 2000, sobre los códigos de conducta para los agentes públicos. Esta Recomendación recoge como anexo un detallado modelo de código de conducta y, en su artículo 13.1, señala que: «*un conflicto de intereses surge de una situación en la cual el funcionario*

21. 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).

22. Por ejemplo, el *Código Europeo de Buena Conducta Administrativa*, aun sin ofrecernos un concepto de conflicto de intereses, concreta alguno de los deberes de buena conducta y así señala que: «El personal actuará siempre con objetividad e imparcialidad, en pos del interés comunitario y del bien común. Actuará independientemente dentro del marco de la política fijada por la Comisión y su conducta nunca se guiará por el interés personal o nacional ni la presión política». Anexo que se adjunta al Reglamento interno de la Comisión, modificado por la Decisión de la Comisión 2000/633/CE, CECA, Euratom, de 17 de octubre de 2000 (DOCE L 267, de 20 de octubre de 2000).

público tiene un interés privado que influye, o parece influir, en el desempeño imparcial y objetivo de sus deberes oficiales» (traducción propia)[23].

Las Directrices de la OCDE sobre esta materia definen el conflicto de intereses como «*un conflicto entre la misión pública y los intereses privados de un empleado* público, *cuando* éste *tiene intereses a título privado que podrían afectar a la forma en que cumple con sus obligaciones y responsabilidades*»[24].

Es así que, en el ámbito de la actuación administrativa, debe entenderse que existe un conflicto de intereses cuando concurren en un cargo o funcionario público dos intereses contrapuestos: uno de carácter público –en cuya defensa se ha de ejercitar la función pública– y otro de carácter privado que impide o puede impedir el estricto cumplimiento de sus deberes y que compromete o puede comprometer su imparcialidad. De esta manera, el conflicto puede ser «real» si efectivamente se produce, o «aparente» y/o «potencial» si son susceptibles de convertirse en conflictos reales si llegan a darse ciertas circunstancias.

El Tribunal de Cuentas Europeo se hace eco de esta diferenciación y entiende que un conflicto de intereses es «real» cuando los intereses privados de un empleado público «podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales»; que un conflicto de intereses es «aparente» cuando los intereses privados de un empleado público son susceptibles de influir indebidamente en el ejercicio actual de sus obligaciones, pero este no es el caso real; y que un conflicto de intereses potencial es la situación en la que «un empleado público tiene intereses privados de naturaleza tal que darían lugar a que se presentara un conflicto de intereses si tuviera que asumir en el futuro determinadas responsabilidades oficiales incompatibles»[25].

---

23. *http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec(2000)10_EN.pdf* [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2014].
24. OECD. *La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005, págs. 16 y 57.
25. Así lo recoge el glosario de términos del Informe Especial del Tribunal de Cuentas núm. 15/2012, *Gestión de los conflictos de intereses en varias agencias de la UE seleccionadas.*

Más centrados en el ámbito contractual, la Comisión en su *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE* (2011) adoptó una noción de conflicto de intereses caracterizada por una «situación en la que las personas participantes en la decisión de adjudicación de un contrato tienen obligaciones profesionales o personales o intereses personales o económicos contrapuestos que podrían hacer que les resultase difícil cumplir con su deber justa e imparcialmente, o en la que una persona está en condiciones de influir en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador para favorecer sus propios intereses»[26].

El conflicto de intereses en la contratación pública supone la vulneración de uno de sus principios básicos cual es el de igualdad. 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 involuntariamente, es constitutiva de una situación de conflicto de intereses[27]. A este respecto, y tal como ya hemos manifestado, el conflicto de intereses quiebra la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre los operadores económicos que participan en el procedimiento contractual, de tal manera que, para que la imparcialidad quedase garantizada sería preciso, en primer lugar, determinar las situaciones que pueden comportar el riesgo de menoscabar la objetividad en el proce-

26. *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, COM (2011) 15 final, de 25 de enero de 2011, pág. 53. Recordemos que la Comisión en su *Libro Verde* señalaba que la prevención de estos conflictos ayudaría a asegurar la integridad en los procedimientos de adjudicación contractual, puesto que localizar y resolver los conflictos de intereses es clave para prevenir el fraude. Ante la posibilidad de incluir un artículo en las Propuestas de Directivas referido a los conflictos de intereses, la Comisión planteaba las siguientes preguntas: «¿Estaría a favor de introducir una definición de la UE del conflicto de intereses en la contratación pública? y ¿Qué actividades o situaciones que contengan un riesgo potencial deberían estar contempladas (relaciones personales, intereses empresariales, como la participación en el capital, incompatibilidades con actividades externas, etc.)?».

27. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C21/03 y C34/03, Rec. p. I1559, apartados 29 y 30, y las sentencias del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, *AFCon Management Consultants y otros/Comisión*, T160/03, Rec. p. II981, apartado 74 y de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy*, T-415/10, apartado 114.

so de selección del contratista y, seguidamente, establecer mecanismos para su prevención.

Es por ello que, más allá de una definición operativa de conflicto de intereses, lo que interesa es identificar las circunstancias –o los intereses privados y/o personales– que, de confluir en aquellas personas que participan en la toma de decisiones, pudieran provocar un conflicto de intereses.

2. IDENTIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN LAS QUE PUEDEN SURGIR CONFLICTOS DE INTERESES

La mera existencia de un conflicto entre intereses públicos e intereses privados en el ejercicio de una función pública pone en riesgo la necesaria imparcialidad de la actuación administrativa, puesto que, «un conflicto de intereses constituye en sí mismo y de forma objetiva una disfunción grave, sin que sea preciso tener en cuenta, para su calificación, las intenciones de los interesados y su buena o mala fe, ni demostrar que haya causado un perjuicio material cuantificable»[28].

Ahora bien, el establecimiento de medidas adecuadas para evitar las influencias perniciosas en la actuación pública requiere, en primer lugar, delimitar los factores que pueden provocar una situación de conflicto de intereses y, en segundo lugar, que esos conflictos se concreten respecto de personas específicas y situaciones concretas.

Así, por ejemplo, la ya citada *Recomendación R (2000) 10* del Consejo de Europa, consagra una noción amplia del interés privado y personal que ocasiona el conflicto englobando «*cualquier ventaja para sí mismo/a o a favor de su familia, parientes, amigos y personas cercanas, o de personas u organizaciones con las que tenga o haya tenido relaciones de negocios o políticas. Engloba igualmente toda obligación financiera, o civil a la que el agente público esté sujeto*» (traducción propia) (artículo 13.2).

Las Líneas directrices de la OCDE recomiendan que toda política sobre conflictos de intereses tenga en cuenta el riesgo específico asocia-

28. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 1999, *Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas,* T-277/97, Rec. p. II-1825, apartado 123, confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2001, C315/99 P, Rec. p. I5281, apartados 44 a 48.

do a determinadas categorías de personas y que, además de un interés personal directo, se preste también atención a los intereses derivados de sus vínculos afectivos y familiares, de sus afinidades políticas, nacionales y de afiliación. Entiende que los intereses privados no se limitan a aquellos de contenido exclusivamente económico e incluso, enlaza con los casos de «puerta giratoria» cuando los funcionarios y cargos dejan el servicio público, pero aprovechan su saber y conocimiento para favorecer a los grupos privados a los que se incorporan[29].

Por ello, y atendiendo a estas directrices, los intereses privados que colisionan con el interés público no debiera 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[30]; y, en el ámbito contractual, como seguidamente trataremos, cualquier situación que pueda poner en peligro la ejecución imparcial y objetiva del contrato.

IV. LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LA NORMATIVA CONTRACTUAL

En la Unión Europea no existe un marco regulador completo respecto de los conflictos de intereses, si bien determinadas disposiciones vinculadas a la ética profesional, códigos de buenas prácticas y normas de conducta exigen que se apliquen mecanismos preventivos que aborden los conflictos de intereses en orden a preservar la independencia, objetividad e imparcialidad en la gestión pública.

Así, por ejemplo, el Estatuto de los funcionarios de la Unión Europea establece obligaciones generales que son aplicables a todos sus funcionarios y que se refieren a la realización de las tareas que les sean encomendadas con objetividad, imparcialidad y lealtad hacia la UE (artículo 11). Se establece igualmente que, en el ejercicio de sus funciones, «el funcionario no tramitará ningún asunto en el que tenga, directa o indirectamente, intereses personales, en particular familiares

29. OECD. *La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público. Líneas directrices de la OCDE y experiencias nacionales*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005, págs. 18 y 29; OECD. *Post-Public Employment. Good Practices for preventing Conflict of Interest*, OECD, Paris, 2010.

30. Es una opinión compartida con Cerrillo I Martínez, A.: *El principio de integridad (…), op. cit.*, pág. 33.

o financieros, que puedan menoscabar su independencia» (artículo 11 bis)[31].

La garantía de objetividad ha propiciado también la existencia de normas que regulan los conflictos de intereses en el ámbito contractual para hacer frente a los riesgos de favoritismos por parte del poder adjudicador. No en vano, y con arreglo a los datos presentados en el ya citado Flash Eurobarómetro, una de las irregularidades más mencionadas por las empresas en los procedimientos de adjudicación es la existencia de conflictos de intereses en el momento de la valoración de las ofertas[32].

En las licitaciones públicas, las situaciones de conflicto de intereses pueden surgir en las distintas etapas del proceso de licitación cuando las decisiones o acciones del personal del órgano de contratación están influenciadas por intereses privados[33]. Implica, por tanto, a quienes tienen capacidad de intervención en el procedimiento de adjudicación y trata de evitar que los funcionarios y/o autoridades que tienen facultades decisorias aprovechen su condición para beneficiar, directa o indirectamente, intereses particulares en detrimento de los intereses generales implícitos en los procedimientos de adjudicación.

La adopción de cautelas que eviten que los intereses privados prevalezcan sobre los públicos –poniendo con ello en entredicho la objetividad de la función pública– no es, por tanto, completamente novedosa, pues si bien es cierto que hasta la regulación actual los conflictos de in-

31. Reglamento núm. 31 (CEE) núm. 11 (CEEA), por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOCE P 45, de 14 de junio de 1962), modificado últimamente por parte del Reglamento (UE, Euratom) 1023/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013.

32. Según los datos detallados por Estados miembros, las empresas griegas y españolas son las que más creen que los conflictos de intereses están generalizados en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (un 87% y 79% respectivamente). En el otro extremo, las empresas danesas (un 21%) y las finlandesas (un 25%) opinan que sea una práctica generalizada. Véase, el Flash Eurobarómetro *Businesses' attitudes towards corruption in the EU*, pág. 63.

33. Cabe indicarse que estos hechos describen la conducta propia de los delitos de fraude y negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos de los artículos 436 y 439 del Código penal español.

tereses no han tenido entidad propia en las Directivas de la Unión, éstos no han estado completamente al margen de la normativa contractual, ni en el marco europeo, ni en el marco internacional.

1. EL REGLAMENTO FINANCIERO Y SUS NORMAS DE DESARROLLO

Las normas financieras siempre han mostrado un especial interés en proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal, bajo el objetivo de salvaguardar los fondos públicos y garantizar una buena gestión financiera.

Por ello, los organismos de la Unión están obligados a adoptar normas relativas a la prevención y gestión de los conflictos de intereses. De esta manera, en el marco de las normas sobre contratación pública incluidas en la regulación sobre gestión financiera y presupuestaria aplicable a los contratos adjudicados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión[34], hemos de destacar la consagración de una causa de prohibición de contratar por la existencia de este tipo de conflictos[35].

Así, el Reglamento Financiero desde su redacción del año 2002 preveía –y anticipándose, por tanto, a la regulación contenida en las Directivas sobre contratación pública– que «con el fin de prevenir las irregularidades, luchar contra el fraude y la corrupción y fomentar una gestión saneada y eficaz, debe excluirse de la adjudicación de contratos

34. Desde el 1 de enero de 2013 se encuentran en vigor el Reglamento (UE, Euratom) 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) y el Reglamento Delegado (UE) 1268/2012 de la Comisión, de 29 de octubre de 2012, sobre sus normas de desarrollo (DOUE L 362, de 31 de diciembre). Desde el 1 de enero de 2014, también resulta aplicable el Reglamento Delegado (UE) 1271/2013 de la Comisión, de 30 de septiembre de 2013, relativo al Reglamento Financiero marco de los organismos a que se refiere el artículo 208 del Reglamento (UE, Euratom) 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 328, de 7 de diciembre de 2013).

35. Así lo indicábamos en nuestro trabajo «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 la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2012*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), págs. 188 a 190.

a aquellos candidatos o licitadores que hayan sido declarados culpables de tales actos o que se hallen en una situación de conflicto de intereses» (considerando vigésimo quinto del derogado Reglamento Financiero 1605/2002).

En el momento actual y con idéntica finalidad preventiva, los artículos 106 y 107 del vigente Reglamento (UE, Euratom) 966/2012 determinan, respectivamente, los criterios de exclusión aplicables a la participación en procedimientos de contratación pública y los supuestos de exclusión aplicables durante el procedimiento de adjudicación. Sus disposiciones, más allá del momento procedimental en el que son aplicables, resultaban novedosas respecto de la regulación contractual de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE ya que, expresamente obligan a excluir de la adjudicación de contratos a aquellos candidatos o licitadores que, durante el procedimiento de contratación, se encuentren incursos en una situación de conflicto de intereses (artículo 107.1.a) del Reglamento 966/2012): «*Quedarán excluidos de la adjudicación de un contrato aquellos candidatos o licitadores que, durante el procedimiento de contratación correspondiente a ese contrato: se hallen en una situación de conflicto de intereses*».

De conformidad con el artículo 57.2 de este mismo Reglamento, existirá conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de los agentes financieros y personas implicadas en la ejecución y gestión, incluidos los actos preparatorios al respecto, la auditoría o el control del presupuesto, «se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo de comunidad de intereses con el beneficiario».

No obstante, insistimos en que, a pesar de su regulación en el Reglamento Financiero como obligación para las instituciones de la Unión, los conflictos de intereses no se mencionaban en las Directivas sobre contratación del año 2004, ni eran abordados en la regulación contractual de todos los Estados miembros[36].

36. Tátrai, T.: «Ethical public procurement», *ERA Forum*, vol. 14, June 2013, pág. 64.

2. EL ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) es un acuerdo internacional jurídicamente vinculante sobre el acceso a los mercados de contratación pública, del cual son Partes algunos miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC)[37]. Este tratado plurilateral, negociado de forma paralela a la Ronda de Uruguay en 1994, entró en vigor el 1 de enero de 1996, aunque ha sido modificado recientemente, y el Protocolo de modificación está en vigor desde el 6 de abril de 2014[38].

El objetivo del ACP es establecer un marco multilateral de derechos y obligaciones en materia de contratación pública, con el objetivo de conseguir la liberalización y la expansión del comercio mundial. En su Preámbulo ya destaca «la importancia de disponer de medidas transparentes en materia de contratación pública, de llevar a cabo las contrataciones de forma transparente e imparcial y de evitar conflictos de intereses».

En el texto conmina a las entidades contratantes de los Estados signatarios del Acuerdo que lleven a cabo sus compras de bienes y servicios –que superen ciertos umbrales económicos– de manera transparente e imparcial evitando los conflictos de intereses e impidiendo prácticas corruptas (artículo IV.4).

3. LA LEY MODELO SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966, cumple con el mandato de promover la armonización y la unificación progresiva del Derecho mercantil internacional mediante la preparación y la adopción de instrumentos

37. La Unión Europea está obligada por él en virtud de la Decisión 94/800/CE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986- 1994) (DOCE L 336, de 23 de diciembre de 1994). Sobre este Acuerdo, véase el trabajo del profesor Moreno Molina publicado en este mismo volumen del Observatorio.

38. Decisión 2014/115/EU del Consejo, de 2 de diciembre de 2013, relativa a la celebración del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (DOUE L 68, de 7 de marzo de 2014).

legislativos –y no legislativos– en diversos temas clave del Derecho con el fin de eliminar los obstáculos que pudieran afectar al comercio internacional como consecuencia de las disparidades entre las legislaciones nacionales.

La conveniencia de plantear un modelo legislativo en el ámbito de las adquisiciones públicas se hizo efectiva con la aprobación, en el año 1993, de la denominada Ley Modelo sobre la contratación pública de bienes y de obras, y al año siguiente la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios y la Guía para su incorporación al derecho interno[39].

La finalidad de la Ley Modelo consiste en servir de pauta de actuación a los Estados para que reformen y modernicen el contenido de su normativa contractual o bien establezcan un régimen legal sobre esta materia en caso de no disponer de uno propio. En consecuencia, el texto de la CNUDMI es concebido como un instrumento destinado a sentar unas bases uniformes en el ámbito de los contratos públicos, pero sin que sea vinculante para los Estados, ya que se trata únicamente de un modelo susceptible de inspirar las legislaciones nacionales, sin que exista la obligación de integrarla en sus ordenamientos.

En el momento actual está en vigor la Ley Modelo sobre la contratación pública de 2011. Entre sus objetivos se encuentra «alcanzar una máxima economía y eficiencia en la contratación pública», y para cumplirlo, el texto promueve la rectitud y la equidad en el proceso de contratación desde la objetividad, la competencia entre proveedores y la transparencia.

Varias de las disposiciones de esta Ley tratan de asegurar la objetividad y la igualdad de trato de todos los interesados en la contratación, y entre ellas, por lo que a este trabajo interesa, vamos a destacar dos: En primer lugar, la exclusión del procedimiento de contratación de un

39. El texto de estas Leyes Modelo se encuentra en la página web de la CNUDMI *http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html* [Fecha de consulta: 18 de agosto de 2014]. En la Guía que acompaña a las Leyes se ofrece información acerca de los antecedentes y demás explicaciones para orientar a los gobiernos y legisladores en la utilización del texto con el fin de ajustarlo a las necesidades de cada país, puesto que éstas varían en función de cada ordenamiento jurídico.

licitador o candidato «por gozar de alguna *ventaja competitiva desleal o por haber surgido algún conflicto de intereses*» (artículo 21); y en segundo lugar, el requerimiento de un código de conducta para funcionarios o empleados de las entidades adjudicadoras, que regulará la prevención de conflictos de interés en la contratación pública (artículo 26).

Por tanto, se deberá determinar si existe o no un hecho que justifique la exclusión del operador económico interesado en el procedimiento de contratación por tener alguna ventaja competitiva desleal o por protagonizar un conflicto de intereses. Sin embargo, la Ley Modelo no ofrece, ni exige a los Estados, una definición de conflicto de intereses, si bien aconseja presentar ejemplos de lo que constituye y no constituye una práctica prevista en estos artículos.

Por lo que respecta a la promulgación de un código de conducta, éste encuentra fundamento en impedir conductas que puedan comprometer la imparcialidad o independencia de los funcionarios encargados de los procedimientos de adjudicación contractual y se indica que «preverá medidas para reglamentar las declaraciones exigibles a ese respecto del personal de la contratación acerca de todo contrato adjudicable, como las declaraciones de interés en determinadas contrataciones, los procedimientos de selección y los requisitos de capacitación de ese personal».

4. LAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA DEL AÑO 2004

Desde el año 2004 hasta abril de 2014 en la UE existía un marco regulador de la contratación pública compuesto, principalmente, por dos Directivas: la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales («sectores especiales») y la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios («sectores clásicos»)[40].

40. Para completar su regulación debiera ultimarse con las disposiciones recogidas en las Directivas en materia de recursos y con la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre los procedimientos de

El objetivo inmediato de estas Directivas era la coordinación de los procedimientos de adjudicación para favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores comprendidos en sus respectivos ámbitos de aplicación[41]; no obstante, las obligaciones recogidas en su articulado contribuían también a la consecución de otros objetivos, entre los que podemos destacar la lucha contra la corrupción.

De esta manera, para prevenir y combatir el fenómeno de la corrupción en las adquisiciones públicas, las citadas Directivas contemplaban dos tipos de medidas. Las primeras, de carácter general, aludían al propio sistema contractual presidido por los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato. Las segundas, que podríamos denominar de carácter específico, se dirigían a promover la probidad entre aquellos operadores económicos que pretendían llegar a ser contratistas pues, trataban de evitar la adjudicación de contratos públicos a aquellos operadores que hubieran sido declarados culpables por corrupción (considerando cuadragésimo tercero de la Directiva 2004/18/CE y considerando quincuagésimo cuarto de la Directiva 2004/17/CE)[42].

---

adjudicación contractual en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (DOUE L 216, de 20 de agosto de 2009).

41. Recordemos que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objetivo principal de las normas del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros en los ámbitos de ejecución de obras, suministro de productos y prestación de servicios, lo cual implica la obligación de todo entidad adjudicadora de aplicar las normas pertinentes del Derecho de la Unión cuando se cumplan los requisitos establecidos por éste (STJUE de 8 de mayo de 2014, *Datenlotsen Informationssysteme*, C-15/13, apartado 22).

42. Hasta la redacción de la Directiva 2004/18/CE no se incorpora el término corrupción a la legislación contractual, si bien, la posibilidad de excluir a un licitador o candidato de un procedimiento de adjudicación ya se preveía desde la desde la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al tratar las prohibiciones por «cualquier delito que afecte a su moralidad profesional». Véase, Williams, S.: «The mandatory exclusions for corruption in the new EC Procurement Directives», *European Law Review*, vol. 31 (5) October 2006, págs. 711 – 734; Medina Arnáiz, T.: «EU Directives as an Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts», en la obra colectiva *International Handbook of Public Procurement*, CRC Press (Francis & Taylor), Boca Raton, 2008, págs. 105 – 130 y Williams-Elegbe, S.: *Fighting corruption in public*

Estas Directivas, sin embargo, no mencionan explícitamente los conflictos de intereses, ni proporcionan directrices sobre cómo deben actuar los poderes adjudicadores ante el riesgo de un conflicto, más allá de la exigencia de actuar conforme a los principios generales de la contratación para garantizar una competencia efectiva y no falseada en las licitaciones.

Diez años después –y tras la aprobación de la «cuarta generación» de Directivas sobre contratación pública[43]– la integridad vuelve a aparecer como uno de los elementos fundamentales en las compras públicas y, además de mantener las medidas antedichas, se ha incorporado al texto una referencia expresa a los conflictos de intereses con el propósito de «evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores».

V. EL NUEVO MARCO JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como se acaba de exponer, y desde el respeto al principio de subsidiariedad, las nuevas Directivas sí recogen disposiciones específicas sobre los conflictos de intereses que pretenden proscribir determinadas posiciones de influencia sobre el procedimiento de adjudicación ante el riesgo de falseamiento de la competencia en el proceso de selección del contratista. Así pues, el considerando decimosexto de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública («sectores clásicos»), el vigésimo sexto de la Directiva 2014/25/UE («sectores especiales») y el sexagésimo primero de la Directiva 2014/23/UE («contratos de concesión») precisan que los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios y procedimientos que el Derecho nacional ponga a su dispo-

---

procurement: A comparative analysis of disqualification measures, Hart Publishing, Oxford, 2012.

43. Gimeno Feliú, J. Mª.: «Las nuevas Directivas – cuarta generación – en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *REDA* núm. 159, julio – septiembre 2013, págs. 39 – 106, especialmente pág. 68 a 74 y Moreno Molina, J.A.: «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2012*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 115 – 163.

sición para evitar distorsiones en los procedimientos de contratación derivadas de conflictos de intereses.

De lo dicho se desprende que la responsabilidad de adoptar medidas para prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses que puedan surgir en la licitación incumbe principalmente a los Estados miembros. En este sentido, el legislador de la Unión reconoce a los Estados miembros la capacidad de determinar en su Derecho nacional los mecanismos para evitar y resolver los conflictos de intereses.

Sin embargo, la actuación a nivel de la UE aporta un valor añadido en esta materia, ya que la acción de los Estados miembros, por sí mismos, no permite asegurar una definición común comprensiva de las situaciones que conducen a un conflicto de intereses en el procedimiento de contratación[44]. Es así que sus elementos comunes se perfilan en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública («sectores clásicos»), en el artículo 42 de la Directiva sobre contratación en los sectores especiales y en el artículo 35 de la Directiva sobre concesiones.

Estos artículos incorporan al texto de las Directivas el concepto de conflicto de intereses e instauran una regulación de mínimos, puesto que se prevé que la normativa nacional que transponga estas disposiciones contemple, al menos, «(…) *cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador /entidad adjudicadora/ 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 particular/personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación*».

Del nuevo marco normativo debemos destacar cuatro aspectos:

– Desde esta regulación de mínimos, delimita la categoría de personas que se hallan expuestas a un conflicto de intereses. Estos

44. Recordemos que según dispone el artículo 4 del TFUE, la acción de la UE en relación con la plena realización del mercado interior debe evaluarse a la luz del principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5, apartado 3, del Tratado de la UE, en virtud del cual la Unión sólo debe intervenir en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros.

sujetos son: (i) los miembros del personal de un poder adjudicador, (ii) los miembros del personal de una entidad adjudicadora, (iii) los miembros del personal de un proveedor de servicios que actúa en nombre del poder adjudicador y que se refiere a los organismos públicos o privados que proponen actividades de compra auxiliares en el mercado[45].

- El concepto de conflicto de intereses tiene un carácter objetivo y se requiere, para caracterizarlo, hacer abstracción de las intenciones de las personas a las que se refiere. No se exige, por tanto, un «abuso de cargo o posición», tan sólo que los sujetos se encuentren en situación de intervenir en el procedimiento o influir en él, puesto que las acciones de estos sujetos susceptibles de incurrir en un conflicto de intereses se concreta sobre los términos «actuar», «participar» e «influir» en el procedimiento de contratación.
- No se requiere que el conflicto sea «real» en cuanto que el interés particular influya *de facto* en el desempeño de la actividad pública, sino que pueda ser «percibido» como comprometedor de la objetividad, la imparcialidad y la independencia requerida en el procedimiento de contratación[46]. Es decir, aunque en principio, un conflicto de intereses únicamente puede concretarse durante la ejecución del contrato, deben adoptarse medidas para disipar las dudas sobre la corrección de la actuación administrativa con anterioridad a la adjudicación. En este sentido, las nuevas Directivas hacen hincapié en que, siendo los Estados miembros los competentes para adoptar las medidas que garanticen la igualdad de trato de los licitadores y candidatos, la identificación de las situaciones de conflicto deben atender al riesgo de parcialidad.

45. Es la definición de «proveedor de servicios de contratación» que nos ofrece el artículo 2, apartado primero, numeral 17 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.
46. La Propuesta de Directiva sobre contratación pública, COM (2011) 896 final, y la Propuesta de Directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores especiales, COM (2011) 895 final, se referían a situaciones de «conflicto de intereses reales, posibles o percibidos».

– Los intereses que pueden comprometer la ejecución imparcial de las funciones públicas pueden ser directos o indirectos; esto es, referidas a la obtención de ventajas para uno mismo (directas) o para terceros (indirectas). En todo caso, comprende intereses financieros, económicos o particulares de cualquier otra índole, de tal manera que la obtención de esos beneficios privados influyen indebidamente en las decisiones de compra pública. Al no limitar la relación de intereses particulares, tal conflicto de intereses podría plantearse como consecuencia de afinidades políticas o nacionales, de vínculos familiares o afectivos o por meros intereses compartidos.

La nueva regulación ha mejorado el marco normativo en cuanto que resulta positivo el intento de lograr una aproximación conceptual de qué se entiende por conflicto de intereses en relación a la contratación pública.

Ahora bien, hemos de señalar que a diferencia de lo que sí se recogía en las Propuestas de Directivas, estos artículos no precisan que se entiende por «intereses particulares o personales»[47], tampoco plantean soluciones orientadas a evitar la aparición del conflicto de intereses, no resuelven los conflictos de intereses que se puedan presentar, ni adoptan medidas correctoras «*que podrán consistir en la denegación de la participación del miembro del personal en cuestión en el procedimiento de contratación afectado o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades*»[48]. Asimismo, procede precisar que tampoco se aborda un sistema de notificación y denuncia de irregularidades (mecanismo *whistleblower*)[49].

47. En las Propuestas de Directivas se indicaba expresamente que se entenderá por «intereses particulares» «*Los intereses familiares, afectivos, económicos, políticos u otros intereses compartidos con los candidatos o los licitadores, incluidos los conflictos de intereses profesionales*» (artículo 21.1 de la Propuesta de Directiva sobre contratación pública; artículo 36.1 de la Propuesta de Directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores especiales.

48. Artículo 21.3 de la Propuesta de Directiva sobre contratación pública y artículo 36.3 de la Propuesta de Directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores especiales.

49. La palabra inglesa *whistleblower* se traduce literalmente al castellano como «el que toca el silbato» haciendo referencia a quienes denuncian un determinado hecho ilícito, en Ragués I Vallés, R.: *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 19. A la protección de los denunciantes se

La única medida que se contempla en las Directivas para resolver los conflictos de intereses es de carácter potestativo y responde a eliminar los conflictos detectados a partir de la exclusión del licitador o candidato de la adjudicación del contrato. De esta manera, las nuevas Directivas prevén que cuando el conflicto de interés no pueda resolverse de otra manera, el candidato o el licitador vinculado al órgano de contratación pueda ser excluido del procedimiento de adjudicación.

> «*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: e) cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses en el sentido del artículo 24*» (artículo 57.4.e) de la Directiva 2014/24/UE «sectores clásicos);
>
> «*Los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras podrán excluir, o los Estados miembros podrán pedirles que excluyan, de la participación en un procedimiento de adjudicación de concesión a cualquier operador económico si se da cualquiera de las siguientes situaciones: d) si un conflicto de intereses en el sentido del artículo 35, párrafo segundo, no se puede subsanar con eficacia por ninguna otra medida menos intrusiva*» (artículo 38.7.d) de la Directiva 2014/23/UE («contratos de concesión»).

Es así que, ante evidentes conflictos de intereses, las Directivas prevén restringir el derecho a contratar de aquellas personas cuyas vinculaciones con alguno/s de los miembros del órgano de contratación pudiera poner en entredicho la debida imparcialidad.

En este sentido, y bajo la debida relación de proporcionalidad, estas disposiciones posibilitan a los poderes y entidades adjudicadoras excluir del procedimiento de adjudicación a los licitadores que ocasionan el conflicto de intereses[50]. Ahora bien, sólo se permite excluir a un

---

refieren los artículos 8.4 y 33 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

50. La proporcionalidad implica que las actividades deben limitarse exclusivamente a aquello que sea estrictamente necesario. De esta manera, se exige que los motivos de exclusión no excedan de lo que resulta apropiado y necesario para lograr los objetivos propuestos por las Directivas y en este sentido se pronuncian las sentencias del TJCE de 9 de febrero de 2006, *La Cascina y otros*, C226/04 y C228/04, Rec. p. I1347; de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C213/07, Rec. p. I9999; de 19

licitador de un procedimiento de adjudicación si la situación de conflicto de intereses a que se refiere es real y no hipotética. Esto significa que el riesgo de un conflicto de intereses no es suficiente para excluir una oferta, puesto que –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[51]. En cualquier caso, las condiciones en su aplicación y el periodo en el que dicha prohibición de contratar opera quedan a la determinación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

A pesar de lo novedoso de la medida en las Directivas de la Unión, hemos de volver a señalar que ya se contemplaba en la regulación financiera (Reglamento financiero) y que, por ejemplo, en nuestro ordenamiento, el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) también recoge medidas con la misma finalidad preventiva, aunque no siempre exitosas.

Por una parte, la necesidad de garantizar la imparcialidad del órgano de contratación se manifiesta en la regulación de las técnicas de la abstención y recusación del artículo 319 TRLCSP orientadas a evitar la injerencia de intereses privados en la contratación pública y, así con ello, reducir las posibilidades de desviar a los responsables de la adjudicación de contratos públicos del interés general[52].

Por otra parte, las prohibiciones de contratar por la concurrencia de una causa de incompatibilidad y/o conflicto de intereses, buscan reforzar la imparcialidad e independencia del órgano de contratación a fin de que desaparezca cualquier atisbo de favoritismo en beneficio de determinadas personas físicas o jurídicas. No obstante, como hemos apuntado, hay que destacar que la finalidad perseguida con estas pro-

---

de mayo de 2009, *Assitur,* C538/07, Rec. p. I4219; de 15 de julio de 2010, *Bâtiments et Ponts Construction*, C74/09, Rec. p. I7271; y de 13 de diciembre de 2012, *Forposta* SA, C-465/11.

51. En este sentido, puede consultarse la sentencia del Tribunal del Primera Instancia de 18 de abril de 2007, *Deloitte Business,* T-195/05, apartados 66 a 68.

52. «Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que intervengan en los procedimientos de contratación deberán abstenerse o podrán ser recusados en los casos y en la forma previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

hibiciones no siempre puede verse cumplida pues, aunque estas prohibiciones se aprecian directamente por los órganos de contratación (artículo 60.1 TRLCSP), las remisiones normativas que llevan a cabo los apartados f) y g) del artículo 60.1 TRLCSP para aplicarlas, dificulta la labor para apreciar su existencia y prueba de esta dificultad son las continuas consultas a las Juntas Consultivas de Contratación existentes en nuestro país para que interpreten el alcance y la extensión de estas prohibiciones de contratar[53].

Estas imprecisiones son las que nos llevan a abogar por cambios en la regulación española con ocasión de la transposición de estas Directivas, de tal manera que se distinga entre la protección de la imparcialidad, la regulación de las incompatibilidades y las prohibiciones de contratar fundada en razones de «moralidad pública» para dar solución a conflictos de intereses.

En este sentido, deben definirse las situaciones que puedan originar un conflicto de intereses, y para ello debemos recordar lo dicho por parte de la jurisprudencia europea[54]. Sus asertos nos sirven de base para concluir que:

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

---

53. En concreto, el artículo 60.1.f del TRLCSP dispone que no puede contratar con el sector público la persona física o los administradores de la persona jurídica que se encuentren en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos, regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en esta Ley.

54. Sentencias del TJCE de 10 de julio de 2001, *Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas*, C315/99 P; de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C21/03 y C34/0316; de diciembre de 2008, *Michaniki*, C213/07; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C538/07; de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, C376/08. Sentencias del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, *AFCon Management Consultants y otros/Comisión*, T160/03; de 12 de marzo de 2008, *Evropaïki Dynamiki/Comisión*, T345/03 y de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy*, T-415/10.

– No existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores.
– 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.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARROWSMITH, Sue: «Transparency in government procurement: The objectives of regulation and the boundaries of the World Trade Organization», *Journal of World Trade*, vol. 37 (2), April 2003, págs. 283 - 303.

BERTÓK, Janos: «Promoting transparency and integrity in public procurement: the work of the OECD», *PPLR*, vol. 15 (6) 2006, págs. NA 188 – 194.

CASTRO CUENCA, Carlos G.: *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2009.

CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción,* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

GARCÍA MEXÍA, Pablo: *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001.

GIMENO FELIÚ, José Mª: «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública»t, *REDA*, núm. 147, julio – septiembre 2010, págs. 517 - 535.

– *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos,* Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.

– «La necesaria y urgente política de reformas frente a la corrupción», opinión publicada en el *Observatorio de Contratación Pública* (4 de febrero de 2013).

– «Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *REDA* núm. 159, 2013, págs. 39 – 106.

Iglesias Río, Miguel Ángel y Medina Arnáiz, Teresa: «Herramientas preventivas en la lucha contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea», *Revista Penal*, núm. 14, julio 2004, págs. 49 - 70.

Jareño Leal, Ángeles: *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Iustel, Madrid, 2011.

Jiménez Franco, Emmanuel: «Administración pública y corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad», *Actualidad administrativa*, núm. 5, marzo 2012, págs. 538 - 569.

Medina Arnáiz, Teresa: «EU Directives as an Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts», en la obra colectiva *International Handbook of Public Procurement*, CRC Press (Francis & Taylor), Boca Raton, 2008, págs. 105 - 130.

– «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario La Ley*, núm. 7382, abril 2010, págs. 1 - 10.

– «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 la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2012,* Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 165 – 194.

– «La regeneración democrática ¿también a la contratación pública?», opinión publicada en el *Observatorio de Contratación Pública* (9 de diciembre de 2013).

– «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 – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2014, págs. 299 – 344.

Moreno Molina, J. A. (2006): *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete.

– (2011) «Las últimas reformas legislativas en materia de contratos públicos y el futuro próximo. Crónica de una avalancha normativa», en la obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, págs. 105 – 124.

– (2012): «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, págs. 3429 - 3454.

– (2013): *La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos,* en la obra colectiva Observatorio de contratos públicos 2012, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).

Musacchio, Vincenzo: «Corrupción y adjudicaciones públicas en el ámbito europeo», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 19, mayo 2013.

Ragués I Vallés, Ramón: *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Rivero Ortega, R.: «Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana», en la obra colectiva *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004, págs. 109 -125.

Søreide, Tina: *Corruption in public procurement: causes, consequences and cures,* Chr. Michelsen Institute, Bergen, 2002.

– Grey Zones and Corruption in Public Procurement: Issues for Consideration", en la obra colectiva *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*, OECD Publishing, Paris 2005, págs. 51 - 57.

– (2012): *Risks of Corruption and Collusion in the Awarding of Concession Contracts* European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection, Brussels, 2012.

Tátrai, Tünde: «Ethical public procurement», *ERA Forum*, vol. 14, June 2013, págs. 59 - 68

Williams, Sope: «The mandatory exclusions for corruption in the new EC Procurement Directives», *European Law Review*, vol. 31 (5), October 2006, págs. 711 - 734.

Williams-Elegbe, Sope (2012): *Fighting corruption in public procurement: A comparative analysis of disqualification measures,* Hart Publishing, Oxford.

Capítulo 7

Revisión de precios y régimen de desindexación

JORGE AGUDO GONZÁLEZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. SOBRE LAS NOVEDADES INCORPORADAS POR LA DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTOGÉSIMA OCTAVA DE LA LEY 22/2013, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2014. 1.2. Ámbito de aplicación subjetivo. Carácter básico. 1.3. Ámbito de aplicación objetivo. 1.4. Ámbito de aplicación temporal. 1.4.1. Contratos afectados. 1.4.2. Referencia al carácter coyuntural y, por ello, a una supuesta eficacia temporal de la disposición. 1.5. Intento de análisis sustantivo de la disposición. 1.6. Consecuencias prácticas y reflexiones. 2. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE REVISIÓN DE PRECIOS QUE INCORPORA EL PROYECTO DE LEY DE DESINDEXSACIÓN DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA. 2.1. Régimen de aplicación de la futura Ley. 2.2. Tipos de revisión de precios. 2.3. Otras novedades.

1. SOBRE LAS NOVEDADES INCORPORADAS POR LA DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTOGÉSIMA OCTAVA DE LA LEY 22/2013, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2014

El presente comentario tiene por objeto, en su primera parte, el análisis de una de esas disposiciones legales que, en mi modesto entender, exigen de su intérprete más que una actitud de exégesis, una actitud detectivesca, ya que nos obliga a ir encontrando todas las pruebas que compongan la escena del crimen para poder empezar a entender qué ha sucedido. Sin lugar a dudas, esta disposición entra en el grupo

de disposiciones «poco susceptibles al entendimiento de un jurista medio». Reconozco, vaya por delante, mis limitaciones.

La Disp. Adic. 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (LPGE en adelante), regula la «Desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público». Dice así:

> Uno. El régimen de revisión de los contratos del sector públ*ico cuyo expediente se haya iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley no podrá referenciarse, en lo atinente a precios o cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, en caso de que proceda dicha revisión, deberá reflejar la evolución de los costes. Se entiende que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso del procedimiento negociado sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.*
>
> El régimen descrito en el párrafo anterior, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, resultará de aplicación a la aprobación de sistemas de revisión de tarifas o valores monetarios aplicables a la gestión de servicios públicos cualquiera que sea la modalidad de prestación, directa o indirecta, por la que se haya optado.
>
> Dos. A efectos de lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entiende por índice general de precios cualquier índice de precios directamente disponible al público que esté construido a partir de otros índices disponibles al público. No tendrán esta consideración los índices de precios referidos a agrupaciones de bienes o servicios suficientemente homogéneos que sean habitualmente asimilables entre sí en su utilización en las actividades productivas, cuando no se encuentren disponibles para su utilización pública precios específicos o subíndices más detallados.
>
> Tres. Asimismo, se entiende por sector público el conjunto de organismos y entidades enumeradas en el apartado primero del artículo 3 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.

> Cuatro. Esta disposición adicional no será de aplicación a la revisión de precios basada en las fórmulas establecidas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.

1.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO. CARÁCTER BÁSICO

La disposición comentada regula, porque así lo prevé el inciso inicial del apartado primero de la misma norma, el régimen de revisión de los contratos del sector público, entendiendo por tal «sector público», «el conjunto de organismos y entidades enumeradas en el apartado primero del artículo 3 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» (apartado 3º). Una interpretación literal de la disposición permitiría entender su vocación de generalidad. Sin embargo, los términos en que se pronuncia la propia disposición plantean serias dudas a esos efectos: ¿Es realmente una medida económica general que afecta al conjunto de las Administraciones territoriales, organismos y entidades enumeradas en el apartado 1ºart.3.1 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. del art. 3 del TRLCSP como la propia disposición establece?

En primer lugar, de lo que no cabe duda, como ha recordado recientemente la STC 9/2013, de 28 de enero, reiterando una prolongada doctrina constitucional, es que la Disp. Adic. 88ª puede incluirse en la LPGE por tratarse de una medida con una directa conexión con la política económica del Gobierno. En este sentido, debemos tener en cuenta que esta medida es uno de los compromisos que el Estado español ha adquirido para favorecer la mejora de la competitividad de nuestra economía en el contexto del procedimiento de déficit excesivo del art. 125 del Tratado de Funcionamiento dela Unión Europea (TFUE). En este sentido, la STC 9/2013 recuerda que aparte de un contenido esencial que se deduce del art. 134 de la Constitución, pueden incorporar un contenido eventual o disponible, esto es, «*todas aquellas disposiciones que, sin constituir directamente una previsión de ingresos o habilitación de gastos,*

guardan una relación directa con los ingresos o gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno o, en fin, se dirigen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto».

En segundo lugar, las dudas surgen porque la Disp. Adic. 88ª, **a diferencia de otras disposiciones adicionales, no se auto-declara básica**. Sí lo hacen, por ejemplo, la 20ª sobre «contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas en 2014», o la 21ª sobre «contratación de personal de las fundaciones del sector público y de los consorcios en 2014», en cuyo apartado 3º se aclara que «lo dispuesto en el apartado uno de esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13ª y 156.1 de la Constitución». La orfandad legal a la que aludimos nos obliga a esperar a un eventual juicio de constitucionalidad que determine si esta medida económica de desindexación goza de las características que definen materialmente a la legislación básica del Estado. No obstante, y aunque sólo sea por el parangón material evidente, se ha de tener en cuenta que el Proyecto de Ley de Desindexación de la Economía Española (de 17 de enero de 2014) justifica la competencia estatal, aparte de en el art. 149.1.13ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en la fijación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, en los arts. 149.1.6ª, 149.1.8ª y 149.1.18ª, referidos a las competencias exclusivas del Estado para dictar legislación mercantil, civil y legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas, respectivamente.

Esa deficiente técnica legislativa es la que ha dado lugar a que se haya planteado si cabe considerar aplicable la Disp. Adic. 88ª de la LPGE de 2014 más allá de la Administración General del Estado. Alguna particularidad puede deducirse en relación con CCAA como Navarra. A estos efectos, se ha de recordar, en primer lugar, que la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), aplicable a las Entidades Locales de Navarra con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local [art. 2.1.c)], Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. desarrolla el art. 49.1.d) Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral. Este último precepto reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad Foral en materia

de contratos y concesiones administrativas, «respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia».

En este sentido, se ha afirmado en algún foro que una medida coyuntural de contenido económico, que no invoca título competencial alguno, (no) pued(e) entenderse directamente aplicable a los entes locales navarros como un principio esencial en materia de contratación pública, sin que el legislador foral incluya expresamente en la LFCP o en una disposición con el rango legal adecuado, una disposición como la contemplada en la Disp. Adic. 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. Y se añade, «en definitiva, consideramos que es competencia del legislador foral aprobar una norma para aplicar a la legislación de contratos de Navarra, el contenido de la Disp. Adic. 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. Ahora bien, mientras el Parlamento de Navarra modifica o no la LFCP, una práctica de "*buena administración local*" podría permitir incluir en el clausulado de contratos públicos que sean de aplicación, una disposición como la contemplada, con la reserva de su aplicación supletoria de la legislación foral, habida cuenta de los efectos beneficiosos para las arcas locales, en tiempos de escasez presupuestaria». La opinión transcrita llega a una solución paradójica, pues implica aplicar una norma que se entiende *a priori* no aplicable.

Dejando a un lado estos comentarios, creo que, en términos generales, **puede concluirse lo siguiente**:

1º) **Es dudoso**, como luego veremos, **que estemos ante una mera medida coyuntural**.

2º) También **es dudoso que nos encontremos ante una disposición no básica**. ¿Qué sentido tiene que el apartado 3º de la Disp. Adic. 88ª identifique a todo el sector público, al que se refiere como el sector público que regula el TRLCSP, si no es para otorgar a esa disposición un carácter aplicativo general y, por tanto, básico? La respuesta creo que parece clara. Cosa distinta será el encaje de esa disposición en los títulos competenciales estatales, así como la deficiente técnica legislativa que supone la omisión de la declaración del carácter básico de la disposición.

3º) Si esto es así, **es igualmente dudoso que la desindexación no pueda considerarse un principio general de la legislación básica estatal**. De hecho, así lo entiende el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), de 4 de diciembre de 2013, dictado en relación con el Proyecto de Ley de desindexación de la economía española: «En el caso del sector público, se establece el principio general de no indexación de los valores monetarios» (pág. 4).

En otras CCAA la consideración del carácter básico de la norma no se ha puesto en duda. Así, por ejemplo, la Resolución de 6 de febrero de 2014 (Ref. 05/055371.9/14) del Director General de Política Financiera y Patrimonio-Presidente de la JCCA de Madrid, por la que dispone la realización de adaptaciones en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares de general aplicación informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por la que se resuelve «efectuar las modificaciones precisas en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares para los contratos de suministro, servicios, gestión de servicios públicos, acuerdo marco para suministros y acuerdo marco para suministros de gestión centralizada informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para su adaptación a la disposición adicional octogésima octava: "Desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público" de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014».

1.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

Otra cuestión problemática es el ámbito de aplicación objetivo de la disposición. Cabría plantearse si esta disposición es aplicable sólo a los contratos sujetos al TRLCSP, o bien también lo es al resto de contratos del sector público excluidos de la aplicación del TRLCSP.

Un primer dato importante a tener en cuenta podría ser que **la Disp. Adic 88ª no modifica el TRLCSP**. Que esto sea así, pudiera ser interpretado como que su ámbito de aplicación sería general y, por ello, más amplio que el propio del TRLCSP. En este sentido, cabría incluso afirmar que los contratos excluidos del TRLCSP quedarían «incluidos» en la D.Ad. 88ª. Sin embargo, que la disposición comentada no modifique el TRLCSP tiene que ver, en primer lugar, con el contenido que

las LPGE pueden tener de acuerdo con la jurisprudencia constitucional: «… *las Leyes de presupuestos tienen un contenido mínimo, indisponible, y otro eventual, por conexión, que se refiere a todas aquellas disposiciones que guarden relación directa con las previsiones de ingreso y las habilitaciones de gasto de los presupuestos o con los criterios de política económica general o, en fin, que sean un complemento necesario para la mejor inteligencia y más eficaz ejecución del presupuesto. Por eso,* ***quedan en principio excluidas de estas leyes las normas típicas del Derecho codificado u otras previsiones de carácter general en las que no concurra dicha vinculación***». Entre otras, las SSTC 74/2011, de 19 de mayo, 9/2013, de 28 de enero y 248/2007, de 13 de diciembre.

Segundo, y sin perjuicio de esta consideración previa, en contra de la interpretación que aboga por una consideración amplia del ámbito de aplicación de la Disp. Adic 88ª, creo que la referencia al sector público tanto en el epígrafe de la disposición, como en su primer apartado y, sobre todo, en el apartado 3º de la misma, parecen determinantes. Aunque no sea un elemento interpretativo definitivo, esa delimitación del ámbito subjetivo por remisión a lo que el TRLCSP entiende por sector público también la lleva a cabo el Proyecto de Ley de desindexsación ya citado, aunque lo cierto es que su ámbito subjetivo no se limita al sector público regulado por el TRLCSP.

La referencia al sector público de la TRLCSP induce a entender que cuando la Disp. Adic 88ª determina su ámbito de aplicación en el sector público de aquella Ley, lo hace para delimitar su ámbito objetivo en relación con los contratos regulados por esa misma norma legal. Esta interpretación parecería confirmarse a la vista de la mención específica tanto de los contratos de gestión de servicio público (ap. 1º párrafo II), como la alusión al Real Decreto 1359/2011 (ap. 4º). ¿Qué motivo podría tener el legislador para contextualizar desde el punto de vista objetivo la aplicación de la desindexsación en los términos que lo hace? Podría decirse que, precisamente, para ajustar su aplicación a los contratos sometidos al TRLCSP.

Cabe concluir con otra consideración favorable a esa interpretación. Cuando la disposición comentada se refiere en su epígrafe a los «índices generales de contratos del sector público», ¿a qué se iba a estar refiriendo sino a los arts. 90 y ss. del TRLCSP? En definitiva, una

interpretación literal y sistemática de la disposición permite mantener que no es aplicable a los contratos excluidos del ámbito objetivo del TRLCSP.

1.4. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

1.4.1. Contratos afectados

Desde el punto de vista temporal, la Disp. Adic. 88ª.1 de la LPGE establece que el nuevo régimen de revisión de precios será aplicado a aquellos expedientes de revisión de precios incoados tras la entrada en vigor de la Ley. Se concreta que se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimiento negociado sin publicidad, para determinar el momento de iniciación, se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

La literalidad de la disposición es idéntica a la Disp. Transit. 1ª.1 del TRLCSP. Parece razonable entender, a estos efectos, que la Disp. Adic. 88ª alude implícitamente al art. 142 del TRLCSP, relativo a las convocatorias de licitaciones, cuando se refiere al anuncio de los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones públicas. Desde luego que esta modificación no podrá afectar a los contratos ya adjudicados, pues como señala el apartado 2º de la Disp. Transit. 1ª del TRLCSP, «los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

1.4.2. Referencia al carácter coyuntural y, por ello, a una supuesta eficacia temporal de la disposición

Una afirmación que se ha vertido en relación con la Disp. Adic. 88ª de la LPGE de 2014 es que su eficacia es meramente temporal: se ha venido a decir que la disposición en cuestióndad.88 Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. es una disposición de contenido económico de carácter temporal, esto es, para el ejercicio de 2014. Sin embargo, esta afirmación no se puede compartir.

A la vista del **propio tenor de la disposición, no se puede decir que tenga dicho carácter coyuntural**. Hay varios motivos que inducen a alcanzar esta conclusión. El primero es **el tenor literal de las propias Disposiciones Derogatorias de la LPGE de 2014**. Si se observa con detenimiento, podrá confirmarse que esas disposiciones derogan alguna disposición adicional de la LPGE para el ejercicio de 2011, demostrando que no todas las disposiciones adicionales de las LPGE tienen vocación anual, ni se ajustan en su eficacia a la coyuntura del ejercicio presupuestario.

Otro dato en contra de ese carácter coyuntural y anual es **el tenor literal de otras disposiciones de la propia LPGE de 2014 que sí se auto-proclaman como medidas conyunturales**. Antes se han citado las Disps. Adics. 20ª y 21ª. Recuérdese, que la Disp. Adic. 20ª se refiere a la «contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas en 2014», y la 21ª a la «contratación de personal de las fundaciones del sector público y de los consorcios en 2014». Aquí sí las disposiciones se auto-restringen en su vocación de aplicación indefinida en el tiempo: son las propias disposiciones las que establecen prohibiciones aplicables al ejercicio siguiente.

En definitiva, si la Disp. Adic. 88ª no incorpora una censura temporal como las descritas, no se puede mantener en principio que tenga un carácter coyuntural y anual, máxime si, como ya hemos indicado, esta medida es uno de los compromisos adquiridos por Gobierno español en el marco del procedimiento de déficit excesivo del art. 125 del TFUE. Su carácter coyuntural tiene más bien que ver con su próxima derogación por la futura Ley de Desindexación de la Economía Española, lo que ratificará la vocación de permanencia del principio de desindexación

Confirmando esta conclusión, debemos recordar la jurisprudencia constitucional compilada en la STC 9/2013, de 28 de enero, según la cual el contenido eventual de las LPGE incluye medidas generales que supongan «*modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico*», en tanto en cuanto «*guarden una conexión económica (relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno) o presupuestaria (para una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto)*», y siempre y cuando no se trate de normas típicas del Derecho codi-

ficado u otras previsiones de carácter general en las que no concurra la vinculación directa con los contenidos citados.

1.5. INTENTO DE ANÁLISIS SUSTANTIVO DE LA DISPOSICIÓN

Como se deduce del tenor literal de la disposición, su objetivo es que **el régimen de revisión de los contratos del sector público no pueda referenciarse a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga** y, en caso de que proceda dicha revisión, **a que quede reflejada la evolución de los costes**. En otras palabras, es el fin de la práctica de la indexación, es decir, de la práctica que permite modificar los valores monetarios de las variables económicas de acuerdo con la variación de un índice de precios a lo largo de un período.

Una consecuencia inmediata que sugiere esta regulación es que el nuevo sistema desvincula totalmente la revisión de precios del *Índice de Precios al Consumo* (IPC). Ciertamente, habría que matizar que en el TRLCSP no se asume como regla general la aplicación del IPC como índice de referencia. De hecho, es evidente que la Ley asume que la utilización del IPC como índice de revisión de precios no tiene, ni mucho menos, que extenderse a todos los contratos. En primer lugar, porque el art. 90.1 del TRLCSP comienza señalando que «cuando resulte procedente, la revisión de precios se llevará a cabo mediante la aplicación de índices oficiales»; sólo, por tanto, «cuando resulte procedente» el IPC puede ser considerado como índice de referencia para la revisión de precios. Segundo, porque el art. 90.2 del TRLCSP es claro al abrir el espectro de índices referenciables: «El órgano de contratación determinará el índice que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura de los costes de las prestaciones del mismo. Las fórmulas aprobadas por el Consejo de Ministros excluirán la posibilidad de utilizar otros índices». Finalmente, porque otra medida en esa dirección de no vinculación plena a índices de referencia como el IPC, se encuentra en el art. 90.3 del TRLCSP, según el cual, cuando el índice que se utilice sea precisamente el IPC elaborado por el Instituto Nacional de Estadística o cualquiera de los índices de los grupos, subgrupos, clases o subclases que en él se integran, se prevé que su variación máxima será el 85%.

En definitiva, se puede afirmar que la lógica del art. 90 apunta a que la utilización del IPC deba limitarse a aquellas prestaciones cuyo precio varíe de forma similar o estrechamente relacionada con las que habitualmente experimenta ese índice estadístico. Salvando las distancias, ésta es la misma lógica que domina el proceso de desindexación. Cosa bien distinta es lo que ha sucedido en la práctica de las Administraciones.

Los motivos que justifican el proceso de desindexación se encuentran en el preámbulo del Proyecto de Ley de desindexación que, en buena medida, son copia de los motivos alegados por el informe de la CNMC sobre el mismo Proyecto de Ley: «La indexación con base en índices generales, como el Índice de Precios de Consumo (IPC), aunque es una convención ampliamente extendida, no necesariamente está justificada, ni produce beneficios para el conjunto de una economía desarrollada como la española. **La práctica indexadora tiende a ser más generalizada en economías donde la inestabilidad macroeconómica, en particular una elevada inflación, erosiona el poder adquisitivo de los valores monetarios, de forma que se recurre a referenciar la evolución en el tiempo de tales valores a índices de precios como mecanismo de defensa**. Sin embargo, tal mecanismo **genera efectos perversos**. La indexación está en el origen de los denominados "**efectos de segunda ronda**". Cuando el precio de un bien o servicio aumenta, los índices de precios como el IPC suben, y esto supone un aumento automático en el precio de otros bienes simplemente porque están indexados a este índice. Ocurre así que un aumento del precio del petróleo o de un alimento encarece, debido a su impacto en el IPC, el precio de bienes cuyos costes de producción no tienen una conexión directa con esos dos bienes. **La indexación, por tanto, tiende a generar una inflación más elevada y favorece su persistencia en el tiempo**, aun cuando desaparece la causa inicial que generó el incremento de precios. Una inflación elevada y persistente genera costes económicos: entre otros, desvirtúa la información que deben transmitir los precios, dificulta la concertación de contratos a largo plazo y deteriora la competitividad. **El correcto funcionamiento de un mecanismo de fijación de precios requiere que estos transmitan la información relevante respecto a los costes y la demanda**. La inclusión de cláusulas de indexación supone en la práctica impedir que esto ocurra de forma eficaz. Los precios evolucionan

al margen de la situación de estos factores en cada sector y pasan a hacerlo de forma homogénea en todos ellos, desvirtuando así la señal que ofrecen los precios relativos de unos bienes y servicios frente a otros».

En otras palabras, la desindexación evita la vinculación de determinados bienes y servicios a índices generales de precios que suponen el aumento automático de los precios de dichos productos y servicios sin que sus costes estén necesariamente relacionados con los costes o precios de los productos recogidos en dichos índices. ¿Qué implica esto? En primer lugar, el recurso a valores establecidos en función de los precios e índices específicos que mejor reflejen la evolución de los costes y que, por tanto, tengan la mayor desagregación posible.

Por otro lado, como ya hemos indicado y apuntan tanto el preámbulo del Proyecto de Ley, como el informe de la CNMC, la desindexación se presenta como de una de las reformas estructurales que se están adoptando para recuperar la competitividad de la economía española mediante la contención de los precios. Esto significa, en otras palabras, que la medida trata de evitar la escalada de precios en la contratación pública y en los precios regulados, prohibiendo su actualización, como ya hemos señalado, en función de índices generales de precios.

La prohibición del recurso a la indexación como criterio de referencia a los efectos de la revisión de precios queda condicionada por la definición de «índice general de precios» de la disposición comentada. Según el apartado 2º de la Disp. Adic. 88ª de la LPGE de 2014, se «**entiende por índice general de precios**» cualquier índice de precios «directamente disponible al público que esté construido a partir de otros índices disponibles al público», si bien especifica que no tendrán esa consideración «los índices de precios referidos a agrupaciones de bienes o servicios suficientemente homogéneos que sean habitualmente asimilables entre sí en su utilización en las actividades productivas, cuando no se encuentren disponibles para su utilización pública precios específicos o subíndices más detallados».

No se puede desconocer la dificultad que genera la distinción entre «índices general de precios» prohibidos y otros índices específicos y desagregados. Los datos que utiliza la Ley son dos:

1º) La disponibilidad por el público.

2º) Los índices de precios referidos a agrupaciones de bienes y servicios suficientemente homogéneos que sean habitualmente asimilables entre sí en su utilización en las actividades productivas, siempre y cuando no se encuentren disponibles para su utilización pública precios específicos o subíndices más detallados.

Si, como parece, la diferencia entre los tipos de índices estriba en los distintos niveles de homogeneidad/asimilación y de especificidad/desagregación, cabe pensar que una primera herramienta para intentar concretar estos extremos podría ser la referencia a las clasificaciones de actividades, tanto la CNAE-2009 (NACE rev.2) que se utiliza en el caso del *Industrial Price Index* (IPRI), como la Clasificación de Bienes y Servicios (COICOP) que se utiliza para el IPC. En el caso del IPC, se publica información para las 126 subclases (a nivel nacional); el IPRI también se publica para clases (4 dígitos CNAE, aprox. 200 rúbricas).

Por otro lado, un ejemplo de índice que podría entenderse igualmente aplicable son los **Índices de Precios del sector Servicios (IPS)**. Los IPS son indicadores coyunturales que miden la evolución trimestral de los precios, desde el lado de la oferta (precio de productor), de los servicios suministrados a empresas (segmento de negocios) por las sociedades que operan en los sectores incluidos en el Reglamento (CE) nº 1158/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio del 2005, sobre estadísticas coyunturales. Para su obtención se realiza una encuesta continua, de periodicidad trimestral, a empresas de servicios que suministran servicios a otras empresas (alrededor de 800). Las actualizaciones normativas en la materia han permitido que el IPS base 2010 comience un nuevo sistema de cálculo basado en el encadenamiento de índices, cuyas características más importantes son su dinamismo y su actualidad. Es un IPS más actual ya que revisa su sistema metodológico permanentemente con el fin de mejorarlo. Por otra parte, es un IPS más dinámico en la medida en que anualmente revisa las ponderaciones para ciertos niveles de desagregación funcional e incluye en el plazo más breve posible cualquier cambio detectado en el sector de los servicios, ya sea la aparición de nuevos servicios, cambios en la actividad productiva o en la muestra de establecimientos.

1.6. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS Y REFLEXIONES

¿Qué consecuencias se pueden deducir de esta regulación? Creo que se pueden predecir las que se mencionan a continuación; algunas, como se verá, son evidentes porque así se deduce de la propia literalidad de la Ley, pero otras serán una consecuencia inmediata de la aplicación de la misma:

1º) La **eliminación del carácter automático de las revisiones**. Esto afecta directamente a la concepción de la revisión de precios como un derecho del contratista que permite el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.

2º) La **tendencia a que las variaciones estén orientadas a los costes reales** y, por tanto, tendencialmente cercanas a cero. Con la eliminación de la práctica en el sector público de indexar precios y tarifas públicas a índices de precios pasados, se da un paso importante hacia la cultura de la estabilidad de precios.

3º) Que **las ofertas de los licitadores se acerquen tendencialmente al presupuesto de licitación**, de modo que las bajas se reduzcan y corrijan la limitación de las revisiones con una retribución más ajustada al coste real.

4º) Lo anterior nos conduce a **un contexto de eficiencia de los operadores económicos** que se corresponde con los principios generales del art. 1 del TRLCSP en materia de contratación pública.

5º) La **reducción de la duración de los contratos**; en los contratos plurianuales es más difícil contemplar adecuadamente la evolución de todos los costes, de modo que a la vista de la reducción aplicativa de la revisión de precios, lo lógico es pensar que muchas de esas licitaciones quedarán desiertas.

6º) La consecuencia final será **el aumento de la competencia**.

En esta dirección, el informe de la CNMC ya citado hace alusión a estas últimas consideraciones: «…la desindexación de la economía **podría incentivar una reducción de la duración de los contratos públicos**, dando lugar a una "**competencia por el mercado**" **más frecuente, favoreciendo *ceteris paribus* un mayor número de oferentes y una mayor competencia efectiva en estos mercados.** Asimismo, **en los contratos plurianuales**, los márgenes empresariales podrían no quedar

asociados tan preeminentemente como en la actualidad a los procedimientos de revisión de precios, **dependiendo en mayor medida de la capacidad de los operadores para la obtención de ganancias de eficiencia**» (pág. 8).

2. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES EN MATERIA DE REVISIÓN DE PRECIOS QUE INCORPORA EL PROYECTO DE LEY DE DESINDEXACIÓN DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

La revisión de precios de los contratos del sector público va a sufrir un cambio notable con la futura aprobación de la Ley de Desindexación de la Economía Española. Es cierto, en cualquier caso, que parte de los cambios se anticipan gracias a la Disp. Adic 88ª de la LPGE para el ejercicio 2014. En este sentido, todas las conclusiones alcanzadas para la disposición comentada son trasladables al Proyecto de Ley.

El proyecto incorpora una nueva regulación de la revisión de precios con carácter prescriptivo para el sector público e indicativo para el sector privado. Creo, no obstante, que el ámbito de aplicación del proyecto no se limita, en cualquier caso, y en el marco de «lo público» a los contratos del TRLCSP. Los arts. 4.1 y 5.1 del Proyecto de Ley se refieren a la revisión de valores monetarios referidos en el art. 3.1.a) y b) del mismo proyecto. Por lo que aquí nos interesa, el art. 3.1.a) se refiere a «las revisiones periódicas o no periódicas de cualquier valor monetario del sector público susceptibles de modificación», entendiendo por sector público, el conjunto de organismos y entidades enumeradas en el artículo 3.1 del TRLCSP. Hasta aquí, la identificación del ámbito subjetivo y objetivo del Proyecto de Ley podría hacer surgir las mismas dudas que la Disp. Adic. 88ª de la LPGE. Sin embargo, por último, el art. 4.5 del Proyecto de Ley establece una precisión que permite deducir que los contratos que podrán verse afectados por la revisión monetaria desindexada no son sólo los regulados en el TRLCSP. Dicho precepto dispone que «las revisiones periódicas de precios de los contratos adjudicados por las entidades del sector público se regirán por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público». *A sensu contrario*, el resto de contratos del sector público se regirán por el propio Proyecto de Ley. A estos efectos se ha de tener en cuenta que el proyecto modifica los arts. 89 y 92 del TRLCSP, al tiempo que deroga los arts. 90 y 91, cuyos contenidos son parcialmente incorporados al futuro art. 89.

Al mismo tiempo, el Proyecto de Ley incorpora una regulación general (arts. 4 y 5) que es la que tiene vocación de aplicación general y, claro está, más allá del ámbito de aplicación del TRLCSP.

En cuanto a la modificación del TRLCSP, se prevé en los siguientes términos:

Artículo 89. Procedencia y límites.

1. Los precios de los contratos del sector público sólo podrán ser objeto de revisión periódica en los términos previstos en el artículo 4 de la Ley XX de desindexación de la economía española, sin perjuicio de la revisión de carácter extraordinario que pudiera derivarse de la aplicación del artículo 5 de dicha ley.

2. La revisión de precios solo se llevará a cabo cuando se justifique por variaciones en los costes de los factores, no considerándose revisables los costes asociados a la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial, salvo que expresamente se autorice en el real decreto a que se refiere el artículo 4 de la Ley XX.

   La revisión de precios podrá realizarse exclusivamente en las materias previstas en el Real Decreto al que se refiere el artículo 4 de la Ley XX, de acuerdo a los índices, precios, fórmulas, metodologías o directrices que fije dicho real decreto.

   Cuando el citado Real Decreto prevea una revisión basada en fórmulas, éstas reflejarán la ponderación en el precio del contrato del coste de los materiales básicos incorporados a su objeto y de la energía consumida en el proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo.

3. Previa justificación en el expediente, el órgano de contratación establecerá, en su caso, el derecho a revisión de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo dentro de las permitidas en el Real Decreto mencionado en el apartado anterior.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en su caso, la fórmula o sistema de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la

fecha de adjudicación del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la adjudicación se produce con posterioridad.

5. Cuando proceda, la revisión de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, en los términos establecidos en este capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia el primer 20 por 100 ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

   No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar transcurridos dos años desde la formalización del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 por 100 de la prestación.

6. La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobará los índices mensuales de precios de los materiales básicos y de la energía, a propuesta del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado, debiendo ser publicados los mismos en el Boletín Oficial del Estado.

   Los índices reflejarán, al alza o a la baja, las variaciones reales de los precios de la energía y materiales básicos observadas en el mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o particularizarse por zonas geográficas.

Artículo 92. Coeficiente de revisión.

«Cuando resulte aplicable la revisión de precios mediante fórmulas, el resultado de aplicar las ponderaciones previstas en el artículo 89.2 a los índices de precios que se determinen según lo previsto en el apartado 6 del citado artículo, proporcionará en cada fecha, respecto a la fecha y periodos determinados en el apartado 4 del mismo artículo, un coeficiente que se aplicará a los importes líquidos de las prestaciones realizadas que tengan derecho a revisión a los efectos de calcular el precio que corresponda satisfacer».

Aparte de estas modificaciones, la futura Ley de Desindexación de la Economía Española incorpora una regulación de aplicación general en sus arts. 4 y 5:

Artículo 4. Régimen aplicable a la revisión periódica de valores monetarios.

1. Los valores monetarios referidos en el artículo 3.1.a) y b) no podrán ser objeto de revisión periódica en función de índices de precios o fórmulas que los contenga.

2. Excepcionalmente, se podrá aprobar un régimen de revisión periódica de los valores referidos en el apartado anterior siempre que sea en función de precios e índices específico de precios, cuando la naturaleza recurrente de los cambios en los costes de la actividad así lo requiera y se autorice conforme a lo previsto en el apartado siguiente.

   Los índices específicos de precios aplicables deberán tener la mayor desagregación posible a efectos de reflejar de la forma más adecuada la evolución de los costes, evaluados conforme al principio de eficiencia económica y buena gestión empresarial. Las revisiones periódicas no incluirán los costes de mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial, salvo que expresamente se autorice en el real decreto a que se refiere el apartado siguiente.

3. Mediante Real Decreto se establecerán:

a) Los supuestos en los que pueden realizarse revisiones periódicas.

b) Los precios e índices de precios específicos, fórmulas, metodologías o directrices aplicables.

c) Los criterios para la interpretación de los principios de eficiencia y buena gestión empresarial en cada uno de los supuestos susceptibles de revisión, que, en todo caso, deberán ser objetivos, transparentes y no discriminatorios. Asimismo, podrán introducirse mecanismos regulatorios que incentiven el comportamiento eficiente.

d) Los procedimientos para tramitar la revisión periódica.

4. El Real Decreto se aprobará a propuesta de los Ministros de Economía y Competitividad, Hacienda y Administraciones Públicas y de

los demás Ministros titulares de departamentos competentes por razón de la materia y previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. En lo relativo a los contratos del sector público, se requerirá, además, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

5. Las revisiones periódicas de precios de los contratos adjudicados por las entidades del sector público se regirán por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Artículo 5. Régimen aplicable a la revisión no periódica de valores monetarios.

1. Los valores monetarios referidos en el artículo 3.1.a) y b) podrán ser objeto de revisión no periódica siempre que se justifique en una memoria económica específica para este fin.

2. Esta revisión no podrá realizarse en función de índices de precios o fórmulas que los contengan. Excepcionalmente, si estuviera motivada por la evolución de los costes, podrá realizarse en función de los precios e índices específicos de precios, que mejor reflejen dicha evolución de los costes, evaluados conforme al principio de eficiencia económica y buena gestión empresarial. La memoria económica deberá, en estos casos, justificar el cumplimiento de tales condiciones. Estas revisiones no incluirán los costes de mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial, salvo que expresamente se autorice en el real decreto a que se refiere el artículo 4.3.

3. Sin perjuicio de lo anterior, la revisión no periódica de precios regulados requerirá autorización de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, o del órgano equivalente de la Administración territorial competente, previa solicitud de la autoridad competente por razón de la materia.

4. El Real Decreto al que se refiere el artículo anterior podrá establecer para los contratos que no puedan acogerse al sistema de revisión periódica de precios basado en fórmulas a que se refiere el artículo 89 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, un sistema de revisión no periódica, cuando se acredite que la evolución de los costes durante la ejecución del contrato suponga una desviación respecto de los mismos en el momento de adjudicación que exceda los umbrales que establezca el citado

real decreto. Asimismo, establecerá los límites y condiciones para la aplicación de dicha revisión no periódica.

2.1. RÉGIMEN DE APLICACIÓN DE LA FUTURA LEY

La Disposición transitoria primera del Proyecto de Ley, relativo al «Régimen transitorio de revisiones periódicas y no periódicas», dispone lo siguiente: «Hasta la entrada en vigor del real decreto previsto en el artículo 4.3 se mantiene vigente el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas».

Esta disposición tiene mucha relevancia, pues supondrá la derogación del Real Decreto 1359/2011. No obstante, la vigencia temporal del mismo (hasta la aprobación del nuevo Real Decreto que regule las revisiones periódicas: art. 4 del Proyecto de Ley) es compatible con la que ya mantiene la Disp. Adic. 88ª de la LPGE para 2014 en su apartado 4º: «Esta disposición adicional no será de aplicación a la revisión de precios basada en las fórmulas establecidas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas».

Esto, sin lugar a dudas, va a ser problemático, sobre todo, porque ya lo está siendo, aunque con una justificación jurídica distinta. La eliminación de la revisión de precios en los contratos de obra con base en las fórmulas-tipo aprobadas por el Gobierno, que es exactamente lo que pasará en aplicación de la disposición transitoria comentada, ya ha tenido lugar en el ámbito de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda por Resolución de 22 de abril de 2013.

Como señala el art. 89.1 del TRLCSP, la revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, «salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos». Asimismo, el art. 89.2 *in fine* del TRLCSP dispone que el órgano de contratación goza de la facultad, mediante resolución motivada, de «excluir la procedencia de la revisión de precios» en el resto de contra-

tos distintos a aquellos cuyo pago se concierte mediante arrendamiento financiero o arrendamiento con opción de compa, o bien se trate de contratos menores. Pues bien, la Resolución mencionada resuelve excluir la revisión de precios en los nuevos contratos de obras y servicios que celebre la Secretaría de Estado, sin perjuicio de facultar la posibilidad de su inclusión en los casos en que se justifique que no concurren los motivos que justifican la no aplicación de la revisión. Esos motivos, según la propia Resolución, son: 1º) La crisis económicos y la reducción (de más del 55,26%) del presupuesto de inversión en infraestructuras de carreteras estatales; 2º) El escaso margen presupuestario para obras de conservación y mantenimiento que deja el hecho de que esa disminución de inversiones tenga lugar cuando se están ejecutando, en un estado ya avanzado, un alto número de obras cuya suspensión implicaría un coste muy elevado; 3º) La necesidad de contar con un «nivel de certidumbre en cuanto al coste» de las obras, considerándose que no es posible si el precio queda sujeto a desviaciones derivadas de la revisión de precios; 4º) El presupuesto de licitación en los contratos de obra deja un margen lo suficientemente amplio a los licitadores, como para que los operadores económicos puedan realizar ofertas económicamente viables, algo que se confirma a la vista de la media de las bajas en los últimos años (el 25%), así como el precio final de los contratos, incluidas las desviaciones surgidas durante su ejecución, llegando, como regla general, al importe del presupuesto de licitación.

La eliminación de la revisión de precios ha dado lugar a la impugnación de la Resolución comentada por las empresas afectadas. El efecto de la aplicación de la desindexación puede tener consecuencias parecidas y apunta a la exigencia de una programación eficiente de las prestaciones y a la reducción de costes como mecanismos para ajustar las ofertas.

Finalmente, y por lo que se refiere al régimen transitorio de la futura Ley, se ha de señalar que la Disposición Transitoria segunda, relativa al «Régimen de revisión de los contratos del sector público», dispone lo que sigue: «El régimen de revisión de precios de los contratos del sector público cuyo expediente se haya iniciado antes de la entrada en vigor del real decreto citado en el artículo 4.3 será el que esté establecido en los pliegos o en el contrato. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado

la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimiento negociado sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos».

2.2. TIPOS DE REVISIÓN DE PRECIOS

1º) La parte dispositiva del proyecto aclara que **la regla general será la prohibición de las revisiones periódicas referidas a índices de precios generales**. Aquí, del mismo modo que se dijo para la Disp. Adic. 88ª de la LPGE para 2014, la distinción entre índices generales y específicos no es clara.

En algunos casos, no obstante, se reconoce que los valores monetarios de ciertas relaciones económicas y jurídicas necesitan ser modificados de forma recurrente en atención a la evolución de los costes de actividad, ya que puede ser excesivamente gravoso resolver esas modificaciones periódicas una por una. Para estos casos se permite aprobar un régimen de revisión periódica, siempre que la evolución de los costes lo requiera, siendo éstos evaluados conforme al principio de eficiencia y buena gestión empresarial, y no considerándose para ello, en ningún caso, los costes asociados a la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial (es decir, en términos idénticos al vigente art. 91.3). La novedad se encuentra en que los «índices específicos de precios» aplicables deberán tener «la mayor desagregación posible a efectos de reflejar de la forma más adecuada la evolución de los costes, evaluados conforme al principio de eficiencia económica y buena gestión empresarial».

Este régimen de revisión periódica deberá concretarse en **un Real Decreto** que determinará tanto los supuestos en los que pueden realizarse revisiones periódicas; los precios e índices de precios específicos, fórmulas, metodologías o directrices aplicables; los criterios para la interpretación de los principios de eficiencia y buena gestión empresarial en cada uno de los supuestos susceptibles de revisión, que, en todo caso, deberán ser objetivos, transparentes y no discriminatorios; podrán introducirse mecanismos regulatorios que incentiven el comportamiento eficiente; también podrán establecerse los procedimientos para tramitar la revisión periódica.

No es preciso decir que en tanto en cuanto no se apruebe el referido Real Decreto, buena parte del régimen jurídico de la revisión de precios quedará indeterminado, introduciéndose un elemento de incertidumbre en las licitaciones que se puedan convocar. Esto generará desincentivos evidentes para los inversores, que podrán comportar que las nuevas licitaciones queden desiertas.

2º) En segundo lugar, se regula el régimen de la **revisión extraordinaria**. El régimen aplicable a las modificaciones extraordinarias o puntuales que corresponda realizar, tiene un procedimiento parecido, en líneas generales, al de la revisión ordinaria. De nuevo, esta revisión no podrá realizarse en función de índices de precios o fórmulas que los contengan. Las revisiones extraordinarias, sólo «excepcionalmente», y si ello estuviera motivada por la evolución de los costes, podrán realizarse en función de los precios e índices específicos de precios que mejor reflejen dicha evolución de los costes evaluados conforme al principio de eficiencia económica y buena gestión empresarial.

Las revisiones no periódicas deberán ser justificadas en una memoria económica específica para tal fin y motivar el cumplimiento de tales condiciones. Estas revisiones no incluirán los costes de mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial, salvo que expresamente se autorice en el Real Decreto a que nos referimos anteriormente. El mismo Real Decreto podrá establecer para los contratos que no puedan acogerse al sistema de revisión periódica de precios, que puedan hacerlo a un sistema de revisión no periódica, cuando se acredite que la evolución de los costes durante la ejecución del contrato suponga una desviación respecto de los mismos en el momento de adjudicación que exceda los umbrales que establezca el citado Real Decreto. Asimismo, establecerá los límites y condiciones para la aplicación de dicha revisión no periódica.

2.3. OTRAS NOVEDADES

Aun dentro de los casos establecidos en el multicitado y futuro Real Decreto, la revisión no tiene por qué ser preceptiva. No se prevé la posibilidad de acuerdo como sucede ahora (art. 89.1 del TRLCSP), aunque tampoco se excluye. Cabe su justificación en el expediente y su previsión por el órgano de contratación como un derecho del contratis-

ta, fijándose la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones. Todo ello, claro está, siempre y cuando esté permitido por el omnímodo Real Decreto.

El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en su caso, la fórmula o sistema de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de adjudicación del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses, si la adjudicación se produce con posterioridad (en términos similares al art. 91.3). El carácter invariable de la fórmula o sistema de revisión se confirma, pues se excluye la excepción del art. 91.2 del TRLCSP, que permite la introducción de factores correctores para su consideración en la revisión del precio debido a la existencia de desviaciones al alza impredecibles de los costes de la mano de obra o de los costes financieros. Recordemos que se considera que concurren esas circunstancias cuando la evolución del deflactor del Producto Interior Bruto oficialmente determinado por el Instituto Nacional de Estadística supere en 5 puntos porcentuales las previsiones macroeconómicas oficiales efectivas en el momento de la adjudicación o el tipo de interés de las letras del Tesoro supere en cinco puntos porcentuales al último disponible en el momento de la adjudicación del contrato. Este deflactor, que resulta ser el cociente entre el PIB nominal y el PIB real, es el índice más apropiado para medir la evolución de los precios de una Economía ya que mide las variaciones de todos los bienes y servicios producidos en la economía en el periodo de referencia, a diferencia de otros indicadores como el IPC, que sólo incluye una cesta representativa de los bienes y servicios consumidos por los hogares.

Una novedad importante es que, cuando proceda la revisión de precios en los contratos del sector público, ésta tendrá lugar cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por 100 ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión. El cambio relevante es, por tanto, que ahora deben haber transcurrido dos años desde la formalización para que pueda llevarse a cabo la revisión, y ello, con independencia

del tipo de contrato, pues también ese límite es aplicable a los contratos de gestión de servicios públicos (no así el relativo a la ejecución parcial de la prestación). En este sentido, el informe de la CNMC valora positivamente el aumento de uno a dos años del periodo a partir del cual se podría realizar una revisión de precios, pues con ello en los contratos plurianuales los márgenes empresariales no quedarán asociados de forma determinante a la revisión de precios, sino que dependerán de la eficiencia de los operadores económicos.

Una última cuestión importante es que los índices reflejarán, al alza o a la baja, las variaciones reales de los precios de la energía y materiales básicos observadas en el mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o particularizarse por zonas geográficas. Esto, no obstante, no es ninguna novedad, pues ya está en el art. 91.4 del TRLCSP, que con la futura Ley será derogado.

Capítulo 8

El reglamento de procedimientos de revisión en materia contractual como intento de depuración formal de este tipo de procedimientos

MARIA HERNANDO RYDINGS
Investigadora Proyecto Europeo Water Pipp
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. BREVE RECORDATORIO ACERCA DEL MARCO JURÍDICO Y ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL SISTEMA DE RECURSOS Y RECLAMACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. EL PROYECTO DE REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL: ANÁLISIS DE LA RECEPCIÓN DE LOS CRITERIOS DOCTRINALES FIJADOS POR LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES. 1.PRECISIONES PREVIAS. 2. PRECISIONES QUE INCORPORA EL REGLAMENTO SOBRE EL TRIBUNAL CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES. 3.PRECISIONES APLICABLES AL PROCEDIMIENTO. 3.1. La interposición del recurso especial, la reclamación y la cuestión de nulidad: el anuncio previo, el lugar de presentación y el plazo de interposición. 3.2. Solicitud de medidas provisionales. 3.3. Prueba. 3.4 Indemnización de daños y perjuicios. 3.5 Utilización de medios electrónicos. III. CONSIDERACIÓN FINAL.

I. BREVE RECORDATORIO ACERCA DEL MARCO JURÍDICO Y ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER DEL SISTEMA DE RECURSOS Y RECLAMACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Nuestro ordenamiento jurídico, en materia de contratación pública, parece haber ido siempre a remolque de las Directivas comunitarias aplicables en este sector y aparentemente sólo ha reaccionado a golpe de condena por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El ámbito de los recursos y reclamaciones contractuales no ha escapado, al menos de momento, a esta inercia. Prueba de ello, es que a pesar de que el ámbito comunitario contara con sendas Directivas sobre los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros, obras y servicios y de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, respectivamente, la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989 y 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, nuestro ordenamiento interno, no incorporó materialmente sus previsiones hasta la ya derogada Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de contratación en los sectores excluidos (en adelante LCSE)[1].

En este sentido, con la aprobación de la LCSP y de la LCSE, no sólo se incorporaban, a nuestro ordenamiento las previsiones de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, sino que además, la primera introdujo un novedoso recurso administrativo especial en materia de contratación y la segunda, un sistema de reclamaciones aplicable en los sectores

1. Entre otros, Bernal Blay, M.A. «Los convenios de atribución de competencia para la resolución de recursos y reclamaciones contractuales», *Observatorio de Contratos Públi*cos 2012, Civitas, 2013, p. 300, recuerda cómo hasta la LCSP, el sistema de recursos administrativos y judiciales ofrecía a los licitadores unos mecanismo formalmente correctos para poder defender sus intereses y derechos, pero esta garantía formal no era real. En este sentido, apunta el autor que así lo puso de manifiesto la condena del Tribunal de Justicia al Reino de España, en su Sentencia de 3 de abril de 2008 (As. C-444/06), por entender incumplidas las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 89/665/CEE «al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración».

excluidos[2]. De esta forma, y por el momento, nuestro sistema jurídico, se acomodaba a las previsiones comunitarias en materia de procedimientos de recurso y de reclamación en el ámbito contractual, al haber, por fin incluido las previsiones de la Directiva 89/665/CEE y 92/13/CEE.

No obstante, a los pocos meses de haber aprobado la LCSP y la LCSE, lo fue también la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, en virtud de la cual se modificaron sustancialmente las anteriores. La finalidad de la recién estrenada Directiva, no fue otra que reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz.

En este sentido, la primitiva LCSP contenía normas reguladoras de los recursos y reclamaciones, pero esa regulación resultaba ser insufi-

2. Estas materias han sido objeto de estudio por parte de la doctrina y para una visión más detallada pueden consultarse, entre otros, los siguientes estudios: Razquin Lizarraga, J.A. «El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público», Revista General de Derecho Administrativo, núm. 25, 2010; Díez Sastre, S. La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos, Marcial Pons, 2012; 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/CEE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE», Noticias de la Unión Europea, ISSN 1133-8660, Nº. 298, 2009 (Ejemplar dedicado a: Contratos de las Administraciones Públicas), pp. 95-111;. Gimeno Feliu, J. M.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, 2010; Palomar Ojeda, A. Invalidez y revisión de los contratos del Sector Público. Análisis del recurso especial en materia de contratación, Aplicación práctica de los contratos en el sector público, 2009, pp. 97-159; Fernández Fernández, J. L. «¿Hacia un recurso especial en materia de contratación?», Revista española de derecho militar, Nº. 55, 1990, pp. 159-160; Menéndez De La Cruz, C. «El recurso especial en materia de contratación», Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Nº. 71, 2008, p. 50; Moreno Molina, J. A.«La Ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos», Revista General de Derecho Administrativo, Nº. 25, 2010; Escrihuela Morales, F. «El nuevo recurso especial en materia de contratación (Ley 34/2010, de 5 de agosto)», Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, Nº. 103, 2010, p. 70

ciente y no se acomodaba a las prescripciones de la Directiva de 2007. Esta circunstancia fue puesta de manifiesto tanto por la doctrina como por la Comisión[3]. Pero además, no se podía olvidar el contenido de la Sentencia condenatoria del TJCE, de 3 de abril de 2008, a la que nos referíamos más arriba, en virtud de la cual, el Tribunal entendió que debía establecerse una cláusula de espera (*Standstill*) entre la adjudicación y la celebración del contrato. Como han apuntado algunos, la importancia de esta previsión, garantizadora de la competencia en el Mercado Interior, determinó que la Directiva 2007/66/CE, la introdujera en la regulación obligatoria para los Estados miembros[4].

De esta forma, devino necesario realizar una nueva reforma de la LCSP, con la finalidad de transponer efectivamente la citada Directiva de 2007 y solventar el conflicto con respecto a la correcta ejecución de la STJCE de 3 de abril de 2008. Con esta finalidad se aprobó la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que modificó tanto la LCSP y la LCSE, como la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa[5].

---

3. Vid. Dictamen motivado número 260 2190/2002 y Gimeno Feliu, J.M. *Novedades de la Ley...*, cit., p. 330. En este sentido, una de las deficiencias de la primitiva versión del artículo 37 de la LCSP era que la competencia para la resolución de este nuevo recurso se atribuía a un órgano dependiente y de esta forma, como señaló la Comisión en el Dictamen referido, no se lograba una protección jurídica plena y eficaz frente a las decisiones del órgano de contratación.
4. Así, Díez Sastre, S. *La tutela de los licitadores en la adjudicación…*, cit. p. 121, al analizar la jurisprudencia del TJUE en torno a esta cuestión, recuerda cómo la misma hace patente el interés del Derecho europeo en proteger a los licitadores de forma especialmente intensa frente al acto de adjudicación, ya que éste es el último momento, antes de la perfección del contrato, en que los licitadores pueden reaccionar frente a una infracción, facilitando su corrección y reduciendo la posible causación de daños a los interesados del contrato.
5. En relación con la citada Ley de reforma, puede consultarse, entre otros, Bernal Blay M.A. «Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. Comentario al Proyecto de Ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 100, 2010. En este sentido, la aprobación de la citada Ley 34/2010, determinó la inclusión de la Sección II en el Capítulo V del Título I del Libro I, con el rótulo Supuestos especiales de nulidad, la cual comprende tres nuevos artículos (37, 38 y 39). Pero además, la reforma incluye la incorporación de un nuevo Libro a la LCSP, que es el VI bajo el título «Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternati-

El resultado de todo el proceso de reformas mencionado, determinó la creación de un «complejo sistema de justicia administrativa precontractual»[6], mediante la inclusión del recurso administrativo especial en el ámbito de los contratos del sector público, (actualmente en los artículos 40 a 50, del Real Decreto Legislativo 3/2011, de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP), una reclamación en el ámbito de los procedimientos de contratación en los sectores excluidos (artículos 101 y siguientes de la LCSE) y la cuestión de nulidad, la cual a diferencia de los anteriores puede utilizarse para los contratos que se han perfeccionado mediante su formalización (artículo 39 TRLCSP)[7].

El órgano competente para conocer de este complejo sistema en el ámbito de la Administración General del Estado, es el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el cual aparece configurado como un órgano independiente y está adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda[8].

Asimismo, hay que tener en cuenta que determinadas Comunidades Autónomas, haciendo uso de las previsiones contenidas en el artículo 41.3 TRLCSP, han procedido a crear sus propios Tribunales de Recursos Contractuales, los cuales son los competentes para conocer de los litigios que se planteen en el ámbito autonómico correspondiente, estando configurados como órganos especializados que actúan con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias.

Actualmente, han creado sus propios Tribunales, las Comunidades Autónomas de Madrid, Aragón, País Vasco, Andalucía, Cataluña, y más recientemente Castilla y León y Navarra. Muy útiles resultan los datos e informaciones recogidas tanto en las Memorias de Actividades que estos vienen publicando anualmente, como las que derivan de los encuentros de Coordinación entre los distintos órganos encargados

---

vos de resolución de conflictos», que comprendía los artículos 310 a 320, ambos inclusive.

6. Bernal Blay, M.A. «Los convenios de atribución de competencia…, cit. p. 303.
7. Sobre la cuestión de nulidad, se puede consultar, Gallego Córcoles, I. «Contratos públicos y régimen cualificado de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad», *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 259-360.
8. Para un estudio del citado Tribunal Central, vid., Pardo García-Valdecasas, J.J. «El Tribunal administrativo central de recursos contractuales», Documentación Administrativa núm. 288/2010, pp.19 y ss.

de la resolución del recurso especial en materia de contratación, cuyo análisis retomaremos más adelante, y en las que, además de intentar alcanzar una postura común respecto de aquellas cuestiones que son susceptibles de diversas interpretaciones, formulan propuestas con la finalidad última de lograr alcanzar un sistema que garantice una buena administración contractual.

En el caso, de que no se creen los citados tribunales autonómicos, el apartado 3 del artículo 41 del TRLCSP, dispone que las Comunidades podrán atribuir la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Central, debiendo, en este caso, celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulan las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias. Así lo han hecho, La Rioja, Extremadura, Castilla La Mancha, Murcia, Cantabria o Islas Baleares.

En otro orden de cosas, respecto de las corporaciones locales, el artículo 40.4 TRLCSP, prevé que la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. Haciendo uso de esta facultad, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se creó el Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, reconoció la posibilidad de que en el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y la resolución del recurso especial en materia de contratación se atribuya a órganos de las propias entidades locales[9].

9. Vázquez Matilla, F.J. «Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2012», *Observatorio de Contratos Públic*os 2012, Civitas, 2013, p.355, da debida cuenta de la creación de los Tribunales de recursos contractuales de ámbito local y recuerda que el pretexto de creación común en todos estos supuestos ha sido la necesidad de conseguir una mayor agilidad en la resolución de los recursos, habiendo merecido, por otro lado, la crítica de la posible existencia de solapamientos, la fragmentación de la doctrina en función del órgano de contratación así como la dudosa independencia de los mismos por cuanto en algunos casos quienes conforman los órganos de recurso son los propios funcionarios del poder adjudicador. En este sentido, Bernal Blay, M.A. *Tribunales de contratos y Administración Local*, disponible en la web del Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es).

En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.

Siguiendo el orden cronológico de los acontecimientos, es necesario hacer referencia también al último paso que se ha dado en materia de recursos contractuales, el cual constituye además el objeto de estas líneas, y que consiste en la publicación del Proyecto de Real Decreto por el que aprueba el Reglamento de Procedimientos de Revisión en materia contractual y que actualmente acaba de ser sometido a información pública[10]. En términos muy generales, cabe señalar que en virtud del mismo, se aclaran y depuran múltiples asuntos, de índole formal, que han sido objeto de interpretación por parte de los diversos Tribunales de contratación. Por ello, puede ser un buen momento para aplaudir los aciertos del citado texto y volver a reflexionar sobre las cuestiones que aún están pendientes de depuración, como por otro lado, viene reiterándose por parte de la doctrina. Más aún, con la oportunidad que no solo ofrece la aprobación del texto mencionado sino la necesaria reforma que habrá que llevar a cabo para incorporar las nuevas Directivas en materia de contratación pública[11].

10. El citado trámite finalizó el pasado 5 de marzo. Para acceder al texto, http://*www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/NormasEnTramitacion/Paginas/normasentramitacion.aspx.*

11. El pasado 28 de marzo se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, 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 y la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por las 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.

II. EL PROYECTO DE REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL: ANÁLISIS DE LA RECEPCIÓN DE LOS CRITERIOS DOCTRINALES FIJADOS POR LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES

1. PRECISIONES PREVIAS

Recientemente se ha hecho público, como se acaba de apuntar, el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos de Revisión en materia contractual, con el objetivo de dotar a los tribunales de recursos contractuales y a quienes deban acudir a ellos, en el ejercicio de la defensa de sus intereses o derechos, de normas de actuación precisas y concretas. Más aún, cuando ha transcurrido un período de tiempo prudencial desde que aquellos entraran en funcionamiento, y se cuenta ya con una cierta experiencia con respecto a la aplicación de los procedimientos de recursos o reclamaciones contractuales y a la forma de resolver los problemas que han ido surgiendo en su tramitación.

No obstante, también es cierto, como tendremos oportunidad de comprobar a lo largo de estas líneas, que los citados tribunales han realizado una notable labor de coordinación entre ellos, que ha permitido contar con criterios más o menos homogéneos en la tramitación de los procedimientos de recurso y reclamaciones, dotando de seguridad jurídica al citado sistema. De esta forma, cabe concebir al reglamento como una cláusula de cierre que viene a normativizar y sistematizar la mayoría de los problemas procedimentales a los que se venían enfrentando los citados tribunales.

El proyecto consta de cuarenta y un artículos divididos en cuatro capítulos y de tres Disposiciones adicionales, dos transitorias y tres finales. En este sentido, tal y como se pone de manifiesto en la Disposición final primera, las disposiciones del reglamento tienen carácter básico al amparo de lo establecido en el 149.1.18 de la Constitución Española (en adelante CE), la cual, como es sabido, atribuye al Estado competencia para dictar la «legislación básica en materia de contratos administrativos», a excepción de los artículos 1, letras a) y c), 2 apartado 1, los artículos 3 a 10, el 12, los dos últimos párrafos del artículo 34, el artículo 37 y el título IV. En líneas generales, los artículos que no tienen

carácter básico tienen por objeto el establecimiento de normas reguladoras de la constitución, composición y régimen jurídico del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como la utilización de medios electrónicos.

Como consecuencia de lo anterior, las normas procedimentales, aplicables al recurso especial, a las reclamaciones y a la cuestión de nulidad, lo son, con carácter básico, «a todas las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores dependientes de ellas comprendidas en el artículo 3 del TRLCSP»[12], tal y como dispone la disposición final primera *in fine*.

No se puede pasar por alto, la incoherencia que se produce al limitar la aplicación del reglamento, en el caso de la cuestión de nulidad, a los actos de las Administraciones públicas y de los poderes adjudicadores, cuando ésta, a tenor de las disposiciones contenidas en el artículo 37 del TRLCSP, en principio puede interponerse contra los contratos de servicios asimilados celebrados por un ente del sector público que no sea poder adjudicador.

Esta y otras cuestiones, determinan la existencia de un ámbito de aplicación distinto entre el recurso especial y la cuestión de nulidad, lo cual ha sido criticado en varias ocasiones, al impedir la existencia de cierta uniformidad entre los contratos que pueden ser objeto de recurso especial y los que pueden ser objeto de cuestión de nulidad[13].

No obstante, como bien apuntó Diez Sastre, hay que reparar en que las causas de nulidad cualificadas se remiten a los supuestos en los que

12. En este sentido, conviene recordar que, tanto el recurso especial en materia de contratación, como las reclamaciones y la cuestión de nulidad, en materia contractual, sólo pueden interponerse, contra determinados actos dictados por las entidades que, a tenor de las disposiciones del TRLCSP y de la LCSE, merezcan la calificación de poder adjudicador (categoría en la que, como es sabido, quedan encuadradas las Administraciones públicas). De esta forma, quedan excluidos de este régimen de tutela restitutoria los entes del sector público que no merezcan la consideración de poder adjudicador.
13. Entre otros, vid., Consejo de Estado, Dictamen 499/2010, de 29 de abril de 2010, así como Gallego Córcoles, I. «Contratos públicos y régimen cualificado de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad», *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011, p. 13.

cabe interponer recurso especial, por lo que se debería presumir que la entidad contratante tendrá la consideración de poder adjudicador[14].

Hecha la anterior observación, y retomando el análisis del reglamento, hay que señalar que el mismo gira en torno a dos ejes fundamentales. Por un lado, el proyecto incorpora disposiciones sobre la composición del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y, por otro, introduce una regulación más detallada respecto de la mayoría de los trámites del procedimiento de recurso –o reclamación o cuestión–.

2. PRECISIONES QUE INCORPORA EL REGLAMENTO SOBRE EL TRIBUNAL CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

Las disposiciones que incorpora el proyecto de reglamento relativas a la constitución, composición y régimen jurídico del Tribunal central son objeto de regulación en el capítulo II, artículos 3 a 11, ambos incluidos. Los citados artículos, como se apuntó más arriba, no tienen carácter básico, por lo que sólo afectan al citado Tribunal Central. No obstante, hay que tener en cuenta que este Tribunal también será competente para resolver los recursos contractuales que se interpongan contra los actos de aquellas Comunidades Autónomas que le hubieran atribuido la competencia para ello.

En este sentido, el reglamento contiene una serie de previsiones que desarrollan y concretan cómo deberá realizarse la citada atribución de competencia de resolución de recursos contractuales. Ésta deberá atribuirse mediante la suscripción del correspondiente convenio con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el que debe constar la compensación económica que se establezca, el plazo por el que se hace la atribución, y demás condiciones de la misma. Asimismo es necesario que el convenio sea publicado tanto en el Boletín Oficial del Estado como en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente (artículo 10)[15]. En estos casos, es necesario que la atribución de competencia al Tribunal Central se mencione en el pliego de cláu-

14. *La tutela de los licitadores en la adjudicación…, cit., p. 213.*

15. Señalábamos más arriba que así lo han hecho La Rioja, Extremadura, Castilla La Mancha, Murcia, Cantabria o Islas Baleares.

sulas administrativas particulares o documento de contenido análogo (artículo 10.3).

Por otro lado, el artículo 11, que tiene carácter básico, prevé, respecto de las entidades locales, que a falta de previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia para conocer de los recursos especiales, reclamaciones y cuestiones de nulidad de aquellas, se entiende atribuida al mismo Tribunal al que las comunidades autónomas, en cuyo territorio se integren, la hayan atribuido.

En este orden de cosas, hay que recordar que actualmente el Tribunal se compone del Presidente y de dos vocales. Además existe una Secretaría General a la que corresponde la coordinación de la tramitación de los recursos presentados, así como su control y seguimiento, dictar los actos de trámite y de notificación e impulsar de oficio el procedimiento, así como aquellas otras tareas que le sean expresamente atribuidas por el Presidente.

Respecto de este último, el reglamento incorpora otra novedad, consistente en regular la citada Secretaría General como órgano de asistencia, en su doble vertiente, de tramitación de los procedimientos y de jefatura de la oficina del Tribunal. Así se desprende de las previsiones de los artículos 3.1 y 6.3. El primero integra al secretario general en la composición del Tribunal y el segundo, dispone que a este le corresponde la dirección y coordinación de la oficina del Tribunal, el impulso de oficio de los procedimientos, velar por la ejecución de las resoluciones adoptadas, así como aquellas tareas que le sean encomendadas por le Presidente, además de las funciones propias de la secretaría del tribunal y de las secciones como órganos colegiados.

Por otro lado, el artículo 4, autoriza que ante el aumento de los asuntos sometidos a conocimiento del Tribunal, se incremente el número de vocales, mediante Real Decreto. En este caso, cuando por su número resulte necesario, estos se integrarán en secciones las cuales estarán presididas por el Presidente, siendo esta facultad delegable en alguno de los vocales que integren la sección.

Los miembros del tribunal son independientes en el ejercicio de sus funciones (artículo 7), y están obligados a asistir a las sesiones a las que sean convocados y a participar en las deliberaciones necesarias

para la adopción de acuerdos. Éstos se adoptarán por mayoría entre los asistentes, teniendo el Presidente voto de calidad en caso de empate (artículo 8). Asimismo, es necesario que se extienda un acta de todas las sesiones, en la que se consignen todos los detalles relativos a la misma para su conservación junto con el original de las resoluciones adoptadas, en la Secretaría del órgano (artículo 9).

3. PRECISIONES APLICABLES AL PROCEDIMIENTO

Con respecto al procedimiento de recurso, objeto de los artículos 12 a 37 (Capítulo III), se regulan con mayor detalle que en el TRLCSP, la mayoría de los trámites del mismo. En este sentido, y muy especialmente la solicitud de medidas provisionales, concretamente la posible exigencia de garantías para responder de los daños que de su adopción pudieran derivarse para el órgano de contratación o para los restantes licitadores, las causas de inadmisión, el cómputo de los plazos para la interposición del recurso según el acto que sea objeto del mismo, la práctica de la prueba o las sanciones por interposición del recurso con mala fe o temeridad.

Asimismo, mereciendo una especial mención, se regula la posibilidad de acordar la indemnización de daños y perjuicios extendiéndola tanto a los supuestos de estimación del recurso como a los de desestimación total y permitiendo que a través de esta vía se pueda establecer la correspondiente compensación económica a las partes por las costas en que hubieran incurrido como consecuencia de la interposición del recurso.

Por otro lado, el Reglamento regula, en los artículos 38 a 41 (Capítulo IV), el marco general del establecimiento de la obligatoriedad del uso de medios electrónicos en las relaciones con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales[16].

16. Y ello en aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimosexta en relación con la disposición final cuarta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que prevén el uso de medios electrónicos en la contratación administrativa y en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

3.1. LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO ESPECIAL, LA RECLAMACIÓN Y LA CUESTIÓN DE NULIDAD: EL ANUNCIO PREVIO, EL LUGAR DE PRESENTACIÓN, EL PLAZO DE INTERPOSICIÓN Y LA LEGITIMACIÓN

La interposición del recurso especial debe ir precedida de un anuncio previo por escrito en el que se especifique el acto del procedimiento que se vaya a impugnar. Así lo dispone el artículo 44.1 TRLCSP. Además, el anuncio deberá presentarse ante el órgano de contratación (artículo 44.3 TRLCSP) y aunque la Ley lo configura como un requisito necesario para poder interponer el recurso, éste no condiciona los plazos del procedimiento que se inicia con la presentación del escrito de recurso ante el órgano competente (artículo 44.2 TRLCSP). No obstante, aunque el citado anuncio aparece configurado como un requisito obligatorio es posible subsanar su omisión *ex post*.

Sentado lo anterior, respecto de la exigencia de anuncio previo, conviene poner de manifiesto que, como ya han señalado algunos, este trámite es perfectamente prescindible. En este sentido, hay que partir de que, por un lado, la Ley guarda silencio respecto del plazo que debe transcurrir desde el anuncio a la interposición, por lo que podría pensarse que, incluso, pueden presentarse conjuntamente. Pero además, como señalaba antes, la omisión de la presentación del anuncio es subsanable ya que en este caso, el artículo 42.5 TRLCSP, dispone que se requerirá al interesado para que en el plazo de tres días hábiles subsane la falta de anuncio previo. Estas circunstancias dan la pista, en palabras de S. Diez Sastre, del vacío funcional de esta figura ya que, como bien apunta, el anuncio previo, en estos términos, no opera como un mecanismo eficaz para evitar la apertura de la vía del recurso que sería su única función lógica dentro del sistema[17].

Pero a lo anterior hay que añadir otro argumento adicional, y es que la Ley permite que la presentación del escrito de interposición del recurso, que inicia el procedimiento de recurso, pueda hacerse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso (artículo 44.3 TRLCSP). En este sentido, si se opta por presentar la interposición del recurso ante el Tribunal correspondiente, éste deberá notificarlo en *el mismo día* al órgano de contrata-

17. *La tutela de los licitadores en la adjudicación…, cit*., p. 179.

ción con remisión de la copia del escrito de interposición (artículo 46.2 TRLCSP). De esta forma, la necesaria interposición del anuncio previo ante el órgano de contratación, cuya falta insistimos es subsanable, pierde de cualquier tipo de utilidad, ya que el órgano de contratación va a tener conocimiento del escrito de interposición, en este caso, el mismo día en que haya sido presentado ante el Tribunal, incluso es posible que antes de que transcurran los citados tres días en que el órgano de contratación debiera requerir al interesado para la presentación del citado anuncio.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que los propios Tribunales, entienden que la presentación del recurso subsana la falta de anuncio previo[18].

18. Entre otros, en Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en sus Resoluciones 40/2011, de 14 de julio, o la Resolución 80/2011, de 23 de noviembre. En este sentido, en la Memoria del TACPCM de 2012, p.33, se señala que «la exigencia de este requisito previo no deja de ser polémica en nuestro ordenamiento, máxime cuando la necesidad de anuncio previo fue suprimida para recurrir, en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa en virtud de la Disposición derogatoria segunda de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y en el ámbito de los recursos administrativos, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al tratarse de un requisito que la doctrina emanada del Tribunal Constitucional consideraba subsanable. En este sentido es ilustrativa la exposición de los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1996 de 30 abril, RTC\1996\76, en concreto cuando afirma que *"la falta de la comunicación previa no frustra las finalidades con ella perseguidas. Y de todo ello deriva la clara inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, en la interpretación que hace de aquella falta un vicio insubsanable: ni la levedad de los fines a que responde la comunicación previa justifica una eliminación del contenido propio y normal del derecho a la tutela judicial efectiva –conocimiento del fondo del asunto– y ni siquiera tal comunicación previa resulta estrictamente imprescindible para lograrlos. La exigencia de la comunicación previa, en términos de insubsanabilidad de su omisión, resultaría desproporcionada en relación con el contenido esencial del art. 24.1 CE y por tanto inconstitucional".* Frente a esta cuestión el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, viene considerando en sus resoluciones que dicha deficiencia, debe tenerse por cumplida, por economía procedimental, entendiendo que la finalidad de dicho anuncio es que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere ésta, se va a interponer el pertinente recurso, y en consecuencia no proceda a su formalización, lo que se verifica al haberse interpuesto el recurso directamente ante el órgano de contratación, siendo en consecuencia, el conocimiento de la impugnación del acto de que se trate, por parte de éste inmediato y anterior, en todo caso, al inicio del plazo de dos días para la emisión del correspondiente informe. En el caso de que

Pues bien, el reglamento que nos ocupa, respecto de esta cuestión y a tenor de las disposiciones contenidas en el artículo 17, establece que la presentación del escrito de interposición ante el órgano de contratación producirá además los efectos del anuncio de recurso. Al respecto, cabe sostener que a tenor de las afirmaciones anteriores, la previsión, dentro de las posibilidades de las que disponía el reglamento desde un punto de vista jerárquico, resulta acertada. Ahora bien, hay que tener en cuenta, que sólo se producen los citados efectos, si se presenta el escrito de interposición ante el órgano de contratación. No obstante, ya hemos señalado cual es la interpretación que están realizando los tribunales de recursos respecto de la subsanación de la falta de anuncio mediante la propia interposición del recurso. Por todo ello, parece que no queda ningún argumento a favor de mantener en la futura transposición de las Directivas de contratos el citado trámite de anuncio previo a la interposición del recurso.

Respecto del lugar de presentación del escrito de interposición, el reglamento, prevé, en el artículo 18, que el recurso en materia de contratación sólo podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del Tribunal competente para resolverlo. Por su parte, la reclamación en los sectores excluidos y las cuestiones de nulidad sólo podrán presentarse en el registro del Tribunal competente para resolverlo.

La presentación de cualquiera de los anteriores en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo distinto al del órgano de

---

el recurso se hubiera interpuesto directamente ante el Tribunal, sin comunicación previa, tal falta es quedaría subsanada por la comunicación que el Tribunal está obligado a realizar al órgano de contratación el mismo día de la presentación del recurso, pudiendo además verificarse tal subsanación en cualquier momento anterior al vencimiento del plazo para interponer el mismo, dado que el plazo de interposición y el de comunicación previa, coinciden. Así a juicio del Tribunal en este caso la falta de comunicación previa, sería causa de inadmisión, únicamente en los casos de impugnación de la adjudicación, cuando habiéndose interpuesto el recurso el último día del plazo establecido para ello, dicha falta de comunicación hubiera determinado que el órgano de contratación hubiera procedido a formalizar el contrato, situación ésta que muy escasamente se va a dar, ya que el Tribunal debe comunicar al órgano de contratación la interposición del recurso el mismo día en que éste se hubiera presentado, suspendiéndose el procedimiento automáticamente en virtud de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP». Vid. También Guía de Procedimiento ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. Recurso Especial de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

contratación o al del Tribunal de recursos, no interrumpirá el plazo de presentación y ello por cuanto, aquellos, se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del Tribunal competente para resolverlo, según proceda.

Estas previsiones se acomodan al criterio que han venido manteniendo los Tribunales de Recursos. En este sentido, el Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía, entre otros, entiende que la inadmisión del recurso por su extemporaneidad comprende no sólo los casos en que se ha sobrepasado el plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44 del TRCLSP, sino también los casos en que aun habiéndose presentado el recurso dentro del citado plazo en la oficina de correos o en el de un registro, que no es el del órgano de contratación o el del correspondiente Tribunal, posteriormente tiene entrada efectiva en el citado registro una vez transcurridos los quince días. De esta forma, aunque no se impide la presentación del recurso en las oficinas de correos o en otros registros públicos, para el cómputo del plazo legal de interposición se toma la fecha de su recepción bien en el registro del órgano de contratación o bien en el del Tribunal competente (Resoluciones 15/2012, 90/2012 y 96/2012).

En tercer lugar, el reglamento, en su artículo 19, se ocupa de facilitar una serie de reglas aplicables a supuestos específicos respecto del cómputo del plazo de interposición. Hasta ahora, contábamos con las reglas establecidas en el artículo 44.2 del TRLCSP. En este sentido, si el acto objeto del recurso tiene que notificarse a los licitadores, el plazo de quince días hábiles para la presentación del recurso, comenzarán a computarse a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado.

En cambio, han surgido una serie de dificultades en el caso de que la impugnación se produzca contra un acto que no debe notificarse, concretamente, respecto de cuál debe ser el *dies a quo* del cómputo del plazo para impugnar los pliegos y demás documentos contractuales, especialmente en el caso de que se hayan facilitado telemáticamente. Veamos cuál es el estado de esta cuestión, para poder valorar a continuación las previsiones que al respecto incorpora el reglamento.

En este sentido, el artículo 44.2.a) del TRLCSP dispone que: «cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás

documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley»[19].

Pues bien, las citadas previsiones fueron interpretadas de forma distinta por parte de los Tribunales, ofreciéndose dos versiones enfrentadas. El asunto fue objeto además de análisis en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013.

Por un lado, el Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía, en su Resolución de 87/2013, de 9 de julio, comienza recordando que el legislador español, opta por computar el plazo para la impugnación de los pliegos a partir del día siguiente a aquél en que hayan recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del TRLCSP. Al respecto, recuerda que el citado precepto, va referido a la puesta a disposición de los pliegos a los licitadores cuando los mismos no se han facilitado por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

No obstante, en el supuesto objeto de análisis por el Tribunal, los pliegos de la licitación sí habían sido puestos a disposición de los licitadores por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a través de

19. El citado artículo 158 del TRLCSP dispone que: «1. Cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas, con la antelación que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos.2. La información adicional que se solicite sobre los pliegos y sobre la documentación complementaria deberá facilitarse, al menos, seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de ofertas, siempre que la petición se haya presentado con la antelación que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos.3. Cuando, los pliegos y la documentación o la información complementaria, a pesar de haberse solicitado a su debido tiempo, no se hayan proporcionado en los plazos fijados o cuando las ofertas solamente puedan realizarse después de una visita sobre el terreno o previa consulta "in situ" de la documentación que se adjunte al pliego, los plazos para la recepción de ofertas se prorrogarán de forma que todos los interesados afectados puedan tener conocimiento de toda la información necesaria para formular las ofertas».

su publicación en el perfil del contratante. Asimismo, los anuncios de licitación publicados en el DOUE y en el BOE se remitían al perfil para la obtención de los pliegos.

De esta forma se había completado, con esas tres publicaciones (DOUE, BOE y perfil del contratante), la publicidad obligatoria prevista en el 142 del TRLCSP para la convocatoria de licitaciones de contratos sujetos a regulación armonizada por parte de las Administraciones Públicas y, además, el contenido de los pliegos impugnados se había puesto a disposición de los licitadores en el perfil del contratante.

En este caso, el Tribunal, entiende que el cómputo del plazo de quince días hábiles para interponer el recurso, comenzará a partir del día siguiente a aquél en que se ha completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP. De esta forma, si los pliegos se hubieran publicado en el perfil del contratante antes de la publicación del anuncio de la licitación en los diarios oficiales correspondientes, el plazo del recurso contra aquéllos no se computaría hasta el día siguiente a la publicación del anuncio de la licitación en el último diario oficial, puesto que hasta entonces los pliegos carecerían de eficacia jurídica. Por el contrario, en caso de que se anuncie la licitación en los diarios oficiales antes de la publicación del anuncio y de los pliegos en el perfil del contratante, el plazo de interposición del recurso no se computaría hasta el día siguiente a aquél en que se publiquen los pliegos en el perfil, puesto que hasta entonces éstos no se ponen a disposición de los licitadores.

Esta interpretación, a juicio del Tribunal, es más acorde tanto con la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, que acoge, en su artículo 2 quáter, la fecha de publicación de los pliegos o demás documentos contractuales como inicio del cómputo del plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación. Por otro lado, también es acorde con el propio TRLCSP, ya que, como afirma el Tribunal, los pliegos se ponen a disposición de los licitadores cuando, cumplidos todos los requisitos de publicidad que establece el artículo 142 del TRLCSP, se puede acceder a su contenido a través del perfil del contratante.

En cambio, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, siguiendo el criterio fijado por el Tribunal Central de Recursos Contractuales, venía aplicando la presunción *iuris*

tamtum para la determinación del *dies a quo* en el cómputo del plazo en el caso de que el objeto del recurso fuera un pliego de contratación al que los licitadores hubieran tenido acceso a través del portal de contratación de que se trate, que el cómputo del plazo comenzaría a contar desde la fecha límite establecida para la presentación de ofertas indicada en la convocatoria de licitación, que es el único hito en que puede darse por cierto el conocimiento del contenido de los pliegos por parte de los licitadores (Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales núm. 130/2011, de 27 de abril).

Pues bien, esta cuestión fue objeto de análisis en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de octubre de 2013 (JUR 2013, 346592), la cual puso de manifiesto, que el criterio adoptado por el Tribunal Central de Recursos Administrativos, consistente en sostener que cuando el acto recurrido sean los pliegos y su puesta a disposición haya tenido lugar por medios electrónicos, informáticos y telemáticos, o bien no se pueda determinar fehacientemente la fecha de puesta a disposición de los pliegos, debe computarse dicho plazo por razones de seguridad jurídica a partir de la fecha límite de presentación de las proposiciones, no podía sostenerse jurídicamente por las siguientes razones:

> «…A.- Porque es el propio anuncio el que hace constar que el Pliego puede recogerse de las oficinas, por lo que los interesados pudieron tener acceso a los mismos desde ese momento, sin que pueda alegarse desconocimiento de una publicación oficial (BOE y DOUE), o si desde luego se alega, no es jurídicamente vinculante. B.- Porque la fehaciencia de la fecha de puesta a disposición de los pliegos debe depender de un dato objetivo, ya sea la publicación o ya sea la solicitud del interesado solicitando su remisión, no de un hecho aleatorio cuál es el día en que el interesado decida tomar conocimiento de los mismos. C.- Porque y enlazando con el argumento anterior, la eficacia de una norma, en este caso los pliegos, no puede depender de que la parte quiera o no conocerlos, para que en este último caso se interprete la norma de manera favorable a aquél que con su actuación negligente, pasiva o abusiva impidió tomar razón de los mismos, interpretación ésta además acorde con la que en materia de obligaciones y contratos se sigue en el *Código. D.*- Por último porque el plazo de interposición del recurso es improrroga-

> ble y materia de orden público por lo que no puede dejarse su señalamiento al arbitrio de una de las partes contratantes, sin que pueda ampliarse a su favor, por el simple hecho de no acudir a consultarlos o recogerlos del punto de contacto indicado en el anuncio. Dicha interpretación es arbitraria y contraria a derecho».

Sentado lo anterior, hay que señalar que el reglamento dedica el apartado segundo del artículo 19 a esta cuestión. En términos generales, la regla establecida coincide, en parte, con la interpretación sentada tanto por el Tribunal andaluz como por la Audiencia Nacional. Y ello por cuanto se establece que:

> «Cuando el recurso se interponga contra los pliegos y demás documentos contractuales que hayan de regir la adjudicación de un contrato, y se cumpla la obligación prevista en la disposición adicional segunda de este Reglamento referida a su publicidad en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el plazo para recurrir los citados pliegos o documentos comenzará a contar a partir del día siguiente a la publicación de éstos en la Plataforma de Contratación del Sector Público».

Por tanto, decimos que parece se adopta sólo en parte el referido criterio porque el precepto señala como *dies a quo* el día siguiente a la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con independencia de si la publicidad en los respectivos diarios o boletines en anterior o posterior a aquella.

En cambio, no ocurre lo mismo en el caso recogido en el segundo párrafo del artículo 19.2 del reglamento, ya que se señala que:

> «en el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, cuando los pliegos y demás documentos contractuales que hayan de regir la adjudicación de un contrato se publiquen en servicios de información similares a la Plataforma de Contratación del Sector Público que articulen las comunidades o ciudades autónomas y las entidades locales y se indique esta circunstancia en el anuncio de licitación publicado en el Diario Oficial de la comunidad o ciudad autónoma o provincia, según proceda, el plazo para recurrir los citados pliegos o documentos comenzará a contar a partir del día siguiente a la publicación de estos anuncios o

> desde la incorporación de los pliegos a los medios equivalentes a la Plataforma de Contratación del Sector Público de las comunidades o ciudades autónomas o entidades locales, si ésta fuera posterior».

En este caso, como decimos, si se adopta el criterio que el plazo para la interposición del recurso contra los pliegos comienza a computar cuando se hubiera completado toda la publicidad.

Junto con el citado supuesto, el artículo 19 también ofrece reglas para el computo de los plazos para la interposición del recurso en relación con otros supuestos.

Así, si el recurso se interpone contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación.

También se ocupa el reglamento de concretar en el 19.3 qué ocurre cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación. En este sentido, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del mismo.

Por otro lado, el reglamento también regula, e el artículo 24, dos supuestos especiales de legitimación que han resultado controvertidos. Así, respecto de las asociaciones re-presentativas de intereses relacionados con la contratación pública se señala que únicamente podrán interponer recursos «para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados». Pero además, en respecto de las Uniones Temporales de Empresas se establece que cualquiera de ellas podrá interponer recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos puedan verse afectados, pero si alguna empresa no deseara recurrir podrá ponerlo de manifiesto al tribunal en cualquier momento anterior a la resolución, y en tal caso no se le tendrá por comparecida en el mismo y no se le impondrá, en su caso, la multa por mala fe o temeridad que pueda acordar el Tribunal.

3.2. SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES

El TRLCSP dedica el artículo 43 a la regulación del régimen de las medidas provisionales. En este sentido, se pueden solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas provisionales. La finalidad de tales medidas consiste, como es sabido, en posibilitar la corrección de infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados. Entre éstas se incluyen las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

Al respecto hay que tener en cuenta que el apartado 3 del citado artículo 43 establece que cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquéllas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

Este apartado remite a la correspondiente regulación reglamentaria la determinación de la cuantía y forma de la garantía a constituir así como los requisitos para su devolución.

Y es esta cuestión la que precisamente ha sido objeto de regulación por parte del reglamento. En este sentido, la citada norma se ocupa de regular la solicitud de medidas provisionales y, en especial, la posible exigencia de garantías para responder de los daños que de su adopción pudieran derivarse para el órgano de contratación o para los restantes licitadores, en los artículos 25, 26 y 27[20]. No obstante, son los dos últimos artículos citados los que suscitan un mayor interés, por cuanto el 25 no contiene ninguna novedad respecto de las previsiones sentadas en el artículo 43 del TRLCSP.

Así, el artículo 26 se ocupa de la concreción de la cuantía a que deben ascender las garantías que puede fijar el Tribunal para responder de los perjuicios que pudieran derivarse para el órgano o entidad autor del acto recurrido o para cualquiera de los interesados en la adjudica-

20. Estos preceptos tiene carácter de legislación básica, a tenor de las estipulaciones de la Disposición Final primera del reglamento y por tanto, son de aplicación general a todas las administraciones públicas y poderes adjudicadores dependientes de ellas comprendidas en el artículo 3 del TRLCSP.

ción, como consecuencia de la adopción de medidas provisionales en el caso de que éstas sean solicitadas por el recurrente o reclamante.

Hay que tener en cuenta que en el mismo acuerdo en que adopte una medida provisional, el tribunal deberá fijar, en su caso, el importe de la garantía y el plazo para constituirla, el cual no podrá exceder de diez días hábiles (artículo 26.2 Reglamento).

La regla general que establece el reglamento consiste en señalar que el importe de la garantía se fijará en el cinco por ciento del presupuesto de licitación del contrato si no se hubiera procedido aún a la adjudicación y del importe de ésta en caso contrario. A la anterior resulta de aplicación una excepción y es que si el Tribunal entiende justificadamente que la responsabilidad en que el solicitante de la medida provisional pueda incurrir alcanzará previsiblemente una cuantía inferior o superior, podrá apartarse de las cuantías anteriores y proceder a concretarla aquel. Asimismo, si se trata de un procedimiento de adjudicación en el que no exista presupuesto de licitación o de adjudicación, el Tribunal fijará el importe de la garantía, exclusivamente, en base a la estimación que haga de los posibles daños. En la concreción del importe de la garantía no se tendrá en consideración la cuota correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Por otro lado, en cuanto a la forma de constituir las garantías, el artículo 27, prevé que sólo se admiten como garantías el aval bancario, el contrato de seguro de caución o el depósito de metálico o valores de deuda pública del Estado, constituidos de conformidad con las disposiciones vigentes y depositados en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda.

Las citadas garantías que se exijan para la adopción de medidas provisionales se constituirán a disposición del Tribunal y responderán, en la cuantía determinada por él, de los daños que se puedan ocasionar como consecuencia de tales medidas, tanto al órgano de contratación como a los demás interesados en el procedimiento de adjudicación.

Por su parte, es la Secretaría del Tribunal el que, una vez recibido el resguardo acreditativo del depósito y verificado el cumplimiento de los requisitos indicados en los párrafos anteriores, deberá declarar firmes las medidas provisionales acordadas. En caso contrario, transcurrido

el plazo otorgado al efecto sin que aquellas se hubieran constituido, las declarará decaídas dejándolas sin efecto.

3.3 PRUEBA

El artículo 46.4 del TRLCSP se ocupa de concretar el régimen jurídico de la prueba que puede solicitarse y practicarse en este tipo de procedimiento. En este sentido, los hechos relevantes para la decisión del recurso pueden acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, puede acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

Por otro lado, el órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

Respecto de lo anterior, hay que señalar que el Reglamento desarrolla en parte estas disposiciones concretando cómo se debe solicitar su práctica y fijando un plazo para notificar su práctica a los interesados en el procedimiento. En este sentido, el artículo 30 dispone que:

1. La solicitud de la prueba deberá hacerse en el escrito de interposición del recurso, si la solicita el recurrente, y en el de alegaciones cuando la solicite cualquiera de los restantes interesados. Si la solicitud se formula por el órgano autor del acto recurrido deberá hacerse en el informe remitido acompañando al expediente de contratación.

   La solicitud de práctica de prueba pericial deberá formularse en términos concretos identificando los extremos sobre los que debe versar y la persona o personas propuestas para practicarla.

2. Acordada la práctica de la prueba, ésta deberá notificarse a los interesados en el recurso dentro del plazo de cinco días hábiles a partir de la fecha en que el Tribunal acuerde la apertura del período de prueba indicando, en su caso, el lugar, fecha y hora de su práctica.

3. Los gastos derivados de la práctica de la prueba serán de cuenta del que la hubiera solicitado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 del presente Reglamento.

4. Contra las resoluciones que se adopten en relación con la práctica de la prueba no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad de aducir su denegación como fundamento del recurso contencioso administrativo.

3.4 INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Especial atención merece la regulación que se hace de la posibilidad de acordar la indemnización de daños y perjuicios, con la finalidad de que través de esta vía se pueda establecer la correspondiente compensación económica a las partes por las costas en que hubieran tenido que incurrir como consecuencia de la interposición del recurso.

En este sentido, las reglas actualmente fijadas en el artículo 47.3 del TRLCSP prevén la posibilidad de que, a solicitud del interesado y si procede, pueda imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, debiendo ésta resarcir al reclamante al menos de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación[21].

Asimismo, a tenor de las estipulaciones del artículo 47.5 TRLCSP, si el Tribunal aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores[22].

---

21. Para determinar la citada indemnización, el artículo 48 prevé que ésta se fijará atendiendo en lo posible a los criterios de los apartados 2 y 3 del artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

22. Una previsión similar se recoge en la Guía de Procedimiento de Recurso ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la cual prevé que: «El TACPA tiene la potestad de imponer sanciones si se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares: entre 1.000

Por su parte, el reglamento prevé que ésta podrá acordarse, en dos supuestos. En primer lugar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 33.1, en los supuestos de estimación del recurso, en los siguientes términos:

> «El Tribunal, en el caso de estimar el recurso, podrá apreciar en su resolución, a instancia del recurrente, los daños y perjuicios derivados para él de la actuación del órgano de contratación fijando al efecto la indemnización a satisfacer por ello. Entre los daños indemnizables podrán incluirse los gastos necesariamente originados por la intervención en el procedimiento de recurso incluidos los derivados de la práctica de prueba».

Pero también podrá acordarse en los supuestos de desestimación total, de conformidad con las previsiones del apartado segundo del citado artículo 33:

> «De igual modo y, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 31, el Tribunal, cuando desestime totalmente el recurso, podrá acordar en su resolución la indemnización de los daños ocasionados al órgano de contratación o a los restantes interesados en el procedimiento como consecuencia de la interposición del recurso, siempre que éstos lo hubieran solicitado en el trámite de informe o alegaciones. A tal fin, apreciará el grado de temeridad o mala fe en la interposición y fijará en la resolución el importe de la indemnización para lo cual podrá incluir los gastos originados necesariamente por la intervención en procedimiento de recurso incluidos los derivados de la práctica de prueba.
>
> En tal caso, cuando la prueba se hubiera acordado de oficio, los gastos derivados de su práctica se abonarán a la Administración Pública o poder adjudicador que los hubiera soportado».

3.5 UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

En último lugar, hay que poner de manifiesto que a través del Reglamento se pretende también la regulación del marco general del esta-

---

y 15.000 euros, que se fijará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores».

blecimiento de la obligatoriedad del uso de medios electrónicos en las relaciones con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales[23]. El citado marco se contiene en el capítulo IV, artículos 38 a 41, los cuales no tienen carácter básico, a tenor de lo señalado en la Disposición final primera de la norma.

El reglamento justifica la inclusión de estas previsiones con el objeto de preservar la necesaria unidad del texto que regule el procedimiento y con la finalidad también de contribuir a salvaguardar en la mejor forma posible la garantía del derecho de defensa de los recurrentes[24].

Respecto a las notificaciones que debe practicar el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se ha optado por el sistema de dirección electrónica habilitada regulado en la Orden PRE/878/2010, de 5 de abril, por el que se establece el régimen del citado sistema previsto en el artículo 38.2 del Real Decreto 1671/2009.

El reglamento considera que la tramitación electrónica representa un instrumento de gran utilidad para poder dar cumplimiento a los plazos brevísimos para la tramitación del procedimiento de recurso cuyo cumplimiento sólo puede ser garantizado de una forma efectiva a

23. Respecto a la justificación, prevé el Reglamento que: «ello en aplicación de lo previsto en la disposición adicional decimosexta en relación con la disposición final cuarta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que prevén el uso de medios electrónicos en la contratación administrativa y en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Precisamente esta última permite establecer reglamentariamente la obligación para determinadas personas y entidades de relacionarse con la Administración solamente a través de medios electrónicos. Previsión ésta que ha sido objeto de amplia regulación en el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, disponiendo en su artículo 32 que dicha obligatoriedad puede establecerse por Orden Ministerial. Pues bien, las personas que se relacionan con el Tribunal, mayoritariamente personas jurídicas y, en todo caso, personas físicas con acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos, se encuentran claramente encuadradas en las previsiones legales al respecto, por lo que se ha considerado conveniente regular dicha obligatoriedad».

24. No obstante, conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda del Reglamento, las normas reguladoras de la tramitación electrónica del procedimiento no entrarán en vigor con respecto a la presentación de los escritos de interposición de recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad hasta transcurridos tres meses desde la entrada en vigor del citado Reglamento.

través la utilización de medios electrónicos en la presentación de los escritos y documentos, en la remisión de los expedientes de contratación y, en general, en las comunicaciones y notificaciones.

Por otro lado, aunque las citadas disposiciones no tengan carácter básico, y, por tanto, no sean de aplicación general a todas las administraciones públicas y poderes adjudicadores dependientes de ellas comprendidos en el artículo 3 del TRLCSP, hay que poner de manifiesto que ya hay algún tribunal que se sirve de la utilización de medios electrónicos. En este sentido, y a título de ejemplo en Navarra, conforme al 212.1 Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP) y al Acuerdo 26/2013, de 13 de septiembre, resulta preceptiva la interposición por vía telemática del recurso. Dicho Acuerdo pone de manifiesto que «en ningún caso puedan considerarse como una vía alternativa los registros administrativos que sirven de cauce de entrada de documentación para la tramitación en otros procedimientos de impugnación ordinarios». Ello salvo error técnico acreditado del Portal de Contratación de Navarra, plataforma donde deben presentarse las reclamaciones[25].

III. CONSIDERACIÓN FINAL

En términos generales, y de conformidad con lo señalado, cabe entender que el reglamento cumple con su finalidad, ya que resuelve los problemas y aclara las dudas que había suscitado la puesta en funcionamiento del recurso especial en materia de contratación pública.

Además, las previsiones incluidas en el mismo están en sintonía con los criterios que han venido adoptando, de manera coordinada, los tribunales de recursos de contratos públicos, como lo ponen de manifiesto las memorias de actividades que vienen publicándose anualmente. La norma incluso arroja luz sobre alguna cuestión controvertida que ha sido objeto de interpretaciones contradictorias por parte de aquellos y resuelve, en la medida de sus posibilidades, algún que otro defecto formal ya denunciado por los mencionados órganos.

No obstante, lo que desconocemos es el efecto que sobre el mismo tendrá la reciente aprobación del nuevo paquete legislativo comu-

25. Vid., la Memoria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, de 2013, recientemente publicada.

nitario en materia de contratación pública. En este sentido, el pasado 28 de marzo, han sido objeto de publicación en el DOUE, la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de 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.

Cierto es que las Directivas de Recursos sólo han sido modificadas en aspectos puntuales, tales como en el caso de la ampliación de su ámbito de aplicación a las concesiones reguladas en la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, por lo que aparentemente las cuestiones reguladas en el Reglamento analizado, no precisan demasiadas modificaciones.

No obstante, habrá que esperar a comprobar el resultado de la transposición que haga nuestro legislador, para lo que dispone de un plazo de dos años. Mientras tanto, dispondremos de (un poco) más de seguridad jurídica en un ámbito tan complejo y cambiante como lo es el de la contratación pública.

III. Cuestiones de ámbito sectorial

Capítulo 9

Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación

JULIO TEJEDOR BIELSA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. AUTONOMÍA LOCAL Y SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS.II. EMPRESAS PÚBLICAS, SERVICIOS PÚBLICOS E INICIATIVA LOCAL EN ACTIVIDADES ECONÓMICAS: 1. SOCIEDADES MERCANTILES Y SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES; 2. SOCIEDADES MERCANTILES E INICIATIVA EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS. III. LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL PÚBLICO COMO MEDIO PROPIO O ADJUDICATARIAS DIRECTAS DE CONTRATOS PÚBLICOS: 1. GESTIÓN DIRECTA MEDIANTE SOCIEDAD MERCANTIL: MEDIOS PROPIOS Y ENTIDAD INSTRUMENTAL; 2. GESTIÓN INDIRECTA MEDIANTE EMPRESA DE ECONOMÍA MIXTA: ELECCIÓN DEL SOCIO PRIVADO Y ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS. IV. LOS ENCARGOS DE EJECUCIÓN EN LA GESTIÓN DIRECTA POR SOCIEDAD MERCANTIL: 1. ENCOMIENDA DE GESTIÓN VS. ENCARGO A ENTIDAD INSTRUMENTAL; 2. EJECUCIÓN POR ADMINISTRACIÓN VS. ENCARGO A ENTIDAD INSTRUMENTAL. IDONEIDAD DEL MEDIO PROPIO Y LÍMITES A LA CONTRATACIÓN. V. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS QUE GESTIONAN DIRECTAMENTE O INDIRECTAMENTE SERVICIOS PÚBLICOS. SUBCONTRATACIÓN E IDONEIDAD: 1. RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTRATACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL ÍNTEGRAMENTE PÚBLICO; 2. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES MIXTAS Y DE OTRAS PERSONAS O ENTIDADES PRIVADAS; 3. SOCIEDADES PARTICIPADAS O VINCULADAS DIRECTA O INDIRECTAMENTE A ENTIDADES SUJETAS QUE NO DESARROLLEN ACTIVIDADES DE INTERÉS PÚBLICO O GENERAL. BIBLIOGRAFÍA.

I. AUTONOMÍA MUNICIPAL Y SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de las implicaciones que desde la perspectiva de la contratación pública tiene la utilización de formas societarias por los municipios para gestionar servicios públicos o ejercer la iniciativa pública en actividades económicas, abordando tanto las relaciones entre los entes públicos titulares y las sociedades mercantiles públicas, su régimen de contratación y la existencia de limitaciones especiales al volumen de actividad contratada por las mismas, en función del criterio de idoneidad que, poco a poco, va calando en organismos consultivos y de control. Por todo ello, máxime atendiendo al notable impacto que sobre la cuestión ha tendido la reciente Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local (en adelante LRSAL), resulta conveniente partir de algunas referencias sucintas a la posición institucional de los municipios en el actual modelo de Estado y a la garantía de su autonomía, en sus múltiples vertientes. No se trata con ello de realizar un simple análisis teórico de la cuestión, que carecería de utilidad a este respecto, sino de anticiparse y superar posibles objeciones competenciales u organizativas, especialmente tras la reciente aprobación de la última reforma de la normativa básica estatal.

La autonomía local la integran la garantía institucional y autonomía organizativa (artículos 2, 5, 6 o 10 de la Carta Europea de la Autonomía Local, CEAL en lo sucesivo), la autonomía competencial entendida como el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes (artículo 3.1 de la CEAL), la autonomía financiera (artículos 142 de la Constitución y 9 de la CEAL) y, por último, la previsión de sistemas de control y recurso adecuados ya sea frente a la actuación de las entidades locales ya a disposición de éstas para asegurar el libre ejercicio de sus competencias (artículos 8 y 11 de la CEAL).

La garantía institucional de la autonomía local debe ser respetada por todos los legisladores, estatal o autonómicos, general o sectoriales. Según afirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 132/2012 (FJ 3) «la autonomía local reconocida por los arts. 137 y 140 CE [...], según

reiterada doctrina de este Tribunal, se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que todos los legisladores deben respetar y que se concreta básicamente, en lo que ahora estrictamente interesa, en el «derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias» (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 4; 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39, y 252/2005, de 11 de octubre, FJ 4). En esta misma línea hemos señalado que «la autonomía local consagrada en el art. 137 CE (con el complemento de los arts. 140 y 141 CE) se traduce en una *garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador* (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno» (SSTC 159/2001, de 5 de julio, FJ 4; 51/2004, de 13 de abril, FJ 9; la ya citada 252/2005, FJ 4, y 240/2006, de 20 de julio, FJ 8)».

La normativa básica estatal es la llamada, en un primer momento, a preservar de manera uniforme en todo el territorio la garantía institucional de la autonomía local. Según tiene dicho el Tribunal «es esta doctrina –reiterada en posteriores sentencias: fundamentalmente SSTC 76/1983, de 5 de agosto (F.J. 19.°) y 27/1987, de 27 de febrero (F.J. 2.°)–, según la cual debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias el que fije unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales, encontrando cobertura a esa encomienda estatal en el concepto mismo de "bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas", por cuanto dicha expresión engloba a las Administraciones Locales (SSTC 25/1983, FJ. 4.º; 76/1983, F.J. 38.°; 99/1987. F.J. 2.o), la que, con carácter general, inspira el sistema que articula la L.R.B.R.L. El "régimen local", que es, por tanto el "régimen jurídico de las Administraciones Locales", resulta de este modo no una materia evanescente, disgregada en una pluralidad de asuntos sometidos a un régimen competencial diversificado tal como afirma, la Generalidad de Cataluña, sino una materia con perfiles propios que, por imperativo de la garantía institucional de la autonomía local, contempla también –y no excluye– lo relativo a las competencias de los Entes locales. Por todo ello, podrá si

acaso discutirse el alcance dado a la competencias del Estado derivadas del arto 149.1.18.º de la Constitución al incluir, en concreto, entre ellas, la de establecer los criterios básicos en materia de competencias de las Entidades locales, pero en absoluto se ajusta a la realidad la afirmación de que el "régimen local" –equivalente, a "régimen jurídico de las Administraciones Locales"– haya quedado reducido a las cuestiones estrictamente organizativas» (Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, FJ. 1).

Ciertamente, según ha afirmado igualmente el Tribunal, no todo ha de ser uniformidad. Así, en este sentido ha precisado que «*la regulación de esas condiciones básicas tampoco exige al Estado la fijación de estándares jurídicos uniformes allí donde la propia Constitución ha reconocido la existencia de circunstancias diferenciales,* como acontece precisamente con el mandato de atención en particular a las circunstancias del hecho insular» contenido en el art. 138.1 CE, dentro del capítulo de principios generales de la organización territorial del Estado, que no supone consagrar un privilegio sino una llamada de atención sobre la singularidad objetiva que el fenómeno de la insularidad representa, y que ha de ponerse a su vez en relación con lo dispuesto en los arts. 141.4 y 143.1 CE, por lo que se refiere a la administración local propia de las islas» (Sentencia 132/2012, FJ 3). Pero la ruptura de la uniformidad precisa en la legislación estatal parece exigir, para el Tribunal, la existencia de un reconocimiento constitucional de circunstancias diferenciales tales como la población, las características geográficas o demográficas u otras que exijan precisamente un diferente tratamiento.

La autonomía competencial se concreta en el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes. Surge así el debate acerca de las competencias que han de corresponder a las entidades locales, condicionado en España por la circunstancia, evidente y tempranamente resaltada por el Tribunal Constitucional, de que no existe en nuestra Constitución garantía competencial concreta alguna a favor de las mismas. Desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este sentido precisando las diferencias entre las instituciones supremas del Estado y otras instituciones garantizadas diciendo que todas ellas «son elementos arquitecturales indispensables

del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza» (Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, FJ 3). Y continúa precisando, para completar su argumentación que «por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la Institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace" (Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981, FJ 3). Cabe cuestionar seriamente, desde esta perspectiva, si un municipio sin competencias efectivas, o con algunas de las que lo hacen reconocible como tal amputadas, es institución que responde a la «imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar».

Ahora bien, no se ha avanzado mucho en la concreción de tales límites y sí, en cambio, en el reconocimiento del amplio poder configurador de la autonomía local del legislador ordinario, estatal o autonómico, general o sectorial. Así, por todas, asumiendo plenamente pronunciamientos anteriores de sentido similar, se afirma en la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1998 (FJ 5) que si bien «este derecho de intervención en los asuntos de su competencia forma, por tanto, el núcleo primigenio de la autonomía local. No obstante, este Tribunal ha señalado igualmente que la Constitución no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y que no cabe hablar de "intereses naturales de los entes locales" (STC 32/1981) sino que, "más allá

de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional" (STC 170/1989, FJ 9), de manera que corresponde al legislador la determinación concreta del contenido de la autonomía local, respetando el núcleo esencial de la garantía institucional de dicha autonomía (SSTC 259/1988, 214/1989 y 46/1992) y sin romper con la "imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace" (STC 32/1981, FJ 3)». Literalmente se asume de nuevo este planteamiento, procedente de anteriores sentencias, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 204/1992 (FJ 13). El Tribunal no parece ir más allá y no ha llegado a asumir la existencia de concretos contenidos de la autonomía local derivados de una garantía genuinamente constitucional distinta y más amplia que la expuesta garantía institucional.

Desde la perspectiva competencial tal es el criterio inequívoco de la Sentencia 214/1989 (FJ 3) cuando, enjuiciando el artículo 2 de la Ley 7/1985, de abril, reguladora de las bases del régimen local, se precisa en ella que «puede afirmarse, por tanto, que el sistema arbitrado por el párrafo 1.º del art. 2 de la L.R.B.R.L. resulta plenamente adecuado a la Constitución, sin que pueda apreciarse extralimitación alguna en la fijación de las bases relativas a las competencias locales. Se mantiene y conjuga, en efecto, un adecuado equilibrio en el ejercicio de la función constitucional encomendada al legislador estatal de garantizar los mínimos competenciales que dotan de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local, ya que no se desciende a la fijación detallada de tales competencias pues el propio Estado no dispone de todas ellas. De ahí que esa ulterior operación quede deferida al legislador competente por razón de la materia. Legislador, no obstante, que en el caso de las Comunidades Autónomas, no puede, con ocasión de esa concreción competencial, desconocer los criterios generales que los arts. 2.1.º, 25.2.º, 26 y 36 de la misma L.R.B.R.L. han establecido». La LRSAL incide directamente sobre esta cuestión con ánimo limitativo de la competencia autonómicas pues, al transformar el listado de materias del artículo 25.2 LBRL en mínimo y máximo e imponerlo a los legisladores sectoriales, estatal y autonómico, está condicionando el ejercicio de sus competen-

cias por las Comunidades Autónomas impidiendo, en particular, que éstas atribuyan nuevas competencias propias a los municipios (con la muy notable excepción de Navarra y el País Vasco). No han tardado, sin embargo, en impulsarse recursos de inconstitucionalidad y en defensa de la autonomía local frente a tal planteamiento, ni en promoverse iniciativas legales autonómicas que pueden vulnerarla manteniendo el *statu quo* anterior[1]. Incluso la propia Administración General del Estado evitar profundizar en el alcance de la restricción de las posibles competencias propias municipales e, indirectamente, de las autonómicas para establecerlas, en su *Nota explicativa de la reforma local,* en la que se limita a afirmar, ambiguamente, que «sin perjuicio de lo que puedan prever las leyes sectoriales estatales y autonómicas, el apartado 2 del art. 25 LrBRL recoge las materias sobre las que se pueden ejercer competencias propias que pueden desarrollar los municipios»[2]. Frente a la interpretación coherente con el espíritu restrictivo de la norma, que obliga a entender que las leyes sectoriales estatales y autonómicas se limitarán a establecer competencias propias sobre las materias previstas en la norma estatal básica, pudiera también entenderse, como interpretación correctora más acorde con la garantía de la autonomía municipal, que dichas leyes sectoriales están habilitadas para incorporar materias adicionales en las que atribuir competencias propias a los municipios[3].

---

1. Decreto-ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en Castilla y León, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.
2. *Nota explicativa de la reforma local,* de 5 de marzo de 2014, del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, p. 3. Recurso obtenido el 1 de abril de 2014 en la dirección *http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Gestión%20del%20Portal/Nota%20explicativa%20de%20la%20reforma%20local.pdf*
3. La cuestión está siendo objeto de cierta controversia doctrinal, dado que el artículo 25.2 LRBRL ha sido interpretado, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, como garantía de un mínimo funcional de las municipios en los asuntos de interés local, de modo que, como ha señalado Velasco, 2012: 37-28, «no es coherente con la regulación de la LBRL, encaminada a garantizar un estándar mínimo de autonomía municipal en toda España (STC 159/2001, FJ 4º), la degradación de aquellas competencias que, no estando en el art. 25.2 LBRL, son atribuidas por leyes sectoriales. Es claro que una reforma de la LBRL puede alterar el régimen competencial vigente. Lo que no es tan claro es que la amplia competencia estatal para garantizar la autonomía funcional de los municipales ampare también, con la misma amplitud, la degradación de competencias municipales atribuidas por

La autonomía local se traduce también en la garantía de la autonomía organizativa de las entidades locales, contenido de nuevo relevante desde la perspectiva de la actuación a través de sociedades mercantiles públicas, dadas las notables restricciones que establece la LRSAL tanto desde una perspectiva general (disposición adicional novena o 116bis LBRL) como en lo relativo a las formas de gestión directa de servicios públicos locales (art. 85.2 LBRL). A este respecto, la jurisprudencia constitucional resulta inequívoca desde dos puntos de vista. El primero, la afirmación, una vez más, del carácter concurrente de la competencia, bien es cierto que reconociendo la especial intensidad de la competencia autonómica en relación con las entidades locales cuya existencia dependa de la Comunidad autónoma (tales como entidades locales de ámbito inframunicipal, comarcas, áreas metropolitanas u otras) (por todas SSTC 214/1989, FFJJ 3 y 4; y 103/2013, FJ 5). En particular, el Tribunal ha sintetizado su jurisprudencia en la STC 103/2013, FJ 5.E) diciendo lo siguiente:

> «Este Tribunal se ha pronunciado ya sobre el alcance de las competencias estatales y autonómicas en materia de organización local. Así, en la STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5, señalamos que aun cuando la garantía constitucional es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, pues corresponde a éste fijar los principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado, debe permitir opciones diversas, pues la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de "carácter reglamentario". Asimismo, con motivo de la impugnación del artículo 20.3 de la LBRL que remitía a los reglamentos orgánicos la regulación de órganos complementarios municipales en el marco de la regulación básica, dijimos que en materia organizativa local la Constitución contempla tres ámbitos normativos –Estado, Comunidades Autónomas y municipios– y, de acuerdo con este modelo constitucional, entendimos que si bien el reconocimiento a los municipios de la potestad de autoorganización no plantea problema constitucional alguno, el límite no puede venir dado por el respeto de los órganos necesarios establecidos por la Ley básica estatal, debiéndose reconocer

las Comunidades Autónomas (o, en sus materias sectoriales, también por el Estado) más allá del mínimo del interés local identificado en el art. 25.2 LBRL».

> un espacio normativo para el desarrollo autonómico en materia de organización municipal (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 6). Por último, en relación al título competencial del art. 149.1.18 CE, tenemos señalado que la definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual, las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses. Por ello, en principio, debe entenderse que excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deje espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, margen del legislador estatal que resulta menor en aquellas cuestiones que se refieran a organización y funcionamiento internos de los órganos que en aquellas otras que inciden en su actividad externa y sobre todo cuando afectan a la esfera de los derechos de los administrados (STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3).
>
> De la doctrina expuesta se puede concluir que la normativa básica en materia de régimen local debe ir dirigida a identificar aquel núcleo del ordenamiento que requiere de elementos comunes o uniformes en función de los intereses generales a los que sirve el Estado y que esta definición solo debe incluir aquellos aspectos que sean necesarios, sin quepa agotar todo el espacio normativo que debe corresponder al legislador autonómico, en especial en las cuestiones relacionadas con la organización y funcionamiento interno de los órganos».

El segundo, el alcance de tal autonomía organizativa, en la medida en que la normativa básica la reconoce a los municipios, que operará en el marco de dicha normativa básica y de la autonómica de desarrollo (STC 214/1989, FJ 6). Como ha afirmado recientemente el propio Tribunal «la garantía institucional de la autonomía local no comprende una potestad de autoorganización ilimitada pues, en materia organizativa local, existe una triple competencia normativa que no cabe ignorar» (STC 103/2013, FJ 5.G). La autonomía organizativa se extiende más allá de la estricta organización de la entidad local y ha de interpretarse en

un sentido funcional, de modo que ampara también la decisión municipal acerca de la organización de los servicios y su forma de prestación o de la iniciativa en el ejercicio de actividades económicas, cuestión ésta de relevancia a los efectos de este trabajo dada la importancia que han llegado a tener desde esta perspectiva las sociedades mercantiles públicas y que la reforma de la normativa básica local ha introducido muy notables restricciones, en circunstancias concretas, a la creación de nuevas entidades (al respecto, nueva disposición adicional novena LBRL, antes citada). Así, conforme al apartado primero de la disposición adicional novena LBRL, actualmente las Entidades Locales del artículo 3.1 LBRL y los organismos autónomos de ellas dependientes no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste. Además, dichas entidades durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste no podrán realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación. Excepcionalmente las Entidades Locales podrán realizar las citadas aportaciones patrimoniales si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

Es quizá la deficiente suficiencia financiera, con notable impacto sobre la efectividad de la autonomía competencial, el mayor agravio esgrimido por las Entidades locales en relación con otros niveles de gobierno. Previsto en el artículo 142 de la Constitución que «las Haciendas Locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas» es lo cierto que en esta materia viene siendo habitual la insatisfacción de las entidades locales con el actual modelo de financiación. Ha afirmado el Tribunal Constitucional que «el principio de autonomía (para "la gestión de sus respectivos intereses", según el art. 137 C.E.) que preside la organiza-

ción territorial del Estado, configura uno de los pilares básicos del ordenamiento constitucional (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), ofreciendo una vertiente económica relevante ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines (STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8). La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas (SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 63/1986, de 21 de mayo, FJ 11; 201/1988, de 27 de octubre, FJ 4; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7 y 14; 13/1992, de 6 de febrero, FJ 6; 132/1992, de 28 de septiembre, FJ 8; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2 y 3; 68/1996, de 18 de abril, FJ10; y 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; 166/1998, de 15 de julio, FJ 10; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22); es decir, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 C.E. (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2B; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22; y ATC 382/1993, de 1 de diciembre, FJ 4)» (STC 104/2000, FJ 4). En términos más precisos, diez años antes, había afirmado el Tribunal que *es* «el principio de suficiencia de ingresos y no el de autonomía financiera el que garantiza la Constitución española en relación con las haciendas locales, suficiencia de medios que, como hemos señalado también en reiteradas ocasiones, constituye el presupuesto indispensable para posibilitar la consecución efectiva de la autonomía constitucionalmente garantizada» (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7). A ello hay que añadir, como otro elemento esencial de la autonomía financiera que, «la plena disponibilidad de sus ingresos sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión para poder ejercer sus competencias propias», lo que conlleva que la «libertad para establecer el plan de ingresos y gastos, en definitiva el presupuesto, no se establece constitucionalmente con carácter absoluto», de manera que los criterios constitucionales limitativos de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas «son transportables al ámbito de la Administración local» (SSTC 237/1992, FJ 6; y134/2011, FJ 13).

Ello no supone que la suficiencia financiera, como instrumento al servicio de la autonomía municipal, no conozca límites. Entre ellos deben destacarse, al menos, los dos siguientes:

a) Las disponibilidades presupuestarias: En palabras del Tribunal Constitucional «aunque el soporte material de la autonomía financiera son los ingresos y en tal sentido la Constitución configura como principio la suficiencia de recursos (en el art. 142), sin embargo, tiene un primer límite "en el marco de las disponibilidades presupuestarias" *(STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7).* Si a esto le unimos que la autonomía financiera está configurada más por relación a la vertiente del gasto (como capacidad para gastar, y si acaso, a la de las transferencias de ingresos procedentes de la Hacienda estatal y que constituyen un derecho de crédito frente a ésta a favor de los entes locales) que con relación al ingreso –como capacidad para articular un sistema suficiente de ingresos–, llegamos a la conclusión de que la autonomía financiera está primordialmente conectada, de un lado, con la capacidad del sistema tributario como fuente principal de los ingresos de derecho público, pero, de otro lado, y dada la insuficiencia de éste, a través de la participación en los ingresos del Estado» (STC 104/2000, FJ 4).

b) El principio de estabilidad presupuestaria: Junto a las disponibilidades presupuestarias, el Tribunal ha insistido en que «la política presupuestaria forma parte esencial de la política económica general, cuya ordenación, a su vez, está atribuida al Estado por la Constitución (art. 149.1.13 CE). Es asimismo obvio que esta competencia estatal es susceptible de proyectarse sobre todos los presupuestos del sector público, estatal, autonómico y local. Ello determina la plena aplicabilidad de los arts. 3.2 y 19 de la Ley 18/2001 a los entes locales, toda vez que con dicha aplicabilidad no se quebrantan ni su autonomía política ni su autonomía financiera. No se quebranta su autonomía política porque dichos preceptos no ponen en cuestión el establecimiento de las políticas locales de los diversos entes, de acuerdo con lo que haya establecido en cada caso el legislador estatal o autonómico competente, sino que tan sólo fijan el marco presupuestario en el que han de ejercerse dichas políticas. En suma, el derecho a intervenir de los entes locales en los asuntos que les atañen (STC 214/1989, FJ 1) no se pone en cuestión por el hecho de que se someta a las previsiones constitucionales, entre las que figura el establecimiento por el Estado de la ordenación, ex art. 149.1.13 CE, de los presupuestos de dichos entes. Por tanto, con tal

> límite, los entes locales pueden intervenir a través de sus propios órganos en los diferentes ámbitos materiales con el alcance que las leyes estatales o autonómicas hayan establecido (STC 214/1989, FJ 3), lo que reconoce el art. 19.2 de la Ley 18/2001, al prever que los entes locales "en el ámbito de sus competencias, ajustarán sus presupuestos al objetivo de estabilidad" y que este objetivo no impide ("sin perjuicio") el ejercicio "de las competencias que en esta materia tengan atribuidas las Comunidades Autónomas"» (STC 134/2011, FJ 14).

Las anteriores consideraciones promueven y favorecen alternativas de gestión que permitan mitigar la carga presupuestaria, controlar y reducir la deuda y lograr la estabilidad presupuestaria, fórmulas que en definitiva no requieran la captación y aportación de fondos del presupuesto local sino que, más bien al contrario, contribuyan a dotarlo de recursos de forma directa y mediata, de forma neutral desde la perspectiva de la contabilidad nacional. Se trata, en la línea apuntada por las instituciones europeas con insistencia de implicar al capital privado en la gestión pública[4].

Por lo demás, la previsión de un sistema de relaciones interadministrativas respetuoso con la autonomía local en general, y de sistemas de control y recurso adecuados en particular, ya sea frente a la actuación de las entidades locales ya a disposición de éstas para asegurar el libre ejercicio de sus competencias constituye también uno de los contenidos relevantes de la autonomía local abordados en la jurisprudencia constitucional. Tempranamente afirmó el Tribunal, modulando el alcance de la autonomía local, que «este poder para la gestión de sus respectivos intereses se ejerce –por lo demás– en el marco del ordenamiento. Es la Ley, en definitiva, la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de Entes, de acuerdo con la Constitución. Y debe hacerse notar que la misma contempla la necesidad –como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la nación– de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución, tanto en relación a las Comuni-

4. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones de 19 de noviembre de 2009, COM (2009) 615final, sobre «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)».

dades Autónomas, concebidas como Entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (artículos 150.3 y 155, entre otros), como a los Entes locales (articulo 148.1.2º). Posición de superioridad que permite afirmar –como admiten expresamente los recurrentes y se admite también en el Derecho comparado– que el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las Entidades Locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades territoriales. En todo caso, los controles de carácter puntual habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la Entidad local incidan en intereses generales concurrentes con los propios de la Entidad, sean del municipio, la provincia, la Comunidad Autónoma o el Estado» (STC 4/1981, FJ 2).

Resultan en extremo relevantes las anteriores consideraciones a la hora de valorar las posibles decisiones de los municipios acerca de la organización de sus servicios y el diseño e implementación de las políticas de su competencia. Debe actuar, por supuesto, en el marco de las leyes, con sujeción al principio de legalidad en tanto Administración pública. Pero por ello no se puede olvidar en absoluto que, dentro de dicho marco, tiene constitucional y legalmente garantizada su autonomía para ejercer tales competencias, para organizar la forma de ejercicio y, en lo que respecta a los servicios en que se concrete, disponer lo que proceda acerca de su forma y modalidad de gestión, directa o indirecta, valorando y atiendo al interés general y al logro de la máxima eficacia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos de que disponga. Dicho de otro modo, no caben tutelas de oportunidad sobre el ámbito de decisión municipal preservado por la autonomía. Tal es el significado y el sentido de la autonomía municipal que, dentro de las leyes, no puede verse condicionada por la apreciación de otras Administraciones, órganos u entidades. Lo contrario sería desconocer el alcance de la garantía institucional del municipio y, desde luego, no se ajustaría a lo previsto en instrumentos internacionales suscritos por España, el bloque de constitucionalidad y, específicamente, la normativa básica del régimen local y la propia normativa en la materia. Cuestión distinta es la relativa al impacto que los principios de igualdad de trato entre operadores eco-

nómicos, no discriminación por razón de nacionalidad y transparencia en su actividad contractual tienen a la hora de condicionar su margen de maniobra dado que no resultan admisibles alternativas organizativas o contractuales que menoscaben tales principios.

II. EMPRESAS PÚBLICAS, SERVICIOS PÚBLICOS E INICIATIVA LOCAL EN ACTIVIDADES ECONÓMICAS

1. SOCIEDADES MERCANTILES Y SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

El recurso a la constitución de sociedades mercantiles de capital público como opción organizativa de las entidades locales se enmarca fundamentalmente en las disposiciones de la normativa básica estatal reguladoras de los servicios públicos locales y de la iniciativa local para el ejercicio de actividades económicas, por un lado, y en la normativa de contratación pública, por otro[5]. En tales ámbitos hallaremos las normas fundamentales, si bien ha de tenerse presente la notable y creciente incidencia de otras regulaciones, como las de consolidación de cuentas de las entidades locales, la relativa a los criterios de contabilidad nacional sobre cómputo de déficit y deuda públicos o la normativa patrimonial.

Prevé la normativa estatal que «son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias» (art. 85.1 LBRL). Sobre tal base, como es bien conocido, son variadas las alternativas que los municipios tienen a su disposición para la gestión de los servicios de su competencia, ya sea en su modalidad de gestión directa por la propia entidad local, por organismo autónomo local, por entidad pública empresarial local o por sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública [art. 85.2.A) LBRL], ya mediante gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la TRLCSP [art. 85.2.B) LBRL]. La LRSAL ha introducido una relevante previsión limitativa de las dos últimas modalidades de gestión directa que se acaban de mencionar, que tan sólo podrán utilizarse cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y

5. La utilización de sociedades mercantiles públicas la analizan exhaustivamente, con marcada vocación práctica y de gestión, Pérez y Bueso, 2011.

eficientes que las dos primeras, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

No obstante, la LRSAL no ha afectado a la relevante exigencia de que el capital sea de titularidad pública, en su totalidad pero no necesariamente de la misma entidad local dada la ambigüedad del precepto[6], acogiéndose de este modo la jurisprudencia comunitaria sobre encargos a sociedades públicas de varios poderes adjudicadores, si bien será precisa participación en capital del ente que pretenda realizar encargos en condiciones que permitan afirmar la existencia de control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios[7]. En la gestión directa, independientemente de lo que más adelante se señalará acerca del régimen jurídico de los encargos de ejecución, por un lado, y del régimen de contratación de las sociedades mercantiles de capital íntegramente público, por otro, la relación jurídica entre la administración titular del capital social y la sociedad mercantil de capital íntegramente público no se rige por lo establecido para el contrato de gestión de servicios públicos. Así, establece la normativa estatal en la materia que «las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en

6. Abundando en la ambigüedad de los artículos 4.n) y 24.6 LCSP puesta de manifiesto, entre otros, por Noguera de la Muela, 2010: 178 y, antes, extensamente, por Montoya, 2009: 96 y en general 141-178.

7. En este sentido y específicamente en relación con sociedades locales, *vid.* Noguera de la Muela, 2010: 179-190 y antes Gimeno, 2005: 838-858, y 2008: 34-36. La cobertura que ha proporcionado a esta interpretación la jurisprudencia comunitaria fue duramente criticada en su momento por Bernal, 2008: 137-138, que concluía afirmando que la Sentencia *Asemfo vs. TRAGSA* no constituía sino un paso en falso en la progresiva conformación del régimen jurídico de las relaciones *in house.* De cierre en falso del conflicto la calificó Montoya, 2009: 55-59. No faltan, sin embargo, voces favorables a la doctrina de la citada Sentencia, como la de González, 2007: 234-237, en aras de una mayor eficacia y eficiencia del funcionamiento de los entes públicos.

que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública» (art. 8.2 TRLCSP).

Conforme al artículo 85ter LBRL, específicamente dedicado a las sociedades mercantiles locales, éstas «se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo» (art. 85ter.1 LBRL). Estas sociedades deben "adoptar una de las formas previstas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad" (art. 85ter.2 LBRL y 197.1 y 2 LFAL). Además, «los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas» (art. 85ter.3 LBRL). Va de suyo que si se trata de gestionar directamente servicios locales la totalidad del capital social deberá ser público, aun cuando de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión sobre medios propios y encargos de ejecución puede cuestionarse que deba estar en manos únicamente de la entidad local titular del servicio.

La opción por la gestión directa mediante sociedad mercantil encuentra amparo en el propio derecho administrativo por razones que, tratándose de servicios municipales, corresponde valorar al Ayuntamiento, dado que tiene plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia tanto en el orden personal como en el económico o en cualesquiera otros aspectos, con arreglo a la Ley de Régimen Local y a sus Reglamentos y demás disposiciones de aplicación (art. 30 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955, RSCL). Hoy, esa «plena potestad» a la que continúa aludiendo el RSCL está amparada, como ha quedado expuesto anteriormente, por la garantía constitucional de la autonomía municipal y por la propia Carta Europea de la Autonomía Local, sin

que, además, en tales supuestos la relación entre el Ayuntamiento y la sociedad mercantil local deba regirse por las disposiciones reguladoras del contrato de gestión de servicios públicos (art. 8 TRLCSP).

Esta opción organizativa ha sido objeto de dura crítica desde la perspectiva de la competencia[8], si bien no ha sido proscrita por ello, resultando plenamente admisible como ha declarado expresamente la jurisprudencia en relación, por ejemplo, con las sociedades urbanísticas de capital íntegramente público afirmando que «las leyes sobre prohibiciones de prácticas colusorias o abuso de posiciones de predominio, tienden a asegurar el orden constitucional en el sector de la economía de mercado; pero no se oponen al lícito desarrollo de la gestión pública en una actividad de tan hondo sentido social como es el urbanístico, ni pueden impedir que se desarrollen legítimamente las finalidades previstas en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, el RD 2 mayo 1978, o la Ley de Bases 7/1985. La simple circunstancia de añadir la "edificación y rehabilitación urbana" a las finalidades previstas específicamente en el artículo 3 del Real Decreto de 1978, entre las que ya figura, por precepto expreso legal, "la preparación de suelo y renovación o remodelación urbana", no supone una indebida e imprecisa autorización de la actividad de la sociedad urbanística (en el sentido preconizado por la Sentencia de este Tribunal de 10 de octubre de 1989 [Arz. 7352]), sino una concreción de las facultades, siempre con sujeción al RD, que le pueden corresponden en orden a la fase final de promoción y gestión de viviendas» (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1988, FJ. 4, Arz. 4770). En otras palabras, el contundente tenor legal de la normativa administrativa y urbanística desactiva genéricas restricciones derivadas de la normativa de competencia.

Sociedades de esta naturaleza, por otra parte y como luego explicaremos de forma detallada, tenían la condición de poder adjudicador

8. El amplio Informe de la Comisión Nacional de la Competencia, de 2013, sobre *Los medios propios y las encomiendas de gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia,* concluye que el uso de encomienda de gestión (sic), muy extendido en las distintas Administraciones públicas, puede impactar sobre la competencia al eludir la normativa de contratación con riesgos para el resultado de la provisión de bienes y servicios de las Administraciones públicas y para la estructura de la oferta y la neutralidad competitiva en diversos mercados, y no siempre está rigurosamente justificado ponderando el daño a la competencia (pp. 93-96).

conforme a la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, la mantienen con la nueva Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, de contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, al TRLCSP y a la LFCP. Recuérdese que, conforme al artículo 3.3.b) TRLCSP se consideran poderes adjudicadores, además de las administraciones públicas, todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de las mismas que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil[9], siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios del citado apartado tercero financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. Por más que los contratos que celebren los poderes adjudicadores, en función de su personalidad jurídica pública o privada, tengan naturaleza administrativa o privada, lo cierto es que los contratos sujetos a regulación armonizada se someten al mismo régimen. Más allá, la sociedad mercantil local deberá sujetar su actividad contractual a las instrucciones internas en materia de contratación adoptadas conforme a los principios y el régimen establecido en el artículo 192 TRLCSP. No resulta inaplicada, pues, la normativa de contratación del sector público sino que, simplemente, las sociedades mercantiles locales que gestionen directamente servicios municipales, en el marco de dicha normativa, verán alterada la naturaleza jurídica de los contratos que realicen, que será privada y no administrativa, lo que no impide su sujeción al TRLCSP conforme a lo establecido en el mismo, y podrán actuar conforme a las instrucciones internas de contratación del artículo 192 TRLCSP porque, por razones de eficacia, entre otras posibles, el poder adjudicador del que dependen habrá optado por esa

9. De lo contrario están excluidos del ámbito del TRLCSP, como específicamente prevé, a sus efectos, Ha de tenerse presente, no obstante, que según establece el artículo 2.3 LFCP «quedan excluidas de la aplicación de la presente Ley Foral las sociedades mercantiles participadas o vinculadas directa o indirectamente por las personas y entidades sometidas a esta Ley Foral que ejerzan exclusivamente actividades industriales, comerciales o mercantiles que no tengan la consideración de actividad de interés público» en la línea impuesta por el artículo 3.3.b) TRLCSP.

forma de organizar sus servicios de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente.

También puede desarrollarse indirectamente bajo forma societaria la gestión de servicios públicos «mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre» [art. 85.2.A) LBRL][10]. La propia normativa estatal de contratación regula el contrato de gestión de servicios públicos (arts. 275 a 289 TRLCSP)[11], siempre sujeto a plazo, contemplando expresamente la gestión mediante sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas [art. 277.d) TRLCSP][12]. La selección del socio privado, en todo caso, debiera tener lugar ordinariamente mediante procedimiento abierto o restrin-

10. A la gestión de servicios públicos por empresa mixta dedica el todavía vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado mediante Decreto de 17 de junio de 1955 sus artículos 102 a 112.

11. En Navarra las sociedades de economía mixta que gestionen indirectamente servicios públicos locales podrán tener participación pública mayoritaria o minoritaria, nunca inferior al tercio del capital social, que podrá consistir en la concesión u otra clase de bienes o derechos que tengan la consideración de patrimoniales o numerario, debiendo quedar totalmente desembolsado en el momento de la constitución o ampliación de capital (art. 198.1 LFAL). La condición de sociedad gestora de servicio público deberá quedar delimitada en los estatutos sociales y la responsabilidad de la administración quedará limitada a su aportación al capital social (art. 198.2 LFAL). La entidad local deberá prestar conformidad para la modificación del acto de constitución o de los estatutos de la sociedad, la concertación de operaciones de crédito y la aprobación de cuentas anuales (art. 198.3 LFAL), privilegios que tienen una gran relevancia a los efectos de lo establecido en la normativa sobre consolidación y contabilidad nacional.

12. Las sociedades de economía mixta que gestionen indirectamente servicios públicos locales en Navarra podrán tener participación pública mayoritaria o minoritaria, nunca inferior al tercio del capital social, que podrá consistir en la concesión u otra clase de bienes o derechos que tengan la consideración de patrimoniales o numerario, debiendo quedar totalmente desembolsado en el momento de la constitución o ampliación de capital (art. 198.1 LFAL). La condición de sociedad gestora de servicio público deberá quedar delimitada en los estatutos sociales y la responsabilidad de la administración quedará limitada a su aportación al capital social (art. 198.2 LFAL). La entidad local deberá prestar conformidad para la modificación del acto de constitución o de los estatutos de la sociedad, la concertación de operaciones de crédito y la aprobación de cuentas anuales (art. 198.3 LFAL),

gido (como es habitual los supuestos en que se admite el procedimiento negociado son muy restrictivos), previa preparación del contrato conforme a lo establecido en los artículos 132 y 133 TRLSCP. La selección en competencia tiene indudables ventajas desde la perspectiva de la gestión posterior de contratos públicos y concesiones vinculados al servicio en cuestión, que quedaría amparada en lo establecido en la disposición adicional vigésimo novena TRLCSP.

El control que el Ayuntamiento ejerce sobre las sociedades en que participa varía en función de su participación. Lo ejercerá ordinariamente a través de los órganos societarios, al igual que lo son los controles financieros que resulten de aplicación a las sociedades que de ellos dependen conforme a los artículos 220.1 y 223.1 LRHL, relativos al control financiero y al control externo respectivamente. En particular, en la gestión directa mediante sociedad mercantil la corporación municipal se reserva el control de la empresa a través del nombramiento de los administradores, desde la perspectiva orgánica, y mediante la censura de cuentas, desde la funcional y económico-financiera, pues resulta obligatoria la formación de una cuenta general en la que se incluirán «las de las sociedades mercantiles de capital íntegramente propiedad» del municipio, comprensivas de balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, estado flujos de efectivo y memoria [art. 209.1.c) y 209.3 LRHL, en relación con el art. 254 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado mediante Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, en lo sucesivo TRLSC]. La cuenta general se rinde ante el propio municipio previo informe de la Comisión especial de cuentas, exposición al público, examen de las alegaciones, aprobación por el Ayuntamiento Pleno y posterior remisión al Tribunal de Cuentas (art. 212 LRHL). En conexión con ello ha de interpretarse la previsión de que la función de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria comprende la realización de las comprobaciones o procedimientos de auditoría interna en los organismos autónomos o sociedades mercantiles dependientes del municipio con respecto a las operaciones no sujetas a intervención previa, así como el control de carácter financiero de los mismos, de conformidad con las disposiciones y directrices que

privilegios que tienen una gran relevancia a los efectos de lo establecido en la normativa sobre consolidación y contabilidad nacional.

los rijan y los acuerdos que al respecto adopte la Corporación [art. 4.1.i) del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional].

Además, y sin perjuicio de su sujeción a la jurisdicción contable como cuentadantes, los miembros del consejo de administración de las sociedades mercantiles públicas están también sujetos al régimen de responsabilidad de administradores establecido en la legislación mercantil. A este respecto, ha precisado el Tribunal de Cuentas que «el ordenamiento jurídico local regulador de este tipo de sociedades municipales [art. 85.1. d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local; art. 103 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado en virtud de Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por decreto de 17 de junio de 1955 (arts. 89 a 94 y 103)], en nada altera el referido régimen jurídico regulador de la responsabilidad societaria; así, preceptúan que las compañías mercantiles locales se regirán con arreglo al ordenamiento mercantil en cuanto a su constitución y actuación, siendo ésta una modalidad más de desarrollo por las Corporaciones Locales de los servicios económicos de su competencia (conocida como "municipalización de servicios"); esta gestión directa de servicios en régimen de empresa privada, sólo presenta como límite el de la aplicación de la reglamentación local en materia de organización y funcionamiento al procedimiento y régimen de adopción de acuerdos de la Junta General de la empresa, y ello por cuanto la señalada normativa local atribuye a la Corporación Local interesada [...] la asunción de las funciones propias de dicho órgano societario. En efecto, a tenor del Reglamento citado, la Corporación será propietaria exclusiva del capital de la empresa, cuya dirección y administración estará a cargo de los siguientes órganos: 1º La propia Corporación interesada, que asumirá las funciones de Junta General, 2º El Consejo de Administración y 3º La Gerencia. Los Estatutos de la empresa son los que determinan la competencia de cada uno de dichos órganos así como la forma de designación y el funcionamiento del Consejo de Administración y la Gerencia. El artículo 94 del Reglamento establece precisamente que el Consejo de Administración tendrá plenas facultades de dirección, gestión y ejecución respecto de

la empresa dentro de las normas estatutarias y de los preceptos de la legislación mercantil, sin perjuicio de las que se reservaren a la Corporación como Junta General y al Gerente» (SSJTC 10/2011, de 20 de julio).

El aseguramiento de las responsabilidades de los administradores societarios, en general, o de la responsabilidad civil de los administradores societarios, que, como ha señalado la jurisprudencia, está casi en el umbral de la responsabilidad objetiva o por riesgo, es práctica habitual en multitud de sociedades, suscribiéndose tanto por cuenta propia como ajena, lo que resulta más habitual, las correspondientes pólizas, hasta el punto de servir como la garantía que han de prestar los administradores. El debate acerca de la licitud de esta forma de aseguramiento, conocida como «seguros D&O», en un contexto regulatorio extremadamente complejo, está superado en el entorno anglosajón, donde surgió inicialmente, y también en el español, resultando hoy indiscutible su plena legalidad, como demuestra su utilización habitual en muy diferentes ámbitos.

En cualquier caso, tanto para la gestión directa como para la indirecta «en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad» (art. 85.3 LBRL). Además, «la forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos» (art. 85.2 *in fine* LBRL). Por lo demás, el inciso final del artículo 85.2.A) LBRL tiene carácter básico, con lo cual la preferencia que impone a favor de las formas de gestión directa por la propia entidad local o por organismo autónomo local debe entenderse plenamente aplicable en Navarra.

2. SOCIEDADES MERCANTILES E INICIATIVA EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

La iniciativa para el desarrollo de actividades económicas, regulada con carácter básico para la administración local en el artículo 86 LBRL, entronca directamente con lo establecido en el artículo 128.2 de la Constitución. Constituye presupuesto de la iniciativa municipal en el desarrollo de actividades económicas, con la notable excepción de

las sociedades urbanísticas, la tramitación de previo expediente de municipalización (arts. 86 LBRL, 97.1 TRRL y 45 a 66 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

La reciente modificación de la LBRL por la LRSAL ha tenido una restrictiva incidencia sobre la capacidad municipal para ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas. En concreto, la modificación del artículo 86.1 LBRL condiciona tal iniciativa a que «esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera en el ejercicio de sus competencias», teniendo en cuenta además que «en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis de mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad a y los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial» (art. 86.1 LBRL).

De este modo, tanto la sostenibilidad financiera como el impacto sobre la actividad privada introducen restricciones a la iniciativa pública local reinstaurando, frente al tenor literal de la Constitución, una suerte de subsidiariedad de la acción pública local[13]. En todo caso, en tal contexto, «corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio» (art. 86.1 *in fine* LBRL), sin sujetarlo, como ocurre con el ejercicio de competencias distintas de las propias o delegadas, a informes preceptivos y vinculantes desde la perspectiva financiera o sobre hipotéticas duplicidades (que aparecieron en algunas versiones del anteproyecto de LRSAL). Resultará especialmente relevante el informe autonómico, conforme al artículo 7.4 LRSAL, cuando el municipio quiera intervenir más allá de las competencias propias o delegadas.

13. *Nota explicativa de la reforma local,* de 5 de marzo de 2014, del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, p. 27.

III. LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL PÚBLICO COMO MEDIO PROPIO O ADJUDICATARIAS DIRECTAS DE CONTRATOS PÚBLICOS

1. GESTIÓN DIRECTA MEDIANTE SOCIEDAD MERCANTIL: MEDIOS PROPIOS Y ENTIDAD INSTRUMENTAL

La configuración de una determinada organización como medio propio de una Administración pública viene dada por la concurrencia de una serie de requisitos claramente establecidos en la normativa europea y española de contratación pública. Según el artículo 24.6 TRLCSP «a los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública».

Entre las Comunidades Autónomas la normativa sobre contratación más detallada es sin duda la de la Comunidad Foral de Navarra. Establece el artículo 8 LFCP, modificado por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, lo siguiente:

> «Artículo 8. Encargos a entes instrumentales considerados medios propios.
>
> 1. La presente Ley Foral no será de aplicación a los encargos de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro, asistencia y concesiones de obras o servicios que las entidades sometidas a esta Ley Foral realicen a sus entes instrumentales, siempre que dichos encargos se realicen de conformidad con este artículo. Los encargos a entes instrumentales con infracción de lo dispuesto en este artículo serán sancionados con nulidad de pleno derecho.
>
> 2. A los efectos de este artículo se entiende por entes instrumentales propios a aquellas entidades que, dotadas de personalidad jurídica diferente de las entidades que realizan los encargos, reúnan los siguientes requisitos:

a) Ausencia de autonomía decisoria respecto de las entidades que realizan los encargos, al ejercer éstas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios o unidades. Si el ente instrumental es una sociedad y el encargo lo realiza una entidad pública, la totalidad del capital social del ente instrumental deberá ser de titularidad pública.

b) Que la parte esencial de su actividad la realicen para las entidades que realizan los encargos.

La condición de ente instrumental deberá haber sido objeto de una declaración expresa que se anunciará en el Portal de Contratación de Navarra con expresión del ámbito al que se pueden circunscribir los encargos.

3. Los encargos se instrumentarán a través de órdenes de realización obligatoria por el ente instrumental y, en todo caso, la supervisión de su correcta ejecución corresponderá al ente que realiza el encargo.

La orden de realización de los encargos de valor estimado superior al umbral comunitario se publicará en el Portal de Contratación de Navarra en el plazo máximo de 7 días desde su emisión, con expresión sucinta de las circunstancias de hecho y fundamentos de derecho que la justifican, de acuerdo con los formatos que determine la Junta de Contratación Pública, y no podrá comenzar su ejecución hasta que transcurran 10 días naturales desde la publicación del anuncio.

4. Las empresas y profesionales que acrediten un interés en la adjudicación de los trabajos objeto del encargo podrán presentar reclamación en materia de contratación pública en el plazo de 10 días naturales contados a partir del día siguiente al de la publicación del encargo en el Portal de Contratación de Navarra.

5. Los entes instrumentales deberán disponer de los medios materiales y técnicos adecuados para ejecutar la mayor parte o una parte significativa de la prestación objeto del encargo, sin perjuicio de que para poder llevar a cabo las prestaciones objeto del mismo puedan efectuar contrataciones. Estas contrataciones no podrán conllevar el traslado de la ejecución de más del 50 por 100 del precio del encargo. La adjudicación de dichos contratos quedará sometida a las normas de la presente Ley Foral. A estos efectos, no

tendrán la consideración de terceros otros entes instrumentales de las entidades que realicen los encargos.

A tal efecto, el ente instrumental al que se efectúe el encargo deberá, en el plazo de cinco días desde la recepción del encargo, justificar ante el ente que realice el encargo la disponibilidad de dichos medios. Si se estimara que no dispone de ellos, la prestación objeto del encargo deberá ser licitada según los procedimientos recogidos en la presente Ley Foral.

Excepcionalmente podrá superarse tal porcentaje de contratación siempre que se justifique exhaustivamente la existencia de una justa causa tendente a la economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo como el especial conocimiento del mercado, la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad, u otras que justifiquen que el encargo conllevará un valor añadido a la prestación final.

Los encargos en los que se pretenda superar dicho límite deberán ser publicados en el Portal de Contratación de Navarra.

6. Los entes instrumentales no podrán participar en los procedimientos de adjudicación que convoquen las entidades de las que dependen».

Fácilmente se comprende el importante alcance que tiene esta disposición autonómica, tanto a la hora de determinar la consideración de una determinada entidad como medio propio (apartado segundo del artículo 8), como en lo que respecta a la determinación del régimen jurídico general (apartados primero, tercero, cuarto y sexto del artículo 8) y, como se expondrá más adelante, al régimen de contratación con terceros por parte de la entidad instrumental (apartado quinto del artículo 8), que comporta cambios sustanciales en la Comunidad Foral con respecto al régimen establecido en la normativa estatal o en las propias Directivas, menos restrictivo *a priori*.

Resulta esencial responder cuando una entidad tendrá la condición de medio propio conforme a los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLSCSP y, en Navarra, 8 LFCP. La respuesta a tal interrogante viene dada, fundamentalmente, por la determinación de cuando un poder adjudicador ostenta sobre un ente, organismo o entidad del sector público, que realiza la parte esencial de su actividad para dicho poder adjudicador, un

control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios[14]. Más sencillo será, en principio, comprobar la exigencia de que, tratándose de sociedades, la totalidad de su capital sea de titularidad pública o de que, conforme exige expresamente la normativa navarra o presupone la estatal, el medio propio tenga personalidad jurídica distinta de la del poder adjudicador que realiza el encargo.

Tres son los fundamentales requisitos que deben cumplirse, de conformidad con la normativa europea, española y navarra, según las ha interpretado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que una entidad tenga la condición de medio propio:

a) Control por parte del poder adjudicador sobre el ente, organismo o entidad del sector público análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

   Desde su conocida Sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto *Teckal*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene afirmando que la normativa europea de contratación «es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, entidad adjudicadora» (§ 51), admitiendo no obstante, que «sólo puede ser otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan» (§ 50), exigencia que no se daba en el caso, a juicio del Tribunal.

14. Sobre los requisitos jurisprudenciales y legales para la consideración como medio propio Gimeno, 2006, 137-151; 2010: 101-125 y, ya analizando los proyectos de nuevas Directivas, 2013: 82-89; Noguera de la Muela, 2010: 159-179; Pernás, 2008: 59-174; Montoya, 2009: 25-106; Picó, 2009: 404-412.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido perfilando el concepto de control análogo al ejercido sobre los propios servicios apuntando a la total ausencia de autonomía de la voluntad de la entidad a la que se realiza el encargo, que depende en todo de quien lo realiza sin posibilidad de rechazarlo. Como ha precisado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2008, asunto *Comisión contra Italia,* resulta decisiva a este respecto la facultad del poder adjudicador de nombrar a los miembros de los órganos directivos, de orientar la actividad de la sociedad que recibe el encargo, la fijación de los gastos de funcionamiento por el máximo órgano del poder adjudicador y la reserva sobre el mismo por el poder adjudicador de la facultar de designar un funcionario propio para impulsar y controlar la acción de la entidad receptora del encargo, así como de controlar su contabilidad y otras garantías (§ 25). Todo ello pone de manifiesto «la existencia de un poder de control estructural y funcional del municipio de […] sobre dicha sociedad análogo al que ejerce sobre sus propios servicios» (§ 26).

Como se afirma en la Sentencia de 29 de noviembre de 2012, asunto *Econord SpA,* «según reiterada jurisprudencia, existe un "control análogo" cuando la entidad de que se trate esté sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de aquélla. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control (sentencias, antes citadas, *Parking Brixen,* apartado 65, *Coditel Brabant,* apartado 28, y *Sea,* apartado 65). En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional (sentencia *Comisión/Italia,* antes citada, apartado 26). El Tribunal de Justicia exige también que dicho control sea efectivo (sentencia *Coditel Brabant,* antes citada, apartado 46)» (§ 27).

La normativa navarra exige, en este sentido, que para que una entidad sea medio propio no ha de tener autonomía decisoria respecto de las entidades que realizan los encargos, al ejercer éstas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios o unidades [art. 8.2.a) LFCP].

b) La parte esencial de la actividad del ente, organismo o entidad debe realizarla para el poder adjudicador [art. 8.2.b) LFCP]. El ente que

recibe en encargo, para ser medio propio y servicio técnico, ha de desarrollar el grueso de su actividad para el poder adjudicador que, en lugar de acudir al mercado, lo utiliza para obtener la prestación que precisa. Si el anterior requisito viene a garantizar la plena integración de la entidad instrumental bajo el poder de dirección y control del poder adjudicador, aun cuando tenga personalidad jurídica propia, desde esta ocurre lo mismo desde el punto de vista de la actividad que la entidad instrumental desarrolla. Por todas, la Sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto *Carbotermo*, ha precisado que «para apreciar si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad» (apartado 3 del fallo).

c) Tratándose de sociedades, la totalidad de su capital ha de ser de titularidad pública. La ya citada Sentencia de 17 de julio de 2008, asunto Comisión contra Italia, así como la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto *Sea Srl*., o, recientemente, la Sentencia de 29 de noviembre de 2012, asunto *Econord SpA*, la participación privada, aun minoritaria, en el capital de una sociedad la inhabilita como medio propio o servicio técnico susceptible de recibir encargos de un poder adjudicador. Prevé la normativa navarra, en idéntico sentido, que si el ente instrumental es una sociedad y el encargo lo realiza una entidad pública, la totalidad del capital social del ente instrumental deberá ser de titularidad pública [art. 8.2.a) *in fine* LFCP]. Según se afirma en la Sentencia de 11 de enero de 2005, asunto *Stadt Halle*, «en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva» (§ 52).

No ocurre lo mismo, en cambio, cuando la sociedad sea participada en su totalidad por entes públicos, según precisó la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de abril de 2007,

> asunto *Tragsa,* y, más recientemente, la Sentencia de 29 de noviembre de 2012, asunto *Econord SpA.* En esta, sintetizando la jurisprudencia anterior se afirma que «cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia –según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios– se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión» (§ 33).

Las nuevas Directivas sobre contratación pública incorporan en lo esencial el régimen expuesto, con algunas novedades de interés, como la concreción de que al menos el ochenta por ciento de las actividades del ente instrumental se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador y la ratificación de la posibilidad de encargos a entes instrumentales con control conjunto de varios poderes adjudicadores, en el sentido admitido por la sentencia *Tragsa* (art. 12 Directiva *Contratación*). La cuestión se aborda en las tres Directivas, 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 (Directiva *Contratación)*, 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 (Directiva *Concesiones)*, y 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 (Directiva *Sectores excluidos).*

La cuestión de los encargos de ejecución a medios propios, que ha centrado la atención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los legisladores nacionales, el español entre ellos, no siempre de forma armónica, aparece regulada en los artículos 28 de la Directiva *Sectores*

excluidos, 17 de la Directiva *Concesiones* y 12 de la Directiva *Contratación*, dejando ahora al margen la regulación de los contratos adjudicados a una empresa asociada o conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta a los que se refieren los artículos 29 y 30 de la Directiva *Sectores excluidos* y 13 y 14 de la Directiva *Concesiones*[15]. En términos generales, la regulación que incorporan dichos preceptos responde a la situación resultante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea elevando el nivel de exigencia, que era aún más alto en el anteproyecto que el finalmente exigido, en algún aspecto, como el del volumen de actividad para el poder adjudicador que realiza el encargo. Así, se mantienen los tres requisitos para que un poder adjudicador pueda encargar la ejecución de un contrato a otra persona jurídica de derecho público o privado en los siguientes términos (arts. 12.1 Directiva *Contratación*, 17.1 Directiva *Concesiones* y 28.1 Directiva *Sectores excluidos)*:

a) Control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios del poder adjudicador sobre la persona jurídica de derecho público o privado que recibe el encargo. Si se ha venido entendiendo que los poderes adjudicadores ostentan ese control análogo si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan las Directivas establecen ahora que el poder adjudicador tendrá tal control «cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada», teniendo presente que «dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador».

b) Si venía exigiéndose hasta ahora, como segundo requisito, que la parte esencial de la actividad del ente, organismo o entidad debe realizarla para el poder adjudicador, las nuevas Directivas exigen que más del ochenta por ciento de las actividades esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras

15. Para un temprano estudio de esta cuestión, aún respecto de las propuestas de Directivas, que sufrieron algunos cambios relevantes antes de su aprobación, *vid*. Gimeno, 2013: 82-89.

personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador. El ente que recibe el encargo ha de desarrollar el grueso de su actividad para el poder adjudicador que, en lugar de acudir al mercado, lo utiliza para obtener la prestación que precisa. Las nuevas Directivas concretan la base de cálculo de la actividad desarrollada (arts. 12.5 Directiva *Contratación,* 17.5 Directiva *Concesiones* y 28.5 Directiva *Sectores excluidos).*

c) Prevén las recientes Directivas, igualmente recogiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada «con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada», excepción ésta novedosa sobre la que volveré más adelante.

La excepción que las Directivas introducen en el tercero de los requisitos expuestos, a mi juicio y atendiendo a la experiencia española, ha de resultar perturbadora[16]. Si bien debiera interpretarse restrictivamente, al exigir Ley nacional y habilitación específica en los Tratados, no deja de abrir una vía de agua en un régimen que había sido laboriosamente construido. A este respecto, poca luz aporta sobre la cuestión el considerando 32 de la Directiva *Contratación* donde se trata de justificar tal excepción aludiendo a supuestos, que no concreta, en que la legislación nacional regula organización encargadas de la gestión o la prestación de algunos servicios públicos de afiliación obligatoria sin que exista control de la entidad por parte de los particulares[17].

16. Gimeno, 2013: 87, sobre un texto previo al finalmente aprobado que no incluía la excepción, afirmaba que «la participación privada en un ente público, por mínima que esta sea, rompe el criterio exigido por las Sentencias TECKAL y ARGE y en modo alguno puede entenderse que estas empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación».

17. Dice así dicho considerando 32: «Los contratos públicos adjudicados a personas jurídicas controladas no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en la presente Directiva si el poder adjudicador ejerce sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80 % de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder

La excepción se admite también en los supuestos de encargos invertidos, desde la entidad controlada al poder adjudicador que la controla (arts. 12.2 Directiva *Contratación,* 17.2 Directiva *Concesiones* y 28.2 Directiva *Sectores excluidos),* así como en los encargos a favor de personas de derecho público o privado controladas conjuntamente por varios poderes adjudicadores (arts. 12.3 Directiva *Contratación,* 17.3 Directiva *Concesiones* y 28.3 Directiva *Sectores excluidos).* Está por ver, en todo caso, la interpretación que realizan la Comisión Europea y los legisladores nacionales de esta previsión, que habrá de ser necesariamente restrictiva y, en cualquier caso, superar el filtro del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, abocado una vez más a una función hermenéutica y de depuración muy relevante.

---

adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato.

La excepción debe extenderse a situaciones en las que exista participación directa de un operador económico privado en el capital de la persona jurídica controlada, puesto que, en esas circunstancias, la adjudicación de un contrato público sin un procedimiento de licitación ofrecería al operador económico privado con participación en el capital de la persona jurídica controlada una excesiva ventaja respecto a sus competidores. Con todo, habida cuenta de las particulares características de los órganos públicos con afiliación obligatoria, tales como las organizaciones encargadas de la gestión o la prestación de algunos servicios públicos, esto no se debe aplicar en casos en que la participación de operadores económicos privados específicos en el capital de la persona jurídica controlada es obligatoria por una disposición de la legislación nacional acorde con los Tratados, siempre que dicha participación no permita controlar ni bloquear a la persona jurídica controlada y no otorgue tampoco una influencia decisiva en las decisiones de esta. Además, es preciso aclarar que el elemento decisivo es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada. Por ello, cuando exista una participación de capital privado en el o los poderes adjudicadores controladores, ello no debe impedir la adjudicación de contratos públicos a la persona jurídica controlada sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva, puesto que estas participaciones no perjudican la competencia entre operadores económicos privados.

Asimismo, es preciso aclarar que poderes adjudicadores, tales como organismos de Derecho público, que puedan tener una participación de capital privado, deben estar en condiciones de aprovecharse de la excepción por cooperación horizontal. Por consiguiente, cuando se cumplan todas las demás condiciones relativas a la cooperación horizontal, la excepción por cooperación horizontal debe aplicarse a dichos poderes adjudicadores cuando el contrato se celebre exclusivamente entre poderes adjudicadores».

Por lo demás, conforme al régimen actualmente vigente «la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas» (artículo 24.6 *in fine* TRLCSP). En Navarra la condición de ente instrumental deberá haber sido objeto de una declaración expresa que se anunciará en el Portal de Contratación de Navarra con expresión del ámbito al que se pueden circunscribir los encargos [art. 8.2.b) *in fine* LFCP].

2. GESTIÓN INDIRECTA MEDIANTE EMPRESA DE ECONOMÍA MIXTA: ELECCIÓN DEL SOCIO PRIVADO Y ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

Junto a la gestión directa mediante sociedad de capital íntegramente público, medio propio si se dan las restantes condiciones que se acaban de exponer, la normativa de régimen local y de contratación ha previsto igualmente la gestión indirecta mediante sociedad de economía mixta, con participación privada. En estos supuestos en que existe participación privada, según acabamos de afirmar, no cabe considerar a estas entidades como medio propio de un poder adjudicador ni, consecuentemente, pueden ser receptoras de encargos de ejecución, según ratifica la Directiva *Contratación*. No permite llegar a conclusión distinta la previsión de la Directiva *Contratación* que excepciona de la prohibición de que el ente instrumental que reciba el encargo tenga capital privado «las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada» [art. 12.1.c) Directiva *Contratación*].

Pero la cuestión de la relación entre un poder adjudicador y una de sus sociedades de economía mixta en relación con la actividad con-

tractual ha de analizarse hoy teniendo muy presente lo establecido en la disposición adicional vigésimo novena TRLCSP y, en Navarra, el artículo 8bis LFCP, que tienen su origen en la comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008, relativa a la aplicación del Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada[18]. Resulta de interés, a este respecto, el Informe 3/2009, de 28 de diciembre, de la Junta de Contratación Pública de Navarra, sobre la constitución de una sociedad de economía mixta para la promoción de viviendas, que aporta interesantes argumentos tanto sobre la cuestión mencionada como sobre la configuración y alcance de las necesidades de interés general que justifican la intervención pública en determinados ámbitos. Así, en relación con la provisión de vivienda asequible, se afirma en el citado Informe 3/2009 que «la intervención en el mercado de la vivienda, a través de la promoción de viviendas en solares del patrimonio municipal del suelo, busca la satisfacción de un interés general (público según dispone la LFCP) que no tiene carácter mercantil o industrial, puesto que esa intervención busca precisamente hacer accesible la vivienda a todas las economías a la vez que sirve de contrapeso a los precios libremente marcados en el mercado. Es claro, por tanto, que dicha intervención no busca obtener el máximo beneficio para la sociedad de economía mixta sino atender a las necesidades de la población». Y tales necesidades de interés general puede atender "una sociedad de economía mixta para la promoción de viviendas en solares del Patrimonio Municipal del Suelo se encuentra dotada de personalidad jurídica propia, satisface fines de interés público que no son de carácter mercantil o industrial y está sometida a control público en su actividad, por lo que entra dentro de

18. Publicada en el DOUE C 91/4, de 12 de abril de 2008, base de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (C-573/07, asunto *Acoset SPA*) y de la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública (2009/2175(INI)). Tras ella, también de interés acerca de la posición de la Comisión Europea, resulta la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones de 19 de noviembre de 2009, COM (2009) 615final, sobre «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)». Sobre esta cuestión Noguera de la Muela, 2012, *in totum*, y, específicamente en relación con su impacto sobre las sociedades mixtas urbanísticas locales, Bueso, 2007: 391-416.

los supuestos señalados en el artículo 2 LFCP y la celebración de sus contratos de obras, adquisiciones de productos o prestación de servicios debe hacerse conforme a lo dispuesto en el Libro II LFCP, dada su personificación con arreglo al Derecho Mercantil". El citado Informe 3/2009, por lo demás, rechazó la posibilidad de realizar encargos a favor de estas entidades, conforme a la Sentencia *Stadt Halle,* por todas, pues «la presencia de capital privado en una sociedad impide que pueda ser considerada medio instrumental del ente matriz, por lo que la sociedad de economía mixta no podría recibir encargos adicionales más allá de la prestación del servicio público que se determinó en los Pliegos cláusulas de la licitación necesaria para su constitución» afirmación que, de manera velada, venía a anticiparse a la situación actual.

No es posible realizar encargos de ejecución a favor de empresas de economía mixta, dejando ahora al margen la excepción que introducen las nuevas Directivas a la que nos hemos referido anteriormente. Sin embargo, en los supuestos previstos en la disposición adicional vigésimo novena del TRLSCSP y el artículo 8bis de la LFCP, introducido por la Ley 3/2013, de 25 de febrero, cuando una Administración pública opte para la gestión de servicios de su competencia o para el desarrollo de una actividad económica por una sociedad de capital mixto es posible que adjudique directamente a la misma, aun concurriendo en ella capital público y privado, contratos y concesiones sujetos al TRLCSP o la LFCP (disposición adicional vigésimo novena, apartado primero, TRLCSP y art. 8bis.1 LFCP). Ahora bien, para ello es imprescindible, conforme a la disposición adicional vigésimo novena, apartado primero, del TRLCSP, de carácter básico, que «los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado, de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio principal». En Navarra, tal exigencia se traduce en la previsión de que «la selección del socio privado y el contrato o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la

ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto serán objeto de una única licitación de acuerdo con lo previsto en la presente Ley Foral. La selección del socio privado irá acompañada de la creación de la entidad de capital mixto y de la adjudicación del contrato o la concesión a dicha entidad» (art. 8bis.2 LFCP).

De este modo, es la selección en competencia del socio privado, ya sea simultánea con la adjudicación del contrato, ya en el marco de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, conforme a la norma básica estatal, la que viene a cubrir las exigencias de publicidad y concurrencia de la normativa europea, básica estatal y foral navarra. Las adjudicaciones de contratos a estas entidades no tienen la consideración de encargos ni conforme a la normativa básica ni de acuerdo con la legislación foral navarra (art. 8bis.1 *in fine* LFCP). De acuerdo con esta (art. 8bis.3 LFCP), que a diferencia de la estatal impone la simultánea selección del socio privado y adjudicación del contrato, en el pliego de condiciones, o bien, a lo largo del procedimiento de adjudicación en caso de emplearse el dialogo competitivo, deberá preverse, como mínimo, lo siguiente:

a) La descripción del contrato a adjudicar a la entidad de capital mixto, con expresión de que el objeto social de dicha entidad se dedicará exclusivamente a éste y de que la entidad se extinguirá tras la realización del mismo. La vinculación entre el contrato a adjudicar y el objeto social hace que la norma navarra resulte muy restrictiva.

b) Los estatutos de la entidad y el pacto de accionistas que regulen la relación entre la entidad adjudicataria y la entidad de capital mixto.

c) La inclusión como criterio de selección del capital que aporta, y de las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar.

d) Y todos los demás elementos por los que haya de regirse, por un lado, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y, por otro, la relación entre la entidad adjudicadora y la entidad de capital mixto que debe crearse.

El anuncio de licitación incluirá necesariamente información sobre la duración prevista del contrato que la entidad de capital mixto ha de

ejecutar o de la concesión que ha de explotar e indicará de forma clara y precisa las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas contemplando las mismas en el valor estimado del contrato.

Por lo demás, es del todo coherente con la jurisprudencia comunitaria, la posición de la Comisión Europea en relación con las modificaciones contractuales y la normativa básica en la materia tras la reforma operada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible[19], que la legislación foral establezca la cautela de que cualquier modificación de los términos del contrato que no se haya previsto en el pliego de condiciones o que no obedezca a circunstancias imprevisibles para un poder adjudicador diligente y no cumpla con los restantes requisitos exigidos para la modificación del contrato con carácter general en la LFCP exigirá un nuevo procedimiento de licitación (art. 8.3 *in fine* LFCP). Pretende con ello, de forma razonable, prevenir posibles fraudes a la normativa de contratación mediante la modificación sobrevenida de los contratos directamente adjudicados a sociedades de economía mixta.

La norma navarra resulta también especialmente rigurosa a la hora de garantizar la idoneidad de la sociedad de economía mixta para la ejecución del contrato de que se trate, como en su regulación de los encargos de ejecución a medios propios, de modo análogo a lo que exige para estos (art. 8.5 LFCP), nuevamente distanciándose de lo que prevé la normativa básica estatal, más laxa. Así, en relación con la sociedad de economía mixta exige la legislación foral que la entidad de capital mixto resultante disponga de los medios materiales y técnicos adecuados para ejecutar la mayor parte o una parte significativa de la prestación objeto del encargo, sin perjuicio de que para poder llevar a cabo las prestaciones objeto del encargo puedan efectuar subcontrataciones. Estas subcontrataciones no podrán conllevar el traslado de la ejecución de más del cincuenta por ciento del precio del contrato (art. 8bis.4 LFCP). Sorprende, no obstante, que no se contemple excepción alguna en este caso, a diferencia de lo que ocurre en relación con las entidades que tengan la condición de medio propio y puedan, por ello, recibir encar-

19. Al respecto, Gimeno, 2011: 29-56, en relación con la reforma que proponía el entonces proyecto de ley de economía sostenible; Colás, 2012: 253-276, ya tras la reforma; y, en el marco de las nuevas Directivas, aun cuando analiza un texto previo al aprobado finalmente, Gimeno, 2013: 74-82.

gos de ejecución, introduciendo de este modo una rigidez que pudiera resultar innecesaria.

IV. LOS ENCARGOS DE EJECUCIÓN EN LA GESTIÓN DIRECTA POR SOCIEDAD MERCANTIL

1. ENCOMIENDA DE GESTIÓN VS. ENCARGO A ENTIDAD INSTRUMENTAL

La relación jurídica que vincula a una Administración pública con uno de sus medios propios o entidad instrumental al amparo de los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP nada tiene que ver con la encomienda de gestión regulada en la normativa básica de régimen jurídico de las administraciones públicas. Ni aquella relación, a su vez, debe confundirse con la ejecución de obras o fabricación de muebles por la Administración regulada actualmente en el artículo 24.1 a 5 TRLSCP. Ni, consecuentemente, como explicaré más adelante, cabe aplicar las limitaciones que el legislador, razonablemente, impone a la ejecución por la Administración a las entidades consideradas medios propios y servicios técnicos de poderes adjudicadores conforme a la normativa europea, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a lo establecido en los citados artículos 4.1.n) y 24.6 TRLSCP[20].

La relación jurídica que vincula a una Administración pública con una entidad instrumental al amparo de los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP y 8 LFCP no es, técnicamente, encomienda de gestión[21]. La doctrina considera, sin lugar a dudas, que el negocio jurídico en cuyo virtud se encarga la realización de una determinada prestación a una entidad que, conforme a lo establecido en los tan repetidos preceptos, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico de la entidad que realiza el encargo, no está sujeto a la normativa de contratación ni ha de formalizarse mediante convenio. Mal podría exigirse la formalización mediante convenio cuando, conforme a la jurisprudencia

20. Como se afirma en el reciente Informe del Tribunal de Cuentas número 1003, de 28 de noviembre de 2013, de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012, al que nos referiremos más adelante.

21. Bernal, 2006: 87-90.

del Tribunal de Justicia y el propio tenor literal del TRLCSP al establecer el primer requisito anteriormente examinado para la consideración de un ente como medio propio, no existe en absoluto igualdad de partes en dicha relación, dado que el medio propio está obligado a ejecutar el encargo que le realiza la autoridad de la que depende[22]. Los encargos de ejecución a entidades instrumentales están sometidos a lo establecido específicamente en los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP, conforme a los cuales han de realizarse, sin que resulte posible su documentación a través de convenios u otros instrumentos basados en el concierto de voluntades, dado que los encargos vienen impuestos por el poder adjudicador que los realiza a su entidad instrumental, para la cual resultan obligatorios[23].

Y es que tales encargos, como revela un somero examen de la normativa administrativa, no se corresponden con las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en lo sucesivo LAP) que opera únicamente bien entre órganos de la misma o diferente administración, bien entre entidades de derecho público dependientes de la misma o diferente administración, es decir, siempre dentro de una administración pública o entre entes de naturaleza jurídico-pública. Es más, expresamente se establece que «el régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo» (art. 15.6 LAP). Inequívoca en este sentido es la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2003 (RJ. 9465), en la que se distingue nítidamente entre la encomienda de gestión regulada en la LAP y la decisión municipal

22. Gimeno, 2009: 318.

23. González, 2007: 224-229, descartando su asimilación a los encargos de ejecución o su posible naturaleza contractual, compartiendo con cita literal el criterio de Rebollo, 2003: 377.

de que un determinado público sea gestionado directamente mediante sociedad mercantil.

El equívoco procede de lo establecido en su día en el artículo 3.l) del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que excluía de la aplicación de dicha Ley «las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública»[24]. Hoy, en cambio, la cuestión resulta más clara conforme a los citados artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP, aunque el último párrafo de este último continúa aludiendo a unas encomiendas de gestión que no son, en modo alguno, las resultantes de la aplicación del artículo 15 LAP. Los encargos de ejecución a entidades instrumentales están sometidos a lo establecido específicamente en los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP y, en Navarra, 8 LFCP, conforme a los cuales han de realizarse, sin que resulte posible su documentación a través de convenios u otros instrumentos basados en el concierto de voluntades, dado que los encargos vienen impuestos por el poder adjudicador que los realiza a su entidad instrumental, para la cual resultan obligatorios.

2. EJECUCIÓN POR ADMINISTRACIÓN *VS.* ENCARGO A ENTIDAD INSTRUMENTAL. IDONEIDAD DEL MEDIO PROPIO Y LÍMITES A LA CONTRATACIÓN

La relación jurídica que vincula a una Administración pública con una entidad instrumental al amparo de los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP y 8 LFCP no debe confundirse con la ejecución de obras o fabricación de muebles por la Administración regulada actualmente en el artículo 24.1 a 5 TRLSCP[25]. Conforme a este precepto, en sus cinco primeros apartados, la ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de obra a cargo de éstos sea inferior a cinco mi-

24. Bernal, 2006: 87-90, y 2011: 131-134.

25. Tempranamente advirtió de los problemas que suscitaría la mezcla en el artículo 24 LCSP de dos cuestiones diferentes Amoedo, 2006: 284-285 y 292-293. Posteriormente, Noguera de la Muela, 2010: 171, distingue nítidamente entre ejecución por administración y servicios *in house providing,* considerando poco acertada la remisión del artículo 4.1.n) al artículo 24 LCSP en el que se mezclan ambas cuestiones.

llones de euros, cuando concurra alguna de las circunstancias establecidas en el apartado primero, entre las que se incluyen, por ejemplo, que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución, o que posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al cinco por ciento del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma, entre otras, algunas de ellas vinculadas a diferentes incidencias acaecidas en el curso de procedimientos de contratación o ejecución de contratos suscritos.

El antecedente inmediato de tal regulación puede encontrarse en los artículos 152 y 153 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado mediante Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), sustancialmente coincidentes, y en el art. 60 del texto articulado de la Ley de Contratos del Estado aprobado por Decreto legislativo 923/1965, de 8 de abril (en adelante LCE). En esas normas, la colaboración con empresarios particulares se somete a una serie de limitaciones, especialmente en la normativa vigente, que impone límites absolutos al importe de las actuaciones en colaboración con empresarios particulares, así como relativos, al prever que «en los supuestos de obras incluidas en las letras a) y b) del apartado 1, la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50 por 100 del importe total del proyecto» (art. 24.4 TRLCSP *in fine*, y 152.4 TRLCAP), restricciones éstas que no existían en los artículos 60 y 61 LCE y que llevaron a una restrictiva interpretación doctrinal y jurisprudencial del supuesto, que condujo a la actual regulación.

Pero, ni entonces ni ahora, cabe confundir el contrato con terceros de una determinada prestación con la ejecución por administración. La más cualificada doctrina lo explicó en su día advirtiendo que un contrato de obra, por ejemplo, se refiere a una obra en su conjunto, y entraña e impone su ejecución por el contratista, a su riesgo y ventura, mientras que la ejecución por administración por destajos, contratando diversos tramos de las obras, constituye un arrendamiento de servicios, no de obra, y su objeto es el equipo contratista del que se sirve la Administración para ejecutar una obra que queda bajo su entera respon-

sabilidad, sin trasladar a terceros riesgo y ventura[26]. El artículo 191 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado mediante Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, establecía, en este sentido que «los contratos de colaboración tendrán naturaleza administrativa, pero no la de contratos de obras tal como 58 configuran en este Reglamento, ya que la responsabilidad de la ejecución de la obra seguirá recayendo íntegramente en el órgano gestor de la Administración, sin que al colaborador le alcancen otras que las derivadas del incumplimiento de las cláusulas estipuladas en su contrato o de las instrucciones que como complemento o aclaración de ellas reciba del Director de las obras. El contrato se formalizará en documento administrativo y no será obligatoria la prestación de fianza». Fue en este mismo precepto donde se impuso la regla de que «en los casos de los números 1 y 2 del artículo 137 no podrá sobrepasarse en la contratación con colaboradores el cincuenta por ciento del importe total del proyecto, salvo supuestos excepcionales, que se justificarán en el expediente».

Debe destacarse especialmente, además, y por lo que luego se dirá acerca de la última legislación navarra sobre contratación, que el reglamento de contratación, aun imponiendo la limitación específica del cincuenta por ciento, preveía expresamente, de manera absolutamente razonable y coherente, que tal regla operaría «salvo supuestos excepcionales, que se justificarán en el expediente», nunca, por tanto, con carácter absoluto e inmune a cualquier circunstancia o necesidad impuesta por los intereses generales. Regulada la ejecución de obras por la Administración en los artículos 174 a 179 Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RLCAP), dicha regulación resulta en extremo aleccionadora acerca de los supuestos para los cuales está concebida y de su especial régimen jurídico.

A la vista de todo lo expuesto deben interpretarse tanto la peculiar naturaleza jurídica de los contratos que celebre la Administración en las actuaciones que realice por el sistema regulado en el art. 24.1 a 5 TRLCSP, que los califica como contratos administrativos especiales y no típicos de obras, suministros o servicios, y, muy especialmente, las restricciones impuestas a los de obras. La consideración de contratos ad-

26. García De Enterría, 1953: 265; De la Quadra, 1996: 740; Ortíz, 2004: 186-193.

ministrativos especiales resulta, con naturalidad, de la ausencia de traslación del riesgo y ventura al colaborador, dado que la obra continúa, en plenitud, bajo directo control de la administración. La restricción absoluta que impuso el TRLCAP, y ha mantenido el TRLCSP, respecto de los umbrales comunitarios para los contratos de colaboración con empresarios particulares se basó en el necesario respecto a las Directivas, que impedían un régimen jurídico diferente para estos contratos por encima del umbral. Por debajo, sin embargo, la situación no cambió con respecto a la precedente, que se mantiene en la regulación actual, limitándose la colaboración en obra al cincuenta por ciento del importe total del proyecto.

Fácilmente puede entenderse, con tales precedentes, que poco o nada tiene que ver esta regulación, atendido su origen y redacción actual, con la de las entidades instrumentales que reciben encargos de un poder adjudicador del que constituyen medio propio y servicio técnico, conforme a los criterios que han quedado analizados anteriormente. Sorprende, por ello, el Informe 11/2011, de 15 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, que, interpelada acerca de las limitaciones impuestas a una empresa municipal para contratar con terceros, confunde la regulación tradicional de la ejecución por administración que se acaba de analizar con la técnica del encargo «in house providing» conforme a la normativa europea y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, afirmando sin base legal alguna que «tampoco se puede afirmar que cuando el Ayuntamiento de […] encomienda la realización de una obra a EMS […], esta empresa no esté sujeta a limitación alguna, sin que, como lógica consecuencia del carácter instrumental respecto del Ayuntamiento que presenta, pueda contratar el 100% de la obra externamente. Por tanto, y a la vista de todo lo expuesto, las únicas limitaciones que le resultan de aplicación son las contenidas en el artículo 24.4 TRLCSP, puesto es que es este artículo el que contiene las normas que se van a aplicar a los medios propios, como es el caso que plantea la consulta». No es así, sin embargo, como más adelante se explica.

Precisamente en este sentido, la LFCP, recientemente modificada mediante Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, como hemos señalado más atrás, establece una regulación que, a nuestro juicio, resulta reveladora, una vez más, del error en que incurre la Junta Consultiva de Contrata-

ción del Estado en su afán por limitar los encargos de ejecución a entidades instrumentales. Así, si en su versión original el artículo 8.4 LFC preveía que «en los casos que para la efectividad de la encomienda la entidad instrumental requiriese la ejecución de prestaciones por parte de terceros, su adjudicación quedará sometida a las normas de la presente Ley Foral. A estos efectos, no tendrán la consideración de terceros otros entes instrumentales de la entidad encomendante», el artículo 8.5 LFC prevé actualmente, sustituyendo al anterior y haciéndose eco del criterio de idoneidad de la entidad instrumental al que nos hemos referido anteriormente, lo siguiente:

> «*5. Los entes instrumentales deberán disponer de los medios materiales y técn*icos adecuados para ejecutar la mayor parte o una parte significativa de la prestación objeto del encargo, sin perjuicio de que para poder llevar a cabo las prestaciones objeto del mismo puedan efectuar contrataciones. Estas contrataciones no podrán conllevar el traslado de la ejecución de más del 50 por 100 del precio del encargo. La adjudicación de dichos contratos quedará sometida a las normas de la presente Ley Foral. A estos efectos, no tendrán la consideración de terceros otros entes instrumentales de las entidades que realicen los encargos.
>
> A tal efecto, el ente instrumental al que se efectúe el encargo deberá, en el plazo de cinco días desde la recepción del encargo, justificar ante el ente que realice el encargo la disponibilidad de dichos medios. Si se estimara que no dispone de ellos, la prestación objeto del encargo deberá ser licitada según los procedimientos recogidos en la presente Ley Foral.
>
> Excepcionalmente podrá superarse tal porcentaje de contratación siempre que se justifique exhaustivamente la existencia de una justa causa tendente a la economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo como el especial conocimiento del mercado, la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad, u otras que justifiquen que el encargo conllevará un valor añadido a la prestación final.
>
> Los encargos en los que se pretenda superar dicho límite deberán ser publicados en el Portal de Contratación de Navarra».

Que este supuesto es diferente del de la ejecución por administración no parece requerir mayores explicaciones. El criterio que pretende colegir la Junta estatal del vigente TRLCSP no existe y para implantarlo resulta indispensable su reforma. Lo irrazonable, además, de la interpretación que realiza la Junta Consultiva estatal se desprende, además, del hecho de su carácter absoluto, que haría inútil el juicio de idoneidad que ya contemplaba el artículo 191 del Reglamento General de Contratación del Estado y se ha introducido ahora en Navarra, de forma simultánea a la previsión, *ex novo*, de una limitación cuantitativa que no existía hasta ahora. Tal es el sentido de la previsión foral de que pueda superarse el porcentaje máximo de contratación que establece «siempre que se justifique exhaustivamente la existencia de una justa causa tendente a la economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo como el especial conocimiento del mercado, la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad, u otras que justifiquen que el encargo conllevará un valor añadido a la prestación final». Especialmente relevante resulta, a nuestro juicio y a los efectos del presente trabajo, la referencia a «la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad».

Lo anterior lo ratifica sin lugar a dudas, poniendo de manifiesto el errado criterio de la Junta Consultativa de Contratación estatal, el reciente Informe del Tribunal de Cuentas número 1003, de 28 de noviembre de 2013, de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012, que afirma precisamente lo que la Ley dice, esto es, que «no existen parámetros legales de carácter general en relación con el grado de ejecución que la entidad encomendataria debe llevar a cabo por sí misma, esto es, sobre la posibilidad de contratación con terceros de la actividad que le ha sido encomendada por la Administración» porque «el único supuesto en que se fijan límites legales a la subcontratación es el contemplado en la Disposición Adicional 25a del TRLCSP, estableciéndose el límite máximo en el 50% del presupuesto total de la encomienda. TRAGSA ha incumplido este límite en el 25% de los expedientes analizados» (conclusiones vigésimo primera y vigésimo segunda).

Otra cosa es que, como el mismo Tribunal de Cuentas recomienda, pueda resultar conveniente o no, siempre mediante la oportuna reforma legal, «que se proceda al cambio de denominación de la figura regulada en los preceptos 4 y 24.6 del TRLCSP a fin de evitar confusiones con la encomienda de gestión regulada en el artículo 15 de la Ley 3/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» y a abordar «una regulación integral de los encargos de gestión regulados en los artículos 4 y 24.6 del TRLCSP a fin de dotarlos de mayor seguridad jurídica, homogeneidad y mayores controles sobre las prestaciones encomendadas a los medios propios de la Administración» (recomendaciones primera y segunda).

Hasta ese momento, en todo caso, las limitaciones a la contratación en el marco de los encargos de ejecución a medios propios no pueden buscarse en la Ley, razón por la cual el Tribunal de Cuentas, además de requerir una adecuada justificación de la necesidad de la encomienda (recomendación tercera), propugna «que, en tanto no se proceda a la mencionada modificación legislativa, la Administración General del Estado establezca en las resoluciones de encomienda, estatutos de sus medios propios y demás normas reguladoras de los encargos que se encomienden a los mismos, limitaciones a la actividad que estos puedan contratar con terceros en relación con los encargos conferidos, a fin de evitar que la encomienda de gestión se convierta en un medio exclusivamente dirigido a orillar el régimen de contratación pública correspondiente al poder adjudicador encomendante, con el consiguiente encarecimiento de las prestaciones encargadas originado por el sobrecoste que implica la intermediación del medio propio» (recomendación cuarta)[27].

27. Ya antes la Comisión Nacional de la Competencia, en su *Guía sobre contratación pública y competencia,* de 2011, afirmó la conveniencia de «valorar en qué medida la encomienda puede conducir a la subcontratación de la prestación por parte del medio propio a terceras empresas. Sin perjuicio de que esta posibilidad está reconocida en la LCSP, que contempla la extensión de la aplicación de determinados aspectos de la contratación pública a estas subcontrataciones, desde un punto de vista de competencia y de eficiencia en la asignación del os recursos públicos resulta preferible, en estas situaciones, no optar por la encomienda y realizar la licitación de la prestación» (p. 9). Al proyecto de la *Guía* se dedicó el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal 53/2010, de 10 de diciem-

V. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS QUE GESTIONAN DIRECTAMENTE O INDIRECTAMENTE SERVICIOS PÚBLICOS

Resulta potencialmente problemático el régimen jurídico, por un lado, y la limitación de las posibilidades de contratación con terceros, por otro, de las sociedades mercantiles que, bien por ser medio propio han recibido encargos de ejecución, bien por tratarse de sociedades de economía mixta cuyo accionista privado ha sido seleccionado en la for-

---

bre, muy crítico en su apartado 5.2 con el tratamiento de los medios propios en la misma, hasta el punto de afirmar que «el examen que se realiza del recurso a las entidades configuradas como medios propios y servicios técnicos para solicitar prestaciones se considera inapropiado e inconsistente con la justificación y configuración institucional de la encomienda a medios propios».

Para la Junta Consultiva «ha de tenerse en cuenta que la decisión de constituir una entidad como medio propio es expresión de una potestad de autoorganización, cuyo ejercicio corresponde a los niveles superiores –políticos– a la cabeza de la correspondiente organización. Tal decisión implica la asunción por el sector público –a través de una entidad específicamente dedicada a ello– de una determinada actividad de prestación de bienes o servicios que en la mayoría de los casos puede ser prestada también por el mercado. Es, por tanto, de esencia a tal figura el implicar una reducción del ámbito potencial de actuación de los operadores económicos». Es en este contexto en el que ha de ponderarse el papel del mercado, pero teniendo presente que "una vez tomada la decisión de crear una entidad para que actúe como medio propio de uno o varios poderes adjudicadores, no se advierte que pueda ser coherente postular, con carácter general, una preferencia a favor del mercado. Adicionalmente, ha de señalarse que, al margen de que por regla general, al encontrarse limitado el beneficio industrial, las tarifas aplicadas por los medios propios suelen ser más baratas que los precios aplicados por el mercado, la encomienda de prestaciones a estas entidades responde en muchos casos a consideraciones distintas de las meramente económicas (seguridad en la obtención de la prestación, control del proceso de generación de la misma, etc.), que en el caso de la contratación pública, por su vinculación a la prestación de servicios de interés general, presentan una relevancia preponderante. Así lo entiende el TJCE que considera (Sentencia del TJCE en el asunto C-480/06, de 9 de junio, y en el asunto C-324/07, de 13 de noviembre de 2008) que una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden bien en colaboración con otras autoridades públicas (a través de convenios; es la denominada cooperación público-pública horizontal) o bien con sus propios medios, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios (es la denominada cooperación público-pública vertical)».

El criterio de la Junta había sido defendido ya antes por autores como Rebollo, 2003: 382-384 y Bernal, 2011: 134-139, o, implícitamente, Gimeno, 2006: 146, y ha sido asumido por otros después (Fernández, 2013: 94-96).

ma anteriormente examinada han resultado adjudicatarias directas de contratos públicos. Ciertamente, la irrupción en nuestro ordenamiento del derecho comunitario transformó radicalmente el debate acerca del régimen de contratación de las sociedades mercantiles públicas, que pasó en pocos años de la discusión acerca del alcance de la exclusión al estudio del alcance de la aplicación de la normativa de contratación del sector público[28]. La normativa estatal, como vamos a examinar a continuación, no establece restricciones a este respecto, aunque haya existido cierta confusión en órganos consultivos de contratación puesta de manifiesto por el Tribunal de Cuentas en el informe que se acaba de analizar, pero no ocurre lo mismo con la normativa foral navarra, que como hemos visto ha introducido restricciones especialmente rigurosas para las sociedades de economía mixta que se encuentren en las circunstancias apuntadas.

1. RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTRATACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL ÍNTEGRAMENTE PÚBLICO. SUBCONTRATACIÓN E IDONEIDAD

El régimen jurídico aplicable a las sociedades mercantiles de capital íntegramente público resulta determinante del régimen jurídico aplicable a los contratos que celebren con terceros. Superada la resistencia inicial del legislador español mediante las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 (C-214/00, Comisión contra España) y de 16 de octubre de 2003 (C-283/00, Comisión contra España) que dio lugar a la reforma del TRLCAP mediante el artículo 67 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, está hoy fuera de toda duda que

28. Bastan para ilustrarlo las referencias que al régimen de la contratación de las empresas públicas sometidas al derecho privado realizara en su día Montoya, 1996: 496-503, donde comenzaba afirmando que «el régimen de la contratación de estas entidades se caracteriza una vez más por una generalizada exclusión de la legislación de contratos administrativos», dando cuenta, críticamente, de la limitada aplicación de los principios de publicidad y concurrencia conforme a la disposición adicional sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas. En sentido similar, *vid*. Arana, 1997: 108-112. Moreno, 2008: 68, critica la especial tozudez de gobernantes y legisladores «en la adaptación de nuestro derecho al ámbito subjetivo de aplicación de la legislación comunitaria sobre contratación», dando cuenta de las sucesivas reformas y condenas a España en esta materia.

las sociedades mercantiles públicas pueden tener la condición de poder adjudicador conforme a los criterios de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, al TRLCSP y a la LFCP siempre que reúnan los requisitos establecidos para ello y, lógicamente, no en otro caso[29].

Decíamos a este respecto que los artículos 3.3.b) TRLCSP y 2.1.e) LFCP consideran poderes adjudicadores, además de a las administraciones públicas, a todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de las mismas que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. De este modo, aunque los contratos que celebren los poderes adjudicadores, en función de su personalidad jurídica pública o privada, tengan naturaleza administrativa o privada, caso éste de todos los que celebren las sociedades mercantiles públicas, lo cierto es que los contratos sujetos a regulación armonizada se someterán al mismo régimen y que, más allá, la sociedad mercantil local deberá sujetar su actividad contractual a las instrucciones internas en materia de contratación adoptadas conforme a los principios y el régimen establecido en el artículo 192 TRLCSP. En lo que respecta a la Comunidad Foral estas sociedades se regirán en su actividad contractual por la LFCP conforme a lo previsto en su libro segundo, artículos 184 a 206, que se aplica a «los contratos de obras, suministro, asistencia y las concesiones de obras públicas y de servicios celebrados por las personas y entidades señaladas en las letras e) y f) del artículo 2.1» (art. 184).

29. Noguera de la Muela, 2010: 175, matizando, en el sentido expresado en el texto, que para ello deberán cumplir los criterios establecidos en la jurisprudencia comunitaria conforme a las Directivas. Que estas entidades sean poder adjudicador será lo habitual, por la naturaleza y objeto de los encargos y de quien los realiza y recibe. En este sentido, Gimeno, 2006: 146-147, afirma que el ente encargado deberá aplicar las normas de contratación pública al concurrir en él las notas que permiten calificarlo como poder adjudicador, de manera que la utilización de los servicios *in house providing* no pueden servir como mecanismo de escape de las reglas de contratación pública pues se concibe como una especialidad organizativa pensada exclusivamente para obtener una mayor eficacia.

Lo que se acaba de afirmar acerca del régimen jurídico aplicable a las entidades instrumentales determina el régimen jurídico conforme al cual las mismas pueden contratar con terceros. El errado criterio expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado al que antes hemos aludido, cuestionado con razón por el Tribunal de Cuentas, provocaría de generalizarse una gran incertidumbre e inseguridad acerca del régimen jurídico de contratación de estas entidades, podría acabar con la tradicional gestión directa mediante sociedad mercantil, desde el momento en que pretendiese encargarse a esta la gestión de una obra de cierta importancia y alcanzaría, en suma, a multitud de entidades instrumentales, mucho más allá del ámbito local y desbordando las exigencias expresas de la normativa europea y estatal y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Probablemente esto explica la reacción del Tribunal de Cuentas.

Las limitaciones que el legislador impone a la ejecución por administración no pueden extenderse, en contra de la propia Ley que prevé la subcontratación en estos supuestos, a las entidades consideradas medios propios y servicios técnicos de poderes adjudicadores conforme a la normativa europea, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a lo establecido en los citados artículos 4.1.n) y 24.6 TRLSCP. La falta de fundamentación del citado Informe 11/2011 la ha tratado de subsanar la misma Junta de Contratación Administrativa del Estado mediante su Informe 13/2012, de 27 de septiembre, en el que analiza de nuevo el sistema de ejecución de las encomiendas de gestión por sociedades mercantiles declaradas como medios propios y normas a las que tienen que someterse. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa construye su argumentación sobre la base de la consideración que la regulación histórica de los medios propios no preveía el caso de medios propios personificados, considerando que «resulta indiferente que los medios o servicio técnico propios que emplee estén o no personificados, peros si lo están, estaremos igualmente ante supuesto de ejecución por la propia Administración, solo que a través de un medio propio personificado». Ambas afirmaciones resultan en extremo discutibles pues, desde la primera perspectiva, nada obstaba a la posible personificación y, desde la segunda, como ha quedado expuesto y se argumentará a continuación, el origen, justificación y régimen jurídico de la ejecución por administración con medios propios y mediante en-

cargo a entidades instrumentales es diferentes conforme a la normativa vigente.

Conviene insistir, de nuevo, que la tradicional regulación de la ejecución de obras por administración mediante medios propios implica, según se ha expuesto y ha explicado la doctrina, antes citada, que el riesgo de la ejecución corresponde por entero a la propia administración. No se traslada a terceros, ni siquiera cuando colaboran empresarios particulares, que asumen roles netamente diferentes de los de un contratista típico. La colaboración del empresario particular se circunscribe a la aportación de medios o la realización de unidades de obra concretas, pero el riesgo es de la propia administración. En cambio, cuando una entidad instrumental contrata conforme a lo establecido en el artículo 4.1.n) TRLCSP se aplica en plenitud el régimen jurídico del TRLCSP, sin matices, y el contrato, por tanto, se celebrará a riesgo y ventura del contratista conforme a lo establecido en el artículo 215 TRLCSP.

El camino emprendido por el Informe 65/2007, de 29 de enero de 2009, al afirmar, sin expresa cobertura legal, que para que exista medio propio «habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda» ha llevado a la situación actual. Nótese, en todo caso, que en el citado informe ni se concretaba en que había de consistir el juicio de idoneidad, más allá de la disponibilidad de medios, ni, lo que es más importante, se concretaba cómo había de disponer de esos medios, pues son muchas y variadas las formas de disponer de ellos, y no todas igualmente eficaces y eficientes o adecuadas al interés general en juego, muy diverso. Algún autor consideró, todavía vigente la LCAP, que «hay un límite efectivo para eliminar los abusos y evitar el fraude de ley. Si el encargo se basa precisamente en que la Administración tiene medios propios suficientes, no será lícito confiar la actividad a un ente institucional que no los tenga y que haya de realizarla en su mayor parte o en su totalidad contratando con terceros. Si, por ejemplo, se trata de una obra, sólo podrá realizar los contratos de colaboración previstos en el artículo 152 LCAP y con los límites cuantitativos allí previstos»[30].

30. Rebollo, 2003: 390. El argumento expuesto lo extiende a los casos «en que la Administración encargue una actuación a un ente institucional como medio propio al mismo tiempo que se prevé que éste ha de contratar todo el personal necesario

En todo caso, que diversas juntas consultivas de contratación, incluso la del Estado, vengan afirmando, quizá con acierto, pero también con una inexistente base normativa, que para que se puedan realizar encargos a una entidad instrumental sin que exista contrato, dado que sólo existe la voluntad del poder adjudicador que los realiza, es preciso que esa entidad instrumental sea suficientemente apta para ejecutar la prestación, como hizo el citado Informe 65/2007, de 29 de enero de 2009, de la Junta estatal, no permite concluir en absoluto, como hizo posteriormente el informe 13/2012 de la Junta estatal, que «la determinación de cuándo concurre esa aptitud sólo puede realizarse a través de los requisitos que la norma establece para los casos de ejecución directa por la propia Administración, de los que las entidades medio propio son simplemente un supuesto recientemente introducido con finalidad aclaratoria, consistente en que la personificación de los medios o servicios técnicos propios no altera la posibilidad de uso de la figura de ejecución por la propia Administración». Y menos aún llegar a afirmar, sobre tan endeble base legal, que será el artículo 24.4 TRLCSP el aplicable en cualesquiera situaciones con su efecto limitativo de la contratación con colaboradores de la ejecución que, por cierto y como luego se explicará, y también frente al expreso tenor literal del artículo 24.4, la Junta estatal parece pretender extender a prestaciones diferentes de las obras y a cualesquiera supuestos, aun cuando no se trate de los regulados en los dos primeros apartados del artículo 24.1 TRLCSP.

Y es que, atendido lo expuesto anteriormente y, muy especialmente el diferente origen y objetivo de la regulación de la ejecución por la

---

para realizar la tarea encomendada y que la Administración transfiere todo el dinero para pagar a ese nuevo personal". En ambos supuestos Rebollo considera que falta la base fundamental del encargo, es decir, que el ente que lo recibe pueda actuar como tal medio propio para ejecutarlo porque carece de los recursos suficientes para hacerlo. Lo que tales prácticas pondrían de manifiesto, en definitiva, es que, *rectius,* no nos hallamos ante un medio propio o entidad instrumental. Éste es el planteamiento que, muy probablemente, condujo a la sistemática actual plasmada en el artículo 24 TRLCSP. Posteriormente, la *Guía sobre contratación pública y competencia* de la Comisión Nacional de la Competencia volvió a referirse a esta cuestión, aconsejando no realizar el encargo si el medio propio va a limitarse a subcontratar su ejecución con terceros, lo cual genera una indudable tensión, agudizada por el criterio de la Junta Consultiva, entre la admisión legal de la subcontratación y la su limitación por vía hermenéutica para garantizar la idoneidad del medio propio.

administración y los encargos a entidades instrumentales mal pueden identificarse ambos supuestos. Pero lo que no parece razonable es la identificación del régimen jurídico aplicable en ambos casos, con manifiesta vulneración de la letra de la Ley. El régimen de colaboración en los casos de ejecución directa por la Administración tiene un específico régimen de contratación, determinado por la ausencia de traslación de riesgo, que hace de los contratos celebrados contratos administrativos especiales con un régimen especial de adjudicación, siempre, lógicamente, que no se superen los umbrales que imponen la aplicación de la Directiva (art. 24.4 TRLCSP).

En cambio, los contratos que celebren las entidades instrumentales se regirán por lo establecido en el artículo 4.1.n) TRLSCP, conforme al cual «los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190». La comparación entre uno y otro régimen de contratación, sin traslación de riesgo el primero, de régimen especial, y con traslación de riesgo y plena sujeción al TRLSCP el segundo, pone de manifiesto la incorrecta argumentación de la Junta Consultiva estatal de Contratación Administrativa.

Además, una adecuada interpretación de lo establecido en el artículo 24.4 TRLSCP desautoriza el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Así ocurre porque dicho precepto prevé, literalmente, y frente a lo que presuponen y afirma en sus conclusiones la Junta Consultiva de Contratación del Estado, que la limitación que establece se aplicará exclusivamente a determinados contratos para la ejecución de obras y no a cualesquiera contratos de colaboración con empresarios particulares en la ejecución por administración. Prescribe el artículo 24.4. TRLSCP, literalmente, como decíamos, que «en los supuestos de obras incluidas en las letras a) y b) del apartado 1, la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50 por 100 del importe

total del proyecto». Tales supuestos de obras son aquellos en que «la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución» o aquellos otros en que «la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por ciento del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajeas que se sigan de la misma» [art. 24.1.a) y b) TRLCSP]. La exclusión, por tanto, se debe a que la Administración, en estos supuestos de las letras a) y b) del artículo 24.1 TRLSCP, dispone de medios para desarrollar la obra y a la voluntad del legislador de que tales medios sean utilizados con preferencia a la colaboración con empresarios particulares, aquí sí por razones de economía, y no, como pretende la Junta Consultiva, a que la Administración deba tener esos medios. Por lo demás, resulta claro que en su ámbito no se incluyen, a diferencia de lo que ocurre, por cierto, en la normativa navarra, otros contratos que los relativos a obras. El análisis de la norma, al igual que sus antecedentes, pone de manifiesto su inaplicabilidad al supuesto de los encargos de ejecución en entidades instrumentales. Si en estos supuestos se quiere limitar la posibilidad de encargo en función de la disponibilidad de medios de la entidad instrumental ha de reformarse el TRLCSP[31].

Finalmente, el último argumento en el que la Junta estatal funda su criterio, que es el especial régimen jurídico al que somete a TRAGSA la disposición adicional vigesimoquinta, apartado sexto, párrafo segundo, TRLCSP, conduce a nuestro juicio precisamente lo contrario. Que en supuesto tan peculiar como el de TRAGSA, el legislador haya previsto

31. A similar conclusión parece llegar Gimeno, 2010: 125, cuando propone, para garantizar la idoneidad del medio propio y evitar su utilización torticera para alterar el régimen jurídico de la contratación mediante la realización del encargo, «que la utilización de esta técnica a través de medios propios que, por carecer de la necesaria estructura, deban acudir al mercado para cumplir el encargo recibido, no alterará ni el régimen jurídico que se derivaría del contrato al provenir de una Administración Pública (es decir, el régimen del contrato administrativo) ni la alteración del procedimiento y normas aplicables para ese contrato atendiendo a la consideración del ente que realiza el encargo y no del que lo recibe». La propuesta corregiría así el efecto preservando la potestad de autoorganización de la Administración que está en la base de la prestación de servicios *in house* (Gimeno, 2009: 317).

que «en el supuesto de que la ejecución de obras, la fabricación de bienes muebles o la prestación de servicios por las sociedades del grupo se lleve a cabo con la colaboración de empresarios particulares, el importe de la parte de prestación a cargo de éstos deberá ser inferior al 50 por 100 del importe total del proyecto, suministro o servicio» no tendría sentido alguno sino fuera porque se limita a imponer una regla específica a TRAGSA, no establecida con carácter general. Es más, la citada previsión parece referirse a la posibilidad de que aplique TRAGSA en supuestos concretos el régimen de ejecución por administración, aun no siendo tal, con lo que los contratos de colaboración quedarían sujetos al concreto régimen jurídico aplicable en esta materia, el del artículo 24.4 TRLCSP, ello sin perjuicio, por supuesto, de la aplicación del régimen general de contratación derivado del juego conjunto de los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP.

La antes citada LFCP avala estas conclusiones cuando establece taxativamente, en el marco de la regulación de los encargos de ejecución a entidades instrumentales, que «la adjudicación de dichos contratos quedará sometida a las normas de la presente Ley Foral» (art. 8.5 LFCP), así como la plena sujeción a la LFCP de estas entidades conforme al artículo 2.1.e) LFCP y de los contratos que celebren, según el artículo 3 LFCP. No hay modulación alguna, como ha ocurrido históricamente con los contratos de colaboración con empresarios particulares en los supuestos de ejecución por administración porque el supuesto, obviamente, es diferente. Ahora bien, conviene advertir de nuevo que, tal y como hemos señalado anteriormente, en Navarra se ha introducido recientemente una clara restricción a la posibilidad de subcontratación en el marco de encargos de ejecución a entes instrumentales, concretada en el artículo 8.5 LFCP. Así, partiendo del principio de que los entes instrumentales deberán disponer de los medios materiales y técnicos adecuados para ejecutar la mayor parte o una parte significativa de la prestación objeto del encargo, se admite que para ello puedan efectuar contrataciones que, sin embargo, no podrán conllevar el traslado de la ejecución de más del cincuenta por ciento del precio del encargo conforme, según acabamos de precisar, a las propias normas de la LFCP. La restricción alcanza a cualesquiera contratos, y no únicamente a los de obras, y obliga al ente instrumental al que se efectúe el encargo a justificar ante el ente que realice el encargo la disponibilidad de dichos

medios, en el plazo de cinco días desde la recepción del encargo. Si se estima que carece de ellos no podrá realizarse el encargo y deberá someterse al correspondiente proceso de licitación. No obstante lo anterior, excepcionalmente podrá superarse tal porcentaje de contratación, publicándose el encargo que lo permita en el portal de contratación de Navarra, publicidad que ha conectarse con la posible interposición de recurso, siempre que se justifique exhaustivamente la existencia de una justa causa tendente a la economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo como el especial conocimiento del mercado, la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad, u otras que justifiquen que el encargo conllevará un valor añadido a la prestación final.

2. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES MIXTAS Y DE OTRAS PERSONAS O ENTIDADES PRIVADAS

Alguna reflexión conviene realizar en relación con el régimen de contratación de las empresas públicas mixtas, es decir, con participación de socios privados. En el contrato de gestión de servicios públicos, que incluye como hemos visto entre sus modalidades la sociedad de economía mixta, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias (art. 289 TRLCSP) sin que llegue a preverse un específico régimen jurídico de los contratos que celebre, a diferencia de lo que ocurre en relación con los contratos de obras del concesionario de obra pública (art. 274 TRLCSP). En cualquier caso, con ello no debe prejuzgarse cual será el régimen jurídico de contratación de estas sociedades de economía mixta que, indudablemente, cuando concurran las circunstancias legalmente establecidas, lo que ocurrirá frecuentemente, podrán estar sujetas a la normativa estatal sobre contratación pública [art. 3.1.d) TRLCSP] y tener la condición de poder adjudicador [art. 3.3.b) TRLCSP][32].

La LFCP prevé, en su ámbito, que estas sociedades de economía mixta se regirán en su actividad contractual por lo previsto en su libro segundo, artículos 184 a 206, que se aplica a «los contratos de obras, suministro, asistencia y las concesiones de obras públicas y de servicios celebrados por las personas y entidades señaladas en las letras e) y f)

32. Santiago, 2010: 302-310.

del artículo 2.1» (art. 184). Pero prevé también el artículo 2.1.f) LFCP, en clara sintonía con la legislación estatal y la normativa europea, la sujeción de personas y entidades privadas cuando celebren los siguientes contratos:

> b) Los contratos de obras que tengan por objeto prestaciones de ingeniería civil de las contempladas en el Anexo I de esta Ley Foral y los contratos de obras de construcción de hospitales, centros deportivos, culturales, recreativos y de ocio, edificios escolares y universitarios y edificios de uso administrativo celebrados por personas o entidades privadas cuando hayan sido subvencionados directamente en más de un 50 por 100 por las entidades sometidas a obligaciones de contratación pública.
>
> c) Los contratos de asistencia suscritos por personas o entidades privadas vinculados a los contratos de obras señalados en la letra anterior cuando hayan sido objeto de subvención directa en más de un 50 por 100 por las entidades sometidas a obligaciones de contratación pública.
>
> d) Los contratos y subcontratos de obras de los concesionarios de obras públicas y los contratos de obras de los agentes urbanizadores que no estén comprendidos en el artículo 2.1, letra e) (art. 3 LFCP).

En lo que respecta a las sociedades que gestionan indirectamente servicios públicos a través de concesión de servicios, cabe afirmar que se encuentran sometidas al régimen de subcontratación establecido en los artículos 110 y 151 LFCP, el segundo relativo al contrato de concesión de obras, en virtud de la remisión realizada por el artículo 167 LFCP. De acuerdo con ello, la subcontratación durante la ejecución de las obras o los servicios objeto de la concesión se ajustará inicialmente a lo previsto en el artículo 110 LFCP, pero la selección del subcontratista en el supuesto regulado en el artículo 110.2 y en el caso de sustitución de los subcontratistas comunicados en el momento de acreditar la solvencia, deberá efectuarse mediante un procedimiento de licitación de los previstos en la presente Ley Foral (art. 151.3 LFCP). De este modo, los subcontratistas incluidos en relación exhaustiva presentados por el licitador al acreditar su solvencia podrán sustituirse únicamente licitando los correspondientes contratos.

Podrán también subcontratarse prestaciones accesorias con sujeción a los requisitos establecidos en el artículo 110.2 LFCP que, en su letra b), incorpora la regla establecida para sociedades de capital íntegramente público o sociedades de economía mixta adjudicatarias directas de contratos, que impide subcontratar por encima del cincuenta por ciento del valor estimado del contrato o porcentaje inferior que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

3. SOCIEDADES PARTICIPADAS O VINCULADAS DIRECTA O INDIRECTAMENTE A ENTIDADES SUJETAS QUE NO DESARROLLEN ACTIVIDADES DE INTERÉS PÚBLICO O GENERAL

La normativa básica estatal incluye en su ámbito subjetivo a cualesquiera «sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100» [art. 3.1.d) TRLCSP], independientemente de su objeto. No obstante, la condición de poder adjudicador de estas sociedades deberá determinarse, de acuerdo con las Directivas, en función de «que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia» [art. 3.3.b) TRLCSP]. En todo caso, la intensidad de la aplicación del derecho público de contratación a sociedades mercantiles que no tengan la condición de poder adjudicador se limitará a los concretos aspectos en él establecidos.

La normativa foral, en cambio, excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las sociedades mercantiles participadas o vinculadas directa o indirectamente por las personas y entidades sometidas a la LFCP que ejerzan exclusivamente actividades industriales, comerciales o mercantiles que no tengan la consideración de actividad de interés público (art. 3.3 LFCP). Tal exclusión puede resultar objetable en la medida en que pretendiese amparar una total inobservancia de los principios de publicidad y concurrencia[33].

33. Por las razones que explica Fuertes, 1999: 27-31, que le llevan a afirmar que lo que interesa es «determinar si el contrato se promueve por una Administración u Organismo público, no la naturaleza mercantil, industrial o de protección de intereses generales de la actuación específica de esa entidad pública que ampara

BIBLIOGRAFÍA

Amoedo Souto, Carlos (2004) *TRAGSA, medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo,* Atelier, Barcelona, 2004.

– (2006) «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones públicas», *Revista de Administración Pública,* nº. 170 (2006), pp. 261-294.

Bernal Blay, Miguel Ángel (2006) «Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra l) TRLCAP», *Revista Española de Derecho administrativo,* nº. 129 (2006), pp. 77-90.

– (2008) «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en la relaciones *in house.* Comentario de urgencia a la STJCE de 19 de abril de 2007 (As. C-295-05, ASEMFO VS. TRAGSA)», *Revista Española de Derecho administrativo,* nº. 137 (2008), pp. 115-138.

– (2011) «Las empresas públicas como titulares de encomiendas de gestión», en el volumen colectivo *Estudio sobre empresas públicas,* dirigido por Fernando García Rubio, Dykinson, Madrid, pp. 130-153.

Bueso Guirao, Enrique (2007) «Las sociedades mixtas urbanísticas locales tras la comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 12 de abril de 2008», *Clm. economía: Revista económica de Castilla-La Mancha,* nº. 11 (2007), monográfico sobre «Sector inmobiliario: pasado, presente y futuro» (I), pp. 391-416.

Chinchilla Marín, C. (2009), «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», en el volumen colectivo *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público,* coordinado por Jesús Colás Tenas y Manuel Medina Guerrero, Fundación Democracia y Gobierno Local e Institución Fernando el Católico, Zaragoza, pp. 453-487.

De la Quadra Salcedo, T. (1996) «La ejecución de obras por la Administración», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,* Madrid.

---

el contrato», con argumentos perfectamente trasladables a sociedades mercantiles públicas.

Fernández García, José Francisco (2013) «Contratación administrativa y libre competencia», *Revista Española de Derecho administrativo,* nº. 158 (2013), pp. 91 a 127.

Gimeno Feliú, José María (2005) «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria», *Informe Comunidades Autónomas 2005,* Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006, pp. 838-858.

– (2006) *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española,* Civitas, Madrid.

– (2008) «Aproximación a las principales novedades de la Ley de contratos del sector público», en el volumen colectivo *El derecho de los contratos del sector público,* monografías de la Revista aragonesa de Administración Pública, volumen X, Zaragoza, pp. 13-48.

– (2009) «Encargos de ejecución a medios propios», en *Diccionario de contratación pública,* dirigido por José Bermejo Vera, iustel, Madrid, pp. 313-321.

– (2010) *Novedades de la Ley de contratos del sector público de 20 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos,* Civitas, Madrid.

– (2013) «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. 39-105.

González García, Julio (2007) «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», *Revista de Administración Pública,* nº. 173 (2007), pp. 217-237.

Montoya Martín, Encarnación (1996) *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado,* Marcial Pons, Madrid.

– (2009) *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público : su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales,* Fundación Democracia y Gobierno local, Barcelona.

Moreno Molina, J. A. (2008) «La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público», en el volumen colectivo *El derecho de los contratos del sector público,* monografías de la Revista aragonesa de Adminis-

tración Pública, volumen X, Zaragoza, pp. 49-86.

Noguera de la Muela, Belén (2010) «Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): Especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria», *Revista de Administración Pública,* nº. 182 (2010), pp. 159-190.

– (2012) «Las sociedades de economía mixta como técnica institucional de colaboración público-privada en el Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público», en el enlace del *Observatorio de contratación pública, http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.50/relcategoria.121/relmenu.3/chk.d38367a4231a7ec12e8af66e915269c1,* descargado el 24 de marzo de 2014.

Pérez Mira, J. M. y Bueso Guirao, E. (2011), *Guía de actuación. Gestión de servicios mediante sociedad mercantil pública,* FEMP, COSITAL y AVS, Madrid.

Picó, C. (2009) «El contrato de gestión de servicios públicos. En especial, la gestión indirecta de servicios a través de medios propios: los contratos domésticos o *in house providing*», en el volumen colectivo *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público,* coordinado por Jesús Colás Tenas y Manuel Medina Guerrero, Fundación Democracia y Gobierno Local e Institución Fernando el Católico, Zaragoza, pp. 391-417.

Rebollo Puig, Manuel (2003) «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *Revista de Administración Pública,* nº. 161 (2003), pp. 359-393.

Santiago Iglesias, Diana (2010) *Las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos locales,* iustel, Madrid.

Velasco Caballero, F. (2012) «Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», Anuario de Derecho municipal 2012, pp. 37-38.

– (2013) «Sobre el dictamen del Consejo de Estado en relación con el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», en *http://www.idluam.org/images/files/boletines/BOLETIN_46_index_archivos/Page426.htm)*

Capítulo 10

Colusión en la contratación pública (*bid rigging*): propuestas para combatirla eficazmente y posibilidades que ofrece la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*

ANTONIO LÓPEZ MIÑO

Letrado de la Xunta de Galicia. Director de Investigación del Consello Galego da Competencia

PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Vigo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. INOPERATIVIDAD DE LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN PARA EVITAR LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS. III. PROPUESTAS PARA COMBATIR LA COLUSIÓN EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. CLÁUSULAS ANTICOLUSORIAS INCLUIDAS EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES. a) Indicaciones relativas a los aspectos de la contratación de más fácil manipulación; b) El compromiso del licitador de no incurrir en prácticas colusorias; c) El placet comunitario: la sentencia pc-ware. 2. FÓRMULAS ORGÁNICAS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN

* El presente trabajo se ha realizado al amparo de los proyectos de investigación financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad: «Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción» (Ref: DER2011-27249); «Contratación pública y transparencia: alcance y límites de los principios de publicidad y libre competencia», (Ref: DER2012-39003-C02-02) y «Reforma del modelo de defensa de la competencia y de los consumidores», (Ref: DER2013-47331-R).

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. IV. LAS PREVISIONES DE LA NUEVA DIRECTIVA DE 2014 SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA DECLARACIÓN JURADA DEL LICITADOR Y SU EXCLUSIÓN POR INCURRIR EN PRÁCTICAS COLUSORIAS. 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. EXCLUSIÓN INICIAL DEL OPERADOR JURÍDICO: PROHIBICIÓN DE CONTRATAR. 3. EXCLUSIÓN DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN. V. INTERVENCIÓN NO SANCIONADORA DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. VI. LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. INFORMES DIRIGIDOS A MODIFICAR NORMAS O ACTUACIONES PÚBLICAS CONTRARIAS A LA COMPETENCIA. 2. LA GUÍA DE LA CNC SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COMPETENCIA. LOS MECANISMOS REACTIVOS FRENTE A LAS INFRACCIONES ANTICOMPETITIVAS. EN PARTICULAR, EL ARTÍCULO 12.3 LDC. VII. EL AMIGO AMERICANO. 1. LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR LAS EVIDENCIAS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN. 2. EXCLUSIÓN TEMPORAL Y DEFINITIVA DE LOS PARTICIPANTES EN EL CÁRTEL. A) SUSPENSIÓN. B) PROHIBICIÓN DE CONTRATAR (DEBARMENT). 3. LA «COMPETITION ADVOCACY». a) Organización. b) Funciones.

I. INTRODUCCIÓN

Que el Derecho *antitrust* ha sentado sus reales en el ámbito de la contratación pública es un hecho tan cierto como, sorprendentemente poco controvertido. A nadie extraña que las autoridades estatales y autonómicas de competencia instruyan procedimientos y en su caso impongan sanciones a licitadores y adjudicatarios. Tampoco que algunos, como el Consejo de Competencia francés se hayan poco menos que especializado en los ilícitos anticompetitivos producidos en este sector. El grado de penetración es tan elevado que no pocos ordenamientos han dispuesto en el seno de sus autoridades de competencia divisiones específicas.

Al fin y al cabo, los participantes en un expediente de contratación son empresas que ofrecen bienes y servicios en un mercado y sus comportamientos en él pueden incurrir en cualquiera de las infracciones previstas en los artículos 101 y 102 TFUE (arts. 1 y 2 LDC). Dados ambos presupuestos, la autoridad de competencia estará legitimada para investigar tales conductas y, en su caso, para imponer alguna de las sanciones previstas en la legislación de competencia.

El Derecho de la competencia es transversal, por lo que no importa que el mercado en el que ha de aplicarse discurra a través de un procedimiento administrativo, ni que el destinatario de las prestaciones que se compran y venden en el mismo sea un ente público. La normativa de competencia en relación con la contratación pública se ve frenada tan sólo cuando el destino del producto o servicio adquirido a través del procedimiento de contratación no constituye una actividad económica según la doctrina de la Sentencia *FENIN*[1].

Asimismo, el principio de especialidad explica porqué el Derecho de la Competencia encuentra un hueco de aplicación en la contratación pública. El complejo normativo-orgánico *antitrust* ha sido creado específicamente para perseguir los ilícitos anticompetitivos cometidos por las empresas; especialmente en los ordenamientos continentales, en los que la aplicación privada del Derecho de la competencia vía tribunales ordinarios de justicia ha tenido hasta hace bien poco una importancia

1. Dicha doctrina fue elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con ocasión de la denuncia formulada ante la Comisión Europea por Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN). Esta entidad alegó que los veintiséis entes gestores del sistema nacional de salud español, entre los que se incluían tres ministerios, incurrieron en abuso de posición dominante al abonar sistemáticamente las cantidades adeudadas a sus miembros por los productos suministrados con un retraso medio de trescientos días, muy superior al seguido respecto de otros prestadores de servicios. Dado su poder de dominio en el mercado español, estaban en condiciones de retrasar el pago sin que sus acreedores pudiesen ejercer presión comercial alguna para obligarles a renunciar a tal práctica.
   Sin embargo, el Tribunal General primero –STG -antes TPI– (Sala Primera ampliada), de 4 de marzo de 2003, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, T-319/99, 37–, y el Tribunal de Justicia después –STJUE (Gran Sala), de 11 de julio de 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra Comisión de las Comunidades Europeas*, C-205/03 P, 26–, desestimaron el recurso aduciendo que es el carácter económico o no del destino posterior el que determina necesariamente la naturaleza de la compra. Los organismos gestores de la Seguridad Social, aun cuando compren en grandes cantidades, no lo hacen para ofrecer bienes o servicios en el mercado, sino para desarrollar una actividad social, presidida por el principio de solidaridad. Así pues, aun actuando como compradores en un mercado y dotados de poder económico equivalente al monopsonio, no son empresas, pues la actividad para cuyo ejercicio adquiere los productos no tiene carácter económico. Por ello no se les aplican las prohibiciones previstas en los artículos 101 y 102 TFUE.

secundaria[2]. Por su parte, el complejo normativo-orgánico que disciplina la contratación pública ha tenido siempre por objetivo asegurar la obtención eficiente y por el menor precio de bienes y servicios por los entes públicos. Su carácter represivo es secundario, por lo que las consecuencias perjudiciales nacen para el licitador en la medida en la que no respete su objetivo principal (exclusión del procedimiento, prohibición de contratar, incautación de las garantías, resolución con indemnización, etc.).

Sin embargo, a la aplicación del Derecho de la competencia en el marco de la contratación pública se oponen una serie de consideraciones, de carácter tanto etiológico como operativo.

En primer lugar, hace quebrar la idea de que el Derecho de la contratación pública conforma un sistema normativo completo, en el cual se encarna el principio de «competencia por el mercado» frente al de «competencia en el mercado» propio del Derecho *antitrust*. Pone también en cuestión la complitud de sus reglas de resolución de conflictos. Y sirve de argumento para cuestionar la cada vez mayor inflación de órganos administrativos y judiciales dedicados –algunos en exclusiva– a tareas de consulta y de fiscalización sobre los procesos de contratación pública.

En segundo lugar, la normativa de competencia ha salido «de fábrica» con una importante limitación: su tarea fundamental es la de castigar infracciones ya producidas, no prevenirlas o evitarlas. En su vertiente sancionadora una Autoridad de competencia sólo goza de legitimación para intervenir respecto de hechos presuntamente anticompetitivos que hayan llegado a su conocimiento. Carece así de la fuerza para impedir la comisión de ilícitos futuros sanciona por ello infracciones ya cometidas, con independencia de que hayan producido daños virtuales o reales al proceso competitivo o a los consumidores[3].

2. Un estudio sistemático a la par que práctico del Derecho de la Competencia en la contratación pública puede verse en Espinosa García, J., Gutiérrez Carrizo, I., «Colusión y diseño de las licitaciones públicas: algunas enseñanzas a la luz de los expedientes sancionadores de la CNC», *Anuario de la Competencia 2011*, Fundación ICO-Universitat Autónoma de Barcelona.
3. La limitación indicada afecta a la capacidad represora de conductas anticompetitivas (colusión y abuso de posición de dominio). Las facultades preventivas de las autoridades de Competencia sí operan en el ámbito de las concentraciones

Por ende, dicha Autoridad es ajena al procedimiento de contratación, no participa en su desarrollo y, salvo modificación legislativa siguiendo el modelo norteamericano, es difícil concebir su intervención directa en la prevención de la infracción o sus consecuencias. A los efectos del presente estudio no importa que tal limitación haya sido buscada por el legislador ni que se halle generalizada en el Derecho comparado. El hecho es que en la práctica está impidiendo combatir las conductas anticompetitivas en el interior del procedimiento de contratación y evitar adjudicaciones viciadas por la colusión entre los licitadores. A salvo, claro está, que postulemos la voluntad de complitud de la normativa de contratos y su capacidad para encomendar autónomamente a los órganos del procedimiento contractual el cumplimiento de dicha tarea.

Con el presente estudio se busca llamar la atención acerca de la incidencia que la comisión de conductas perseguidas por el Derecho *Antitrust* (en particular los acuerdos colusorios) representan en el malogro de los objetivos del Derecho de la contratación pública cuando se producen al hilo de la adjudicación de contratos públicos.

Acuerdos colusorios que, dependiendo de cómo se produzcan, pueden derivar en el incremento de la corrupción en la contratación del sector público. A este respecto, el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE -Bruselas, 3.2.2014 COM(2014) 38 final– incluye un capítulo especial sobre la corrupción en la contratación pública por considerarlo un sector especialmente vulnerable a la misma y se reclaman y sugieren normas de integridad más rigurosas y mejoras de los mecanismos de control en algunos Estados miembros, que también afectan a los casos de «*bid-rigging*».

En todo caso hay que tener muy presente que el Derecho *Antitrust* y el Derecho de la contratación pública responden a finalidades distintas, por lo que en aquellas zonas en las que pueda producirse su intersección (ej: prácticas anticompetitivas en procedimientos de adjudicación)

---

empresariales y en el de la promoción de la competencia. Pero la primera es por completo ajena a la contratación pública y la segunda posee un carácter general e ilustrativo (informes, guías, directrices…) que sólo adquieren eficacia cuando se implementan en un procedimiento sancionador o por la vía de la denuncia ante los tribunales, al amparo del artículo 12 LDC.

están llamados a entenderse y coordinarse, en orden a respetar la razón de ser de cada uno de ellos[4].

Así, aunque conocida una práctica colusoria, podría entenderse que las pretensiones del Derecho *Antitrust* se satisfacen con el castigo a quienes han participado en la misma si dicha práctica se produce en el ámbito de un procedimiento de contratación, adquiere especial importancia que esta conducta ilícita sea conocida, erradicada y sancionada no en cualquier momento, sino antes de que tenga lugar la adjudicación de los contratos respecto de los que se ha alcanzado el acuerdo. Es objetivo primario del Derecho de la contratación pública que la compra de bienes y servicios se realice de la manera más eficiente posible y que cada contrato se adjudique a la mejor oferta que lícitamente se hubiese presentado, por lo que si las conductas colusorias entre licitadores no se atajan antes de la adjudicación del contrato, tales objetivos estarían comprometidos. El Derecho Comunitario de la Contratación Pública así lo ha entendido, siendo palmario que a través de la Directiva de Recursos se ha pretendido concebir un sistema que vele porque cualquier irregularidad se ventile con anterioridad a la adjudicación del contrato. Se es consciente de que una vez perfeccionado éste –aunque el Derecho Antitrust pudiera aplicarse–, en lo que al Derecho de la contratación pública respecta, que surgen otro tipo de intereses que dificultan la alteración la adjudicación ya realizada.

Veremos que en el Derecho español, hoy por hoy, la respuesta de cabecera ante prácticas colusorias a pesar de estar inserta en la normativa de contratos públicos (DA 23ª TRLCSP), no tiene en cuenta esta premisa fundamental. En todo caso, se llamará la atención acerca de la infrautilización que en la práctica se está haciendo de algunas posibilidades que ofrece el Derecho de la Contratación pública y servirían para atajar muchas prácticas colusorias. Quedará patente que la Directiva 2014/24 introduce interesantes posibilidades que directamente van en línea de resolver los problemas colusión en el procedimiento de adjudicación.

4. Unas interesantes reflexiones sobre la integración de estas dos sub-ramas del Derecho las encontramos en el trabajo de Costa Gonçalves; P.; «Integraçâo de preocupaçôes concorrenciais nas regras da contrataçâo pública»; *Revista de Contratos Públicos* (*RCP*), año 1, nº 1, 2012, págs. 251-284.

El estudio se completa con el examen de la solución que para estos casos ofrece el Derecho americano a través de la denominada *competition advocacy*.

II. INOPERATIVIDAD DE LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN PARA EVITAR LA COLUSIÓN EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS

¿Qué remedios ofrece el Derecho de la contratación pública a las manipulaciones en las licitaciones? O dicho de forma más práctica, ante indicios potentes de colusión entre licitadores, ¿qué capacidad otorga la normativa contractual a un licitador o a la mesa de contratación para manifestarlo y obtener una solución intraprocedimental que impida el éxito de la colusión y garantice los objetivos de la contratación?

No es descabellado afirmar que cuando de colusiones entre licitadores se trata el Derecho español de contratos públicos no dispone de una respuesta interna más allá de la impotencia. Tanto el TRLCSP como las Directivas comunitarias consideran al principio de competencia como esencial en la contratación pública, al mismo nivel que los de igualdad, no discriminación, transparencia y publicidad. Pero conviene destacar que el TRLCSP entiende aquel principio en su acepción de concurrencia o «competencia en el procedimiento». Por ello, se compromete únicamente a garantizarla durante el mismo, desde su inicio (la denominada «libertad de acceso» por el artículo 1.1 TRLCSP) hasta la adjudicación (artículo 150 TRLCSP)[5]. A su defensa dedica la ley española un número ingente de mecanismos (criterios de capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar, criterios de adjudicación, mesas A, B y C, etc.) y cuerpos internos o externos (mesa de contratación, comité de expertos, juntas consultivas…).

Dado que el cauce de actuación de la Administración contratante es el procedimiento, los fenómenos externos a éste le son en principio ajenos; su eventual antijuridicidad tendrá que examinarse al albur de otras leyes y, en su caso, por otros organismos. Los acuerdos o prácticas

5. Un interesante análisis acerca de las alteraciones del principio de competencia en la contratación pública se encuentra en el trabajo de Sampaio, Raquel; «Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública», en *Estudos de Contratação Pública, IV*, Coimbra, 2013, págs. 487 a 536.

concertadas entre los licitadores, como ejemplo de infracciones producidas extra muros del procedimiento, se hallan sometidas a la normativa de defensa de la competencia; por ello son enjuiciadas por las autoridades de competencia, europeas, nacionales o autonómicas, según el ámbito territorial y la extensión de sus efectos.

Si bien las prácticas colusorias tienen lugar en el marco de las relaciones privadas entre empresarios, es indudable que sus motivaciones y efectos son intrínsecamente contractuales. El pacto se ejecuta en el procedimiento y sus efectos se extienden al mismo y a la fase posterior de ejecución del contrato. Los perjuicios económicos se ceban en gran medida sobre los recursos del órgano de contratación. A ello debe unirse la proximidad entre los intereses protegidos por el Derecho de la Competencia y la normativa de la contratación pública, centrados ambos en la «competencia».

Desde un punto de vista teórico, no es difícil deducir que la segunda debería tener la necesidad perentoria e inexcusable de contar con el primero. Dicho respaldo puede ser de tres tipos: autónomo, heterónomo y mixto[6]. En el primer caso, el sistema de contratación integra en sí mismo la defensa *antitrust*; en el segundo, la defensa frente a la colusión se encarga a su veedor ordinario, el Derecho de la competencia; en el tercero, los sistemas de contratación pública y de competencia oponen una *doble barrera* frente a las conductas anticompetitivas.

El Derecho español ha optado por un sistema heterónomo frente a las manipulaciones en las licitaciones. Esta elección –que por otra parte encubre la insuficiencia del Derecho de la contratación pública para afrontar en su seno las conductas colusorias– encuentra su expresión más lograda en la Disposición adicional 23ª del TRLCSP (en adelante, D.A. 23ª). Dicho precepto «externaliza» la solución al ordenar a los órganos participantes en los procedimientos de contratación remitir a las autoridades de competencia los indicios de conducta anticompetitiva que hallen en ellos.

6. Esta clasificación sólo es sostenible si se pone el acento en la normativa de contratación. Será extraña e incluso extravagante para quien parta de la autonomía e integridad del Derecho de la Competencia y de su carácter de ley natural frente a toda conducta colusoria, con independencia del sector en el que tenga lugar.

No cabe duda de que la D.A. 23ª del TRLCSPP ofrece un potente ejemplo de colaboración entre órganos administrativos e incluso entre diferentes Administraciones públicas (artículo 4 LPC); por ejemplo, cuando el órgano de contratación pertenece a la Administración del Estado y el de competencia a la autonómica.

Ahora bien, en tanto que hasta la fecha esa colaboración se canaliza a través de la *cooperación por exclusión*, y no por la *cooperación por adición*, la realidad permite apreciar que en la práctica se está produciendo una grave disfunción del resultado final. Ello es así al menos desde la óptica de la satisfacción de las finalidades que persigue la normativa de contratación pública. Para apreciarlo, nada mejor que descender en el examen de un caso concreto y real en el que se evidencian los problemas a los que nos referimos y que podemos tomar como referencia para identificar las carencias cuya solución planteamos. Este es el caso:

El 3 de agosto de 2010 el Departamento de Servicios Sociales del Ayuntamiento de las Palmas de Gran canaria convoca un concurso público para adjudicar por procedimiento abierto un contrato de prestación de servicios de transporte de viajeros para actividades lúdico-deportivas, socioculturales y socioeducativas. Con el contrato se buscaba potenciar y fomentar el asociacionismo entre barrios y distritos con riesgo de exclusión social. El objeto del contrato se enmarcaba en un submercado del transporte terrestre de pasajeros, concretamente la actividad comprendida en la clase 4939 de la CNAE 2009: «*Otros tipos de transporte terrestre de pasajeros n.c.o.p.*» denominada «*Servicios discrecionales de autocares, para excursiones, etc.*» El presupuesto de la licitación ascendía a 524.000 € (131.1000 € anual) y el contrato tendría una duración de 4 años.

Finalizado el plazo de presentación de ofertas se concreta que son cinco las empresas que se presentan al concurso. El 6 de septiembre de 2010 se procede a la apertura pública de las ofertas. Al analizar las ofertas económicas presentadas por los cinco licitadores se aprecia que de los 902 precios que conforman la oferta económica de cada uno de los licitadores, todos y cada uno de los precios ofertados por tres de las empresas concurrentes son exactamente iguales.

A la vista de tal coincidencia, una de las otras dos empresas participantes en la licitación denuncia ante el Ayuntamiento la sorprendente

igualdad de precios existente entre las ofertas económicas de tres de los licitadores.

El Servicio de Contratación remite el expediente a la Jefatura de Sección de los servicios sociales del ayuntamiento, que es la oficina gestora del contrato, para que emita el informe preceptivo regulado en la legislación de contratos del sector público. En dicho informe se alerta sobre la identidad de precios y conmina al Servicio de contratación a que actúe como considere oportuno. Recibido dicho informe, los servicios de contratación elevan escrito a la mesa de contratación en el que, tras exponer los hechos denunciados, confirman la existencia de la coincidencia de precios denunciada, y plantean que dichas coincidencias suscitan dudas porque si bien no se han encontrado documentos que acrediten un acuerdo colusorio entre las empresas que presentan los precios coincidentes, tales nivel de igualdad difícilmente puede valorarse como casual. A la vista de lo cual el servicio de contratación sugiere «*indicios de prácticas llevadas a término con plena autonomía y de cooperación consciente para repartirse la puja*», y, en consecuencia, estima que, con carácter previo a la adjudicación procede: a) Dar trámite de audiencia a los interesados para que aleguen en defensa de sus intereses; b) Que se dicte un Acuerdo por el órgano de contratación en orden a la adjudicación, previo dictamen de la mesa, de expulsión o no de las tres ofertas sobre las que recaen dudas y; c) Poner los hechos en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia, de acuerdo con lo dispuesto en la D.A. 27ª de la Ley 30/2007 (actual D.A. 23 del TRLCSP).

La mesa de contratación, tras estudiar los hechos, da trámite de alegaciones a los licitadores. Las tres empresas presentan alegaciones negando la existencia de acuerdo colusorio alguno entre ellas. Señalan que las ofertas no son idénticas porque difieren en la parte cualitativa (no de plazas para discapacitados), y una de ellas además pretende ampararse en que en otras licitaciones también se han presentado ofertas prácticamente idénticas sin que ello haya suscitado ningún problema.

Con la normativa de contratos públicos en la mano, el Ayuntamiento de las Palmas hace lo único que puede hacer y es así que el 15 de noviembre de 2010 se resuelve la licitación otorgándole la adjudicación del contrato licitado a una de las tres empresas que presentan ofertas económicas coincidentes pues en aplicación de los criterios de adjudica-

ción del contrato resulta ser la que representa la oferta económicamente más ventajosa. La normativa de contratación no incluye posibilidad alguna de que en el marco de un procedimiento contractual se pueda estudiar a fondo la existencia o no de prácticas anticompetitivas a pesar de que existan indicios tan sorprendentes como los que existían en el caso que tomamos como ejemplo.

El servicio es finalmente solicitado por el Ayuntamiento a la empresa ganadora de la licitación que comienza la ejecución del contrato. Ahora bien, el 23 de noviembre de 2010 el Director de Gobierno del Área de Hacienda, Economía y Turismo del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, mediante dispone dar cuenta a la CNC del escrito formulado dando cuenta de la existencia del posible acuerdo colusorio por parte de una de las otras dos empresas licitadoras de acuerdo con lo establecido en la D. A. 27ª de la Ley 30/2007 (actual D.A. 23ª del TRLCSP). En diciembre de 2010 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), escrito de la Directora General de Patrimonio y Contratación del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria (en adelante el Ayuntamiento de Las Palmas), solicitando la actuación de la CNC en relación el expediente de contratación del que venimos hablando por presunta infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)

Del análisis de las ofertas económicas presentadas por las empresas llevado a cabo en la CNC durante la fase de instrucción se acredita que, en efecto, de los 902 precios que conforman la oferta económica de cada uno de los licitadores, todos y cada uno de los precios ofertados por las tres empresas denunciadas eran exactamente iguales. Además, se constata que en dos de las tres empresas denunciadas las ofertas económicas tienen exactamente la misma redacción, presentado incluso algún error ortográfico de concordancia de número entre algún sustantivo y el adjetivo demostrativo. Las justificaciones dadas por los tres imputados en el marco del expediente sancionador para establecer la oferta de precios de los servicios licitados de cada uno de ellos, en modo alguno explican cómo con distintos métodos se puede llegar a tal identidad de los centenares de precios diferentes que componen la oferta, y tampoco sus argumentos son convincentes para explicar la coincidencia en el error tipográfico indicado.

Finalizada la tramitación del expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), dicta Resolución el 25 de octubre de 2012, en la que considera acreditada la existencia de las prácticas colusorias entre las tres empresas denunciadas e impone a cada una la pertinente sanción económica, en concreto, de 43.800 €; 292.600 €; y 53.900 € respectivamente.

El caso que hemos tomado como ejemplo, refleja de forma clara la falta de coordinación normativa a la que queremos referirnos en este estudio. Pone en evidencia que los dos cuerpos normativos a los atendemos «Derecho *antitrust*» y «Derecho de la contratación pública» actúan excesivamente en paralelo en supuestos como el narrado en los que, sin duda, se malogra la finalidad del Derecho comunitario de la contratación pública. Pese a las sospechas de colusión entre licitadores que existían ya durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación no tuvo más remedio que adjudicar el contrato a una empresa que dos años más tarde acaba siendo sancionada por colusión cuando el órgano especializado en competencia acredita la realidad de tales indicios. Pero para entonces el contrato que le fue adjudicado se encuentra en plena fase de ejecución. ¿Qué consuelo supone esta sanción para el sistema en general y, en particular, para los licitadores que concurrieron legítima y legalmente a dicho procedimiento?: Ninguno. El contrato se entregó a quien no debía adjudicarse.

Por otra parte, teniendo en cuenta el régimen de aplicación de las prohibiciones para contratar previsto en el TRLCSP la sanción efectivamente impuesta por la autoridad de competencia tampoco constituye una garantía suficiente de que las entidades sancionadas vayan a quedar incursas en tales prohibiciones. Si así fuese esto les impediría durante un margen temporal presentarse a un nuevo procedimiento contractual en el que estuvieran interesadas en participar y podría verse como una suerte de «razón» disuasoria para incurrir en colusión. Con lo que todavía se aprecia, más si cabe, la dificultad que con la normativa vigente existe en orden a garantizar una lucha efectiva y eficaz para erradicar la colusión en el marco de los contratos que celebra el sector público.

A pesar de que en este trabajo veremos también las posibilidades que introduce la nueva Directiva y que dependiendo de cómo se tras-

pongan a los Estados miembros, pueden servir para mejorar la solución a los problemas que planteamos, hoy por hoy, con la normativa vigente, lo que hizo el órgano de contratación de Canarias es lo que procede hacer. Es decir, continuar el procedimiento contractual y dar parte de los indicios de colusión a la autoridad de competencia correspondiente. Y esto es así tanto en España como en otros estados miembros. Precisamente la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado italiana en su reunión de 18 de septiembre de 2013 adoptó un *Vademecum* para los poderes adjudicadores al objeto de ayudarles a identificar conductas o prácticas potencialmente colusorias en el campo de la contratación pública y a saber qué hacer en tales casos[7]. A este respecto, la Autoridad italiana invita a los órganos de contratación que se encuentren ante prácticas como la descrita en el ejemplo a que informen a la Autoridad de competencia correspondiente de los casos sospechosos. Ahora bien, aún reconociendo que tales irregularidades pueden estar asociadas con comportamientos realmente anticompetitivos, apunta que tales indicios no pueden considerarse manifestaciones concluyentes de colusión por el órgano de contratación. Informes como los que pueda elaborar el órgano de contratación dando cuenta de las sospechas de colusión e identificando los datos que le llevan a suponer que puede haber habido una conducta colusoria no justifican de ninguna manera que pueda interrumpir el procedimiento contractual o dejar de adjudicar el contrato a quien de acuerdo con las reglas de contratación deba considerarse adjudicatario. Será sobre la base del informe enviado por el órgano de contratación que la autoridad de competencia, después de realizar las verificaciones necesarias y de tener en cuenta otros informes similares, puede llegar a la conclusión de que existen pruebas suficientes para iniciar una investigación. Pero será sólo al final de este proceso que puede ser determinada por la presencia real de una conducta que viola la ley antimonopolio. La autoridad de competencia mantendrá constantemente informado de la estación de la presentación de informes sobre la evolución.

---

7. El Manual o *Vademecum* se encuentra disponible en la dirección: *http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.agcm.it%2Ftrasp-statistiche%2Fdoc_download%2F3955-delibera-e-vademecum.html&ei=KQIKU6AFkpjRBaGogfAP&usg=AFQjCNF2s1wXyYPYNigKZvWEDHpTkxwk6w&bvm=bv.61725948,d.d2k*

Así las cosas, lo que en este trabajo se presenta son algunas propuestas que podrían servir para coordinar y satisfacer las finalidades de estos dos sub-ordenamientos jurídicos en casos como los planteados y los avances que en este sentido se pueden producir a la vista de las nuevas previsiones que contiene la normativa europea de contratación pública aprobada en enero de 2014.

III. PROPUESTAS PARA COMBATIR LA COLUSIÓN EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Si el problema de los acuerdos colusorios en la contratación pública tuviese fácil acomodo, por qué no resolverlo a través de la generalización de pliegos de cláusulas administrativas –generales y particulares– que abordasen la cuestión; por qué no una llamada en el TRLCSP que completase la D.A. 23ª; por qué no pronunciamientos judiciales o de las autoridades de competencia en este sentido; por qué no, en fin, disquisiciones doctrinales sobre el asunto.

Lo cierto es que, como afirmó rotundo E. Allan Poe, «*la verdad no siempre está en un pozo*». Todas las preguntas anteriores tienen su respuesta en ciertas peculiaridades del sistema jurídico español; concretamente en el carácter un tanto «autista» del derecho de la contratación pública, en la minusvaloración del derecho *antitrust* y en la consiguiente desconexión entre ambos.

Hasta que las Directivas de 2004 y la jurisprudencia comunitaria pusieron remedio, la normativa contractual patria prestó poca o nula atención a elementos ajenos a la pura provisión de bienes y servicios para el cliente público, (p.e., las consideraciones sociales o medioambientales). Por su parte, fue la actual Ley de defensa de la competencia, la que, si bien no creó un tipo específico de infracción, otorgó a las unidades de investigación de las autoridades –estatal y autonómicas– de competencia los instrumentos imprescindibles para perseguir la colusión en las licitaciones , una de las más flagrantes violaciones de la ley de competencia, en cuanto daña al comprador público al aumentar los precios y la restringir la oferta, provocando que los bienes y servicios no estén disponibles para algunos compradores y sean innecesariamente

costosos para los demás, en detrimento de los usuarios últimos de los bienes y servicios públicos y de los contribuyentes[8].

Dichas peculiaridades bien merecen reproche como razones jurídicas principales de la ineficacia en la persecución de las manipulaciones en las licitaciones públicas. Pero en el TRLCSP han sobrepasado la barrera de la contumacia cuando la única solución propuesta es imponer a los órganos participantes en la contratación el deber genérico de comunicar las presuntas colusiones a las autoridades de competencia, sin reforzar los controles en el propio procedimiento de contratación por los propios órganos participantes. No son pocas las invocaciones a esta tarea por parte de organismos internacionales, destacadamente, la OCDE.

Pero esta laguna legal no impide que la defensa de la competencia en las licitaciones pueda ejercitarse tanto en el ámbito general de la contratación pública como en el curso de cada procedimiento de contratación. En el primer caso, exigiría a los órganos de contratación el ejercicio de sus potestades de organización de modo pro-competitivo a la hora de configurar las unidades encargadas de los procedimientos y a la de instruir a su personal. En el segundo, supondría incluir en los PCAP estipulaciones que permitiesen a los participantes en el procedimiento fiscalizar durante el mismo el cumplimiento de las normas de competencia a la par que de las reglas de contratación.

La introducción de mecanismos de defensa de la competencia frente a las manipulaciones generaría beneficios tanto inmanentes como trascendentes para la contratación pública. Inmanentes, en cuanto permitiría implementar en ella las reglas *antitrust*, reducir al mínimo los supuestos de *bid rigging*, e incrementar así las posibilidades de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. Trascendentes, al refrendar el carácter autónomo de la normativa de contratación pública y quizás eliminar a medio plazo el papel principal asignado al Derecho de la competencia en la vigilancia de estas infracciones, reduciéndolo a norma subsidiaria o colaboradora (*doble barrera*).

8. OCDE, *Recomendación del Consejo sobre la lucha contra la manipulación de las licitaciones en la contratación pública*, C(2012)115/CORR1, 17 julio 2012.

Con la brevedad que exige un estudio como el presente, hemos de diferenciar dos grupos de cláusulas incorporables a los pliegos: reglamentarias y orgánicas. Las primeras contienen disposiciones –expositivas o vinculantes– destinadas a evitar o prevenir conductas *antitrust* de las empresas en el procedimiento de contratación. Las segundas refieren la participación de comités y expertos en materia de competencia que auxilien al órgano de contratación y a la Mesa a la hora de impedir y reaccionar frente a dichas conductas.

1. CLÁUSULAS ANTICOLUSORIAS INCLUIDAS EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

En términos generales, los pliegos de cláusulas administrativas particulares contienen estipulaciones de dos tipos: las que instrumentan la gestión del procedimiento contractual por el órgano de contratación y las que regulan los requisitos y conductas de las empresas a efectos de su entrada, participación y selección de sus ofertas. A la segunda categoría pertenecen las que ahora nos ocupan. Su expresión en el pliego tiene como objetivo hacerlas partícipes de de los efectos informativo y normativo que caracterizan a aquél en cuanto «ley del contrato».

Entre las múltiples clasificaciones que admiten las cláusulas anticolusorias, nos hemos decidido por un criterio funcional. Así diferenciamos entre: a) indicaciones relativas a los aspectos de la contratación de más fácil manipulación; b) el compromiso del licitador de no incurrir en prácticas colusorias.

a) Indicaciones relativas a los aspectos de la contratación de más fácil manipulación

La colusión puede producirse en muy diversos momentos del proceso contractual. No sólo durante el procedimiento propiamente dicho sino durante su ejecución. En este segundo caso, la posición del adjudicatario halla su razón en el pacto con los restantes licitadores, cuya contrapartida es la participación en la ejecución del negocio. Sea como fuere, el pliego de cláusulas administrativas particulares dirige el contrato desde su inicio hasta su fin. Por ello, la inclusión en el mismo de cláusulas contra-colusión permite activarlas a lo largo de toda la vida del contrato, según el momento en el que se produzca el riesgo de manipulación.

Necesariamente, el expediente de contratación habría de contar con una relación de las reglas de competencia aplicables y las prácticas anticompetitivas más comunes en este ámbito. No es preciso que se incluya en el pliego de cláusulas administrativas. Incluso podría ser contraproducente en términos formales y de exigencia de su cumplimiento. Bastaría una presentación general y una remisión a un documento al uso, como la Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia o sus equivalentes en Andalucía y Cataluña.

La importancia de este contenido no debe de ser minusvalorada, aunque no pueda fundar la resolución del contrato por incumplimiento de una obligación esencial contenida en los pliegos. Posee, en primer lugar un alcance singularizado para cada licitador. Su importancia radica en lo que tiene de formativo para los licitadores, quienes difícilmente podrán alegar ignorancia del carácter anticompetitivo de la conducta o de sus efectos si han tenido la oportunidad de informarse sobre ellas antes de presentar su proposición. Por ende, es un complemento recíproco del compromiso del licitador para no incurrir en prácticas colusorias, cuyos efectos serán analizados en el epígrafe subsiguiente.

En segundo lugar, es una vía de promoción de la competencia en la contratación, pues goza de la capacidad expansiva que aporta el perfil de contratante. La posibilidad de incluir esta relación aparece claramente acogida en el artículo 53.2 TRLCSP entre «*cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación*». Esta expresión tiene en este precepto un alcance mucho más amplio que el limitado a los pliegos de cada contrato concreto. Abundando en ello, el clausulado de reglas, prácticas y prohibiciones relativas al *bid rigging* tiene su asiento natural en el perfil, desde el que puede filtrarse a cada procedimiento por la vía de su cita y referencia en el anuncio de licitación o en los pliegos.

Un segundo tipo de menciones son más particularizadas y responden a la idea del presente epígrafe. Se refieren a aquellas fases de la vida del contrato en las que se generan o materializan los efectos de los pactos colusorios. Necesariamente, han de incluirse en los pliegos si pretenden gozar de algún tipo de eficacia.

Entre ellas gozan de especial importancia las relativas a las formas de coparticipación de dos o más empresarios en la licitación y/o

ejecución del contrato reconocidas en el TRLCSP y no contrarias *de iure* a la normativa de defensa de competencia. Hablamos de las uniones temporales de empresas –UTEs– (artículo 59 TRLCSP), la integración de la solvencia por medios externos (artículo 63 TRLCSP) y la subcontratación (artículo 227 TRLCSP). Por su propia naturaleza son muy propicias a favorecer la colusión entre los licitadores, al unir a empresarios que bien podrían concurrir de forma independiente o a servir de fórmulas de compensación a favor de los participantes cuyo papel en el acuerdo es el de no ser adjudicatarios.

Tal es el caso de las UTEs, cuyo peligro máximo es el de constituir un mecanismo legalmente reglado y muy habitual de colaboración entre licitadores, lo que disfraza posibles casos claros de colusión. Ésta es enormemente probable cuando fuera de la unión temporal no existe (prácticamente) ningún competidor. En la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDF) de 20 de enero de 2003, *Terapias Respiratorias Domiciliarias* (r504/01), el Servicio negó la infracción del artículo 1 LDC porque la UTE se constituyó, al amparo de la Ley 18/1982, con el lícito objeto de obtener la adjudicación del concurso, con carácter temporal y con el positivo efecto de permitir al INSALUD ofrecer los servicios licitados a un precio muy ventajoso. Sin embargo, el TDC entiende que los efectos restrictivos del acuerdo entre competidores pueden producirse con independencia de la forma que revista el pacto y del objeto que se persiga. Las empresas pueden haber adoptado la forma de Unión Temporal con el legítimo objeto de acogerse al régimen tributario que la Ley 18/82 establece, pero ello no impide que esta Unión Temporal pueda tener efectos anticompetitivos si las empresas que se unen temporalmente tienen suficiente poder de mercado y si el número de competidores potenciales es reducido[9].

Siguiendo esta misma regla, la posibilidad se reduce cuando el número de licitadoras ajenas a la UTE es suficiente para estimar que el procedimiento garantiza un margen competitivo suficiente, como señaló el Tribunal de Defensa de la Competencia de Cataluña en su Resolución de 21 de enero de 2009, *Asociación de Funerarios de Lleida* (AR 30/08).

La integración de la solvencia por medios externos de carácter colusorio supone, en términos generales, la renuncia a participar en un

9. *Terapias*, 5.

procedimiento; y se ve recompensada por la inclusión en la oferta de la empresa que se decide sea adjudicataria como proveedora de medios materiales y/o humanos que garanticen la solvencia de esta. Este mecanismo favorece la colusión cruzada entre diferentes procedimientos de contratación, asegurando la participación material en la ejecución de varios contratos desde diferentes roles, lo que dificulta la percepción de la infracción. La subcontratación opera de forma similar a la integración por medios externos, pero se visibiliza con posterioridad a la adjudicación. Para reducir el impacto de estas dos formas de colusión importa mucho al órgano de contratación fijar claramente las condiciones de aceptación de las empresas terceras, y fijar límites estrictos (por ejemplo, rechazar como subcontratistas a otros licitadores o exigir la identificación de los subcontratistas en la oferta).

Ahora bien, no es infrecuente que las cautelas aconsejadas por las autoridades de competencia a la hora de usar las figuras anteriores sean contestadas desde el Derecho de la Contratación pública, que las fomenta decididamente. Dicha contradicción lo es de objetivos. Si los del Derecho de la competencia se focalizan en evitar las maquinaciones y los pactos ilícitos entre los candidatos, promoviendo sus ofertas independientes en aras de un menor precio, los del Derecho de la contratación pública abarcan fines más amplios y políticas transversales. Así por ejemplo, se promueven las UTEs, la integración por medios externos y la subcontratación para facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y las medianas empresas, en muchos caso excluidas por razones objetivas de economías de escala y dificultades de solvencia. Dicho problema se agrava en los contratos de elevado importe (los sometidos a regulación armonizada) y cuando operan centrales de compras, con la consiguiente reducción del número y ampliación del importe del negocio, lo que atrae a grandes empresas.

Sirva de expresión de las diferencias señalada el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda a la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* de la CNC. A la hora de pronunciarse sobre los contenidos de la Guía en materia de subcontratación, el Informe señala en su epígrafe 21 (página 46):

> «*Las directrices que viene dando la Comisión Europea, en especial desde el comienzo de la actual crisis económica y los criterios mantenidos por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio*

en materia de política de PYMES, vienen siendo las de fomentar las subcontrataciones para así favorecer a las PYMES, logrando de esta manera que éstas se beneficien de parte del gasto público que se canaliza a través de la contratación pública. Este es un nuevo ejemplo de cómo un enfoque que no tome en consideración objetivos distintos al de la obtención de un máximo de concurrencia, no siempre resulta adecuado en el ámbito de la contratación pública.

La contratación pública viene siendo a nivel comunitario y nacional un instrumento horizontal para colaborar con otras políticas, tales como la medioambiental, la social, de innovación o de protección de las PYMES. Este enfoque puede y debe hacerse compatible con el respeto a la libre concurrencia».

b) El compromiso del licitador de no incurrir en prácticas colusorias

A diferencia de los supuestos estudiados en el epígrafe precedente, un mecanismo de implicación activa del licitador en la prevención de la colusión tiene lugar por la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de la exigencia de un compromiso de no acometer o participar en manipulaciones colusorias. Para ello, resulta conveniente añadir al pliego un Anexo, que contendrá un modelo de compromiso elaborado por el órgano de contratación. Naturalmente, el candidato podrá presentar un documento alternativo, que sólo será admitido si reúne garantías equivalentes al modelo.

Las funciones principales del compromiso son la informativa y la disuasoria. La primera opera en el procedimiento de contratación. En todos los casos, pero más en aquéllos de relativización de la competencia (mercados locales, escasas empresas participantes, predominio de PYMEs, etc,), la exigencia del compromiso concede al licitador una idea exacta *ab initio* de la importancia de concurrir autónomamente respecto a sus rivales. Su presencia, unida a la formación que proporcionen al licitador las explicaciones sobre *bid rigging* anexadas a y referenciadas en el pliego no es sino otro medio de promoción de la competencia en la contratación pública. Su valor intrínseco como tal es enorme dado el gigantesco volumen de procedimientos y la garantía de diseminación que ofrece el perfil de contratante[10]. Pero más importante que la labor

10. Para garantizar una mayor efectividad del compromiso no sería desaconsejable incorporar una referencia a las aclaraciones sobre la naturaleza y características del *bid rigging* incorporadas o adjuntadas al pliego.

informativa/educadora es que al licitador no se le ofrezcan dudas sobre los efectos derivados de su incumplimiento. Por ello, en el modelo de compromiso deben primar ideas puramente negativas: la promesa de no participar en prácticas colusorias y las consecuencias de incurrir en ellas.

Partiendo de lo anterior, puede afirmarse que la virtualidad esencial del compromiso es disuasoria. La constancia de una firma al pié del mismo apuntalaría otros indicios de manipulación conocidos en el curso de un proceso penal o de un procedimiento de investigación instado por las autoridades de competencia.

En el ámbito penal el compromiso engañoso podría encajar en el tipo de falsificación documental, más o menos agravada según se tuviese a aquél por documento privado, oficial o público. Es esencial, por ello, precisar la naturaleza jurídica del compromiso a los efectos penales. Cuando la falsificación en documento público, oficial o mercantil (documento POM) es imputable a un particular –caso del licitador– el artículo 392 CP castiga al autor con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. El artículo 395 del Código Penal (redacción según Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años al particular que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390. Este último define el delito de falsificación del documento POM. En sus tres primeros números alude a las conductas siguientes:

a. Alteración de un documento POM en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

b. Simulación de un documento POM en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

c. Suposición en un acto de la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

Estrictamente, en Derecho Penal son privados aquellos documentos que han sido confeccionados por los particulares sin el propósito de producir efectos en el orden oficial o público, y siempre que no sean reflejo o manifestación de operaciones o actividades mercantiles. El

compromiso firmado por el licitador según el modelo oficial o similar, anexo a su oferta y sellado por funcionario competente no se dirige al tráfico jurídico privado. Por el contrario, se incorpora al expediente de contratación para producir efectos en el mismo. Su carácter anfibiológico lo inserta en la categoría de «*documentos públicos por destino o por incorporación*».

La posición jurisprudencial sobre los documentos por destino ha variado a lo largo del tiempo. Durante los años 80, la doctrina jurisprudencial, de modo pacífico y terminante, vino declarando que la incorporación de documentos inicialmente (o por su origen) «privados» a los procedimientos judiciales o a los expedientes administrativos, producía en los mismos un cambio de naturaleza transformándolos (por destino) en «oficiales» o «públicos» (Sentencias de 27 junio 1983 y 9 de febrero de 1989). A partir de 1990 se operó un giro radical en el sentir jurisprudencial. Han de citarse las Sentencias 11 y 25 octubre 1990 como iniciadoras de la doctrina según la cual lo determinante es la naturaleza del documento en el momento de soportar las manipulaciones o acoger el contenido inveraz. Aunque se aceptase que el documento privado falso se transmute después en público oficial o mercantil, lo que no se alteraría nunca es la realidad de que se falsificó un documento privado. Para mantener la categoría de públicos, ciertos documentos «privados» de particular configuración y suscripción surgen, desde el instante mismo de su confección, con inexorable y único destino de incorporación a la esfera pública, a cualquiera de los órganos que integran la Administración y cuyo fin es de provocar una resolución del ente receptor[11].

La jurisprudencia más reciente ha ratificado dicha distinción. Sirva de referencia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 165/2010, de 18 de febrero de 2010 (Rec. casación nº. 1351/2009, F.J. 4º):

> «*Con respecto al delito de falsedad en documento oficial por incorporación de documento privado, en las SSTS 386/2005, de 21 de marzo, y 575/2007, de 9 de junio, se afirma lo siguiente: de acuerdo con la doctrina de esta Sala, que ha eliminado la anterior categoría de "documentos públicos u oficiales por destino", anteriormente existente –SSTS de 9 de febrero y 16 de mayo de 1990–, criterio del que ya se separan las SSTS de 11 y 25 de octubre del mismo año, y que hoy es la consolidada de la Sala, hay que estar a la natura-*

11. STS, Sala de lo Penal nº. 522/1996 de 19 septiembre, Rec. casación nº. 1237/1995.

> *leza del documento en el momento de la comisión de la maniobra mendaz –SSTS de 10 de marzo de 1993, 28 de mayo de 1994, 10 de septiembre de 1997–, y de acuerdo con ello podría defenderse la naturaleza privada de dicho documento. Tal doctrina tiene una importante matización en relación a aquellos documentos privados que tienen como única razón de ser el de su posterior incorporación a un expediente público y por tanto la de producirse efectos en el orden oficial, provocando una resolución con incidencia o trascendencia en el tráfico jurídico –SSTS de 19 de septiembre de 1996, 4 de diciembre de 1998, 3 de marzo de 2000, 16 de junio de 2003 y 24 de enero de 2002–».*

Y en la sentencia de este Tribunal 1529/2003, de 14 de noviembre, se argumenta, con mayor claridad expresiva, que:

> «*cuando un impreso es completado por un particular, que efectúa en el mismo determinadas manifestaciones, no es otra cosa que una declaración particular, por lo que no llega a adquirir, solo por el hecho de constar en un impreso de uso estandarizado, el carácter de documento oficial. El que posteriormente tal documento sea incorporado a un ámbito oficial no modifica su naturaleza, o al menos no altera el hecho de que las manifestaciones fueron vertidas en un documento privado*».
>
> «*Puede ocurrir, sin embargo* –sigue diciendo la referida sentencia–, *que el documento suscrito, confeccionado o rellenado por el particular, que contiene como tal solo manifestaciones particulares, tenga como destino único y como exclusiva razón de su existencia, el incorporarse a un expediente oficial , administrativo o de otra clase, con la finalidad de servir de base a una declaración o resolución oficial, que resulta así, una vez emitida, de contenido falsario a causa de la mendacidad del particular, pudiendo decirse que en estos casos el autor mediato utiliza al funcionario como instrumento de la falsedad cometida en el documento, que al emanar de aquél en el ejercicio de sus funciones, resulta ser un documento oficial*».
>
> Y acaba afirmando la referida resolución que «*así lo ha entendido esta Sala en algunas ocasiones, precisando su doctrina más actualizada que negaba la simple conversión de la naturaleza del documento en atención a su destino oficial. Entre ellas en la STS 1720/2002, de 16 octubre, en la que se afirmó que el documento "ab initio" privado que nace o se hace con el inexorable, único y exclusivo destino de producir efectos en un orden oficial, en el seno*

de la Administración Pública o en cualquiera de sus vertientes o representaciones se equipara al documento oficial, siempre que sea susceptible de provocar una resolución administrativa del ente receptor que incorpore el elemento falso aportado». En el mismo sentido, la STS 79/2002, de 24 enero.

De la abundante doctrina jurisprudencial sólo cabe concluir que el compromiso –en cuanto se emite en relación con ningún tipo de resolución administrativa– tiene el carácter de documento privado. Por ello, su falsificación incurrirá en el delito contemplado en el artículo 395 CP, si concurren los requisitos típicos. El esencial es el ánimo de dañar a un tercero. Como señala el Tribunal Supremo «*La falsificación de un documento privado del art. 395 del Código Penal sólo es delito cuando se realiza para perjudicar a otro (…). La falta de verdad que comporta toda falsedad documental no es suficiente, si la falsedad se realiza en un documento privado, para que el hecho sea punible. Es preciso que la mendacidad escrita en un documento privado –que, por sí sola, no afecta a ningún bien jurídico penalmente protegido– esté encaminada a causar a otro un perjuicio que, en la mayoría de los casos será económicamente evaluable aunque no pueda descartarse la posibilidad de un perjuicio no patrimonial*»[12].

En el campo de la contratación pública los perjuicios derivados de la manipulación de licitaciones son difícilmente discutibles. Pero para que existiese delito en un caso concreto, sería necesario probar la relación de causalidad entre la falsificación y el hecho dañoso y los concretos perjuicios producidos. En el primer caso, la carga de la prueba se ve respaldada por otros indicios presentes en el expediente de contratación y en la ejecución del contrato. Unos y otros se complementan y apoyan. La adulteración del compromiso corrobora la naturaleza colusoria de las conductas observadas en el expediente, a la vez que estos ratifican aquélla. En segundo lugar, la prueba del perjuicio producido resultaría de comparar el importe y características de la proposición del adjudicador falsario con la oferta económicamente más ventajosa que debió haber obtenido el contrato.

En el marco de una investigación llevada a cabo por una autoridad de competencia la presencia de indicios de colusión acentúa la importancia del compromiso de no incurrir en prácticas colusorias. En primer

12. STS, Sala de lo Penal, nº. 2015/2001, de 29 octubre, rec. casación 4271/1999, F.J. 3º..

lugar, el ya reseñado alcance informativo de este documento dificulta que el licitador alegue ignorancia del hecho ilícito. En segundo lugar, facilita la prueba de la existencia de culpa del infractor; que la jurisprudencia ha considerado suficiente para entender colmado el requisito de la responsabilidad subjetiva, establecido por el artículo 130 LPC[13]. Por último, reduce sino elimina las atenuantes factibles (artículo 64.1.g) LDC). El sujeto no podría negar que conociera la posibilidad de cometer un acto colusorio, los requisitos y que se hubiera comprometido a no hacerlo.

c) El placet comunitario: la sentencia PC-WARE

La imbricación de la normativa *antitrust* en la contratación pública –más concretamente, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares– ha sido admitida al menos una vez por los tribunales comunitarios. El Tribunal General (TG), en su sentencia de 11 de mayo de 2010[14], lo hace de forma tímida e involuntaria, incluso inconsciente, dado que el pronunciamiento guarda relación con la competencia desleal (venta a pérdida). Pero, a nuestro juicio, no cabe duda de que su contenido sería idéntico si versase sobre defensa de la competencia.

La sentencia en cuestión decide una demanda de anulación formulada por una empresa licitadora, *PC-Ware Information Technologies*, contra la decisión de la Comisión –tomada como órgano de contratación– de adjudicar un contrato de servicios de reventa de cuentas grandes de productos Microsoft a otra empresa cuya oferta, a juicio de la recurrente, había incurrido en baja temeraria y en venta a pérdida.

Los Reglamentos 1605 y 2342/2002 que rigen la contratación de la Comisión regulan la figura de las ofertas anormalmente bajas, pero no así la venta a pérdida (artículos 131.1 y 146.4, respectivamente). No obstante, las especificaciones técnicas de la licitación disponían en su punto 3.3 que «el contrato resultante estará regulado por el Derecho de la Comunidad Europea, *completado por el Derecho belga en los puntos para los que el Derecho comunitario no regule la cuestión de Derecho de que se trate*»[15]. Dado que el artículo 40 de la ley belga de 14 de julio de 1991, sobre

13. Por todas, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª,de 1 marzo 2012, F.J. 6º.
14. STG *PC-Ware Information Technologies BV contra Comisión Europea*, T-121/08.
15. *PC-Ware*, 7.

prácticas comerciales y sobre la información y protección al consumidor, prohíbe la venta a pérdida, la recurrente sostuvo que al decidir la adjudicación la Comisión desconoció este precepto y vulneró además aquéllos que vedan las bajas temerarias[16]. Por ende, y es lo que más importa, alegó que el órgano de contratación estaba obligado a enjuiciar las proposiciones al albur de toda la legislación aplicable a la licitación, directamente o por remisión –por tanto, también de la que castiga la competencia desleal– y no solamente tomando como parámetro a la normativa de contratación pública[17].

El TG desestima el recurso sobre la base de un argumento muy discutible: las especificaciones técnicas, cuyo punto 3.3 preveía la aplicación subsidiaria de la legislación belga, son uno de los elementos del pliego, pero no constituyen normas de la contratación pública; así pues, no son invocables por el licitador ante el Tribunal comunitario por vía de su proximidad a la figura de la baja temeraria[18]. Dicho criterio invalida *ab initio* el apartado 3.3 como regla contractual en base a la inadecuación de su fuente originaria (debiera serlo una norma, no un acto).

Sin embargo, la previsión de aplicación supletoria de la normativa belga no queda exánime. La sentencia añade que la Comisión está obligada por ella en virtud de los principios de buena administración y cooperación leal entre las instituciones de la Unión y los Estados miembros. Como «guardián de las reglas del contrato» el órgano de contratación debe «garantizar que las condiciones previstas en la presente licitación no incitasen a los licitadores potenciales a infringir la legislación belga que se aplica al contrato»[19] No puede desconocer que las especificaciones técnicas contenían un compromiso destinado a evitar las ofertas a pérdida en cuanto constitutivas de acto de competencia desleal. Pero el estándar que el TG fija para este deber es puramente formal. Resulta

16. *PC-Ware*, 46.
17. *PC-Ware*, 47, «En segundo lugar, al no haber controlado la Comisión, a pesar de la información comunicada por la demandante, si la oferta del adjudicatario infringía la prohibición de las ventas a pérdidas, la Comisión vulneró el principio de buena administración, ya que no examinó minuciosa e imparcialmente todos los elementos pertinentes».
18. Por dicho motivo, el TG sostiene que la vulneración de la prohibición de venta a pérdida es una cuestión residenciable ante los Tribunales belgas, PC-*Ware*, 58-62.
19. *PC-Ware*, 63.

satisfecho por la mera comprobación de que el compromiso acompaña a la oferta. O dicho de otro modo, la inclusión en los pliegos del compromiso por el cual los licitadores se obligan a no incurrir en prácticas contrarias a normativa ajena a la contratación pública no exige del órgano de contratación la evaluación del (grado de) cumplimiento sustantivo de lo comprometido[20].

Naturalmente, un compromiso de este tipo puede versar sobre la prohibición de prácticas anticompetitivas. De hecho, la venta a pérdida adquiere aquella condición cuando concurren en ella las características del precio predatorio, figura paradigmática del abuso de posición de dominio[21]. Por lo mismo, es perfectamente admisible incluir en los pliegos el compromiso de no incurrir en prácticas colusorias en general, o con el grado de detalle que se estime oportuno.

La importancia de este reconocimiento 'en negativo' es, sin embargo, escasa. No era preciso un pronunciamiento comunitario para admitir en los pliegos compromisos dirigidos a los licitadores. Pero sí resulta destacable que el Tribunal General sitúe en la mera exigencia de un compromiso y la constatación formal de su inclusión en la oferta basta al órgano de contratación para acreditar el cumplimiento del deber de evitar la colusión en la licitación.

2. FÓRMULAS ORGÁNICAS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas que impongan al licitador el respeto a las normas *antitrust* debería aprovecharse de la virtualidad obligatoria de los pliegos. En cuanto «ley del contrato» su incumplimiento es normalmente penalizado con la expulsión del infractor del procedimiento de contratación.

---

20. Dicha conclusión es, sin embargo, puesta en solfa por el propio TG en el párrafo 65, al proceder a un examen parcial de fondo sobre la concurrencia de venta a pérdida. La sentencia analiza las alegaciones del recurrente y concluye que de las mismas no puede deducirse la existencia de aquélla. Si bien es cierto que no existe un análisis de los requisitos de la figura, también lo es que el Tribunal entiende que dichos requisitos no se deducen de lo aportado por el recurrente.
21. Sobre precio predatorio, ver STJUE de 2 de abril de 2009, *France Télécom* contra Comisión, C-202/07P.

Sin embargo, en la práctica ello no es así, no tanto por la ineficacia ínsita de tales cláusulas sino por la ausencia de mecanismos orgánicos para implementarlas. Así como el desconocimiento de una regla contractual genera el efecto de expulsión, bien por decisión de la Mesa de contratación, bien por el éxito de un recurso, no ocurre así cuando lo que se vulneran son reglas de competencia. No es otra la razón de la Disposición Adicional 23ª TRLCSP. En definitiva, las citadas cláusulas contribuirán al descubrimiento de la práctica colusoria por los órganos del procedimiento, pero a los solos efectos de comunicarlo a la autoridad de competencia. Es a ésta a la que la ley (LDC) parece reservar la exclusiva de la inspección y sanción de dichas conductas.

Si bien la actuación de las autoridades de competencia es muy efectiva y tiene alcance disuasorio dada la importancia de las sanciones, padece la tara de que tan sólo se produce *a posteriori*; en la mayoría de los casos el procedimiento de adjudicación habrá finalizado y la asignación del contrato a los infractores se habrá consumado. El único remedio posible es la imposición de una multa. El paso siguiente –y definitivo– es que la corrección de las conductas anticompetitivas tenga lugar en el procedimiento de contratación, si es posible, antes de la formalización del contrato. Para ello, es necesario que algún órgano, comité o experto tenga el encargo de localizar y actuar frente a dichas conductas.

De lege data no existe ninguna previsión legislativa al respecto. El artículo 320 TRLCSP encarga a la Mesa de contratación la competencia para la valoración de las ofertas; lo que se traduce en la actualización de las reglas previstas en el artículo 150 TRLCSP y concordantes. En su apartado 1, este artículo establece criterios objetivos de adjudicación que deben ser valorados por la Mesa (precio, calidad, aspectos medioambientales…). En ningún caso se alude a factores anticompetitivos como criterios de valoración, sobre los que aquélla pueda pronunciarse. Más limitada aún es la funcionalidad del Comité de expertos citado en el apartado 2 del artículo 150 TRLCSP, que se pronunciará sobre los criterios de adjudicación sólo cuando los criterios dependientes de un juicio de valor tengan un peso inferior a los evaluables de forma automática.

Ahora bien, entendemos que el TRLCSP no impide que los pliegos prevean la participación en el procedimiento de contratación de expertos, grupos o comités que se integren en la mesa o auxilien a ésta y al

órgano de contratación sobre los aspectos que tengan por conveniente; por ejemplo, cuando el objeto del contrato es de gran complejidad técnica. No existen tampoco obstáculos a que dichos partícipes sean externos al órgano de contratación, y de naturaleza pública o privada. Por lo mismo, no debe concurrir ningún impedimento para que los pliegos prevean la participación o el auxilio de expertos en competencia que, conforme a las reglas de manejo funcional establecidas en el seno de la Mesa, examinen la documentación de los licitadores desde una perspectiva *antitrust*.

Dicha posición encuentra acomodo en lo dispuesto para la Mesa de contratación en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyos artículos 21 y 22 regulan su composición y funciones, respectivamente. En relación con los integrantes de la Mesa, el artículo 21 es muy laxo. El único miembro de aquélla que deberá pertenecer al órgano de contratación es el Secretario. Normalmente reunirán la doble condición el asesor jurídico y el interventor, aunque ello no es estrictamente necesario. Para los restantes miembros se exige únicamente que «estén designados» por el órgano de contratación y, desde el punto de vista formal, que todos los integrantes sean identificados en el perfil de contratante del órgano. Si la Mesa tuviese funciones permanentes o relativas a una pluralidad de contratos, deberá publicarse la composición en el boletín oficial correspondiente al ámbito del órgano de contratación y de efectividad del contrato.

En consecuencia, el órgano de contratación está facultado para incluir en la mesa a expertos en defensa de la competencia integrados o ajenos a aquél, con voz y voto. Por ello, sus eventuales posiciones discrepantes sobre la conformidad de la selección o de la adjudicación con la normativa de defensa de la competencia figurarán en un acta, lo cual les otorga *autorictas* y previsibles efectos futuros. Pero es todavía más importante su capacidad de incidir directamente en la toma de decisiones por la Mesa gracias a la facultad de voto. Teniendo en cuenta su especialización en ciertas materias, una solución contraria a su postura deberá estar especialmente motivada.

Alternativamente, el artículo 21 permite en su apartado 5, la intervención de expertos en competencia por la vía del auxilio técnico. En tal caso,

tendrán la posibilidad de pronunciarse en la reunión y en el acta, pero no derecho de voto.

A la vista del precepto analizado, no ofrece dudas que el órgano de contratación podrá acudir a expertos externos al mismo. Tampoco la ofrece que, en materia de competencia, serán las autoridades nacional y autonómicas de competencia las más capacitadas para ofrecer el asesoramiento pertinente, sea por vía de integración o de auxilio técnico a la Mesa. Cierto que esta solución no es viable para la totalidad de los procedimientos contractuales de todas las Administraciones públicas. Sin embargo, su implementación está lejos de ser utópica. Bastará con aprovechar las facultades de autoorganización administrativa para diseñar aquellos supuestos en los que la participación de la autoridad de competencia –o de otro tipo de asesores– es aconsejable. Como pautas de actuación, tenemos: su uso en ciertos tipos (obras pública, concesiones) o en contratos sometidos a regulación armonizada; su restricción a los contratos celebrados por las centrales de compras, o a aquéllos tramitados por dos o más Administraciones públicas, etc.

La efectividad de dicha participación será evidente cuando las cláusulas de protección de la competencia incorporadas a los pliegos de condiciones tengan el carácter de «requisitos» (artículo 22.1. c) Real Decreto 817/2009), «obligaciones contractuales esenciales» o «causas de resolución previstas en el contrato» (artículo 223 TRLCSP). O bien cuando las proposiciones sean rechazables por incurrir en los vicios previstos en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas[22].

Ahora bien, para que estas Mesas reforzadas sean eficaces en términos de identificación y eliminación de prácticas colusorias es preciso que este último paso se dé en el propio procedimiento contractual. O en mejor terminología, *durante*. Cuando las conductas anticompetitivas consistan en la infracción de una cláusula incluida en los pliegos que ostente la categoría de

22. «Artículo 84. Rechazo de proposiciones. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición».

requisito del contrato, el resultado excluyente es producto de la decisión de la Mesa de contratación, tal como subrayamos en el párrafo precedente. En los restantes casos, habrá que acudir a la actividad sancionadora de la autoridad de competencia. Pero ésta se verá favorecida por la mayor preparación de la propia Mesa para la identificación de la conducta y de los rasgos que la definen como contraria a la competencia (por ejemplo, en base a un estudio diacrónico de procedimientos anteriores sobre el mismo objeto o en los que hubiesen concurrido las empresas sospechosas). Las técnicas de colaboración entre las distintas Administraciones públicas serán muy útiles para esta tarea, a través de la comunicación de información sobre los resultados de procesos contractuales, indicios en casos anteriores, etc.

De lege ferenda, la solución viene dada por una mayor y mejor imbricación entre los órganos de contratación y los de competencia, de forma que la detección y corrección de conductas anticompetitivas en la contratación pública pueda verificarse en su ámbito y en el procedimiento de forma natural, sin dar lugar a retrasos en la adjudicación.

IV. LAS PREVISIONES DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA DECLARACIÓN JURADA DEL LICITADOR Y SU EXCLUSIÓN POR INCURRIR EN PRÁCTICAS COLUSORIAS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La Directiva 2014/24 ha convertido a las prácticas colusorias en un enemigo a batir para el modelo europeo de contratación pública[23]. La gran innovación respecto de las Directivas 2004/17 y 2004/18 ha consistido en habilitar a los poderes adjudicadores expresamente y fuera de toda duda interpretativa –en los términos que establezcan las leyes de transposición– para perseguir el *bid rigging* sobre la base de evidencias razonablemente fuertes, tanto durante el procedimiento de contratación en curso como respecto de procedimientos futuros. El segundo párrafo del artículo 57.5, permite expulsar a un licitador «en cualquier momento del procedimiento» en el caso de que, en vista de los actos cometi-

23. La Directiva menciona el término 'colusión' únicamente en dos ocasiones: artículos 26.4.b) (elección del procedimiento negociado y del diálogo competitivo) y 34. 5 (subasta electrónica). En ambos casos, se limita a mencionar entre las ofertas irregulares a aquellas que «*muestren indicios de colusión*».

dos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, existan evidencias sensibles de que su oferta está viciada por la colusión. Por su parte, el artículo 57.4.d) incluye entre las prohibiciones de contratar la posesión por el órgano de contratación de «indicios suficientemente plausibles» de colusión entre operadores económicos.

La Directiva deja en manos de los órganos de contratación (poderes adjudicadores) la tarea de fiscalizar la participación en los procedimientos contractuales de aquellas empresas que pudieran haber incurrido en conductas anticompetitivas; encargo que se les hará hasta el punto de obviar toda mención a las autoridades de competencia de cualquier nivel. Este aspecto plantea ya una notable diferencia de principio en comparación con el criterio que actualmente se sanciona en la D.A. 23ª TRLCSP.

Desde el punto de vista sistemático-operativo, ha de tenerse en cuenta que la Directiva:

a) Permite al poder adjudicador que habilite en la documentación preparatoria una fórmula para que el licitador acredite que no ha incurrido en prácticas colusorias a la hora de concurrir al procedimiento de contratación en el marco del que presenta una oferta. Es la llamada declaración jurada.

b) Propone una doble fórmula para excluir de la contratación pública a los licitadores coluyentes. En primer lugar, impidiéndoles participar en un procedimiento al que deseen concurrir por la vía de establecer una prohibición de contratar (exlusión inicial). En segundo lugar, expulsando de cada procedimiento a quienes de forma indubitada hayan incurrido en prácticas colusorias (exclusión sobrevenida).

c) El órgano de contratación no precisa pruebas definitivas e indiscutibles para fundamentar la exclusión inicial o sobrevenida del procedimiento de licitación. Basta que los indicios de colusión sean suficientemente plausibles. La carga de la prueba recae fundamentalmente sobre el órgano de contratación. También deberá este arrostrar los riesgos de una exclusión infundada, en forma de perjuicios causados al operador económico. Dicho riesgo será más evidente –por actual– cuando se disponga la expulsión de un licitador de un procedimiento en el que hubiese presentado una oferta.

Por lo que se refiere a la documentación preparatoria que se puede exigir para garantizar que no concurre una causa de exclusión de las previstas en el artículo 57, la Directiva prevé distintas opciones:

a) Como «prueba preliminar» de esta circunstancia, el artículo 59.1.a), dispone que los órganos de contratación aceptarán en el momento de la presentación de las solicitudes el «documento europeo único de contratación», consistente en una declaración actualizada del interesado en que exprese que no incurre en ninguna de tales circunstancias.

b) Como «prueba suficiente» para acreditar que los oferentes no han incurrido en acuerdos que falseen la competencia, la redacción de la Directiva permite sostener que los poderes adjudicadores podrán establecer que el licitador presente una Declaración jurada o documento equivalente conforme a su artículo 60.2.

Para entender tal solución, debe tenerse en cuenta que el artículo 60.2 de la Directiva alude a que para acreditar que un operador económico no incurre en alguno de los supuestos de exclusión previstos en el artículo 57, los poderes adjudicadores admitirán como medio de prueba los certificados librados al respecto por las autoridades administrativas competentes. Ahora bien, si en un Estado en particular no se emitiesen tales certificados, o si los emitidos no cubriesen los casos de exclusión citados –por lo que ahora nos ocupa, el caso de exclusión recogido en el artículo 57.4.d)–, la Directiva permite que tales certificados sean sustituidos por una «declaración jurada» del licitador. Y si se trata de un Estado miembro o país cuya legislación no prevé la declaración jurada, el certificado puede sustituirse por una «declaración solemne» hecha por el interesado ante una autoridad judicial o administrativa competente, un notario o un organismo profesional o mercantil competente del Estado miembro o país de origen o del Estado miembro o país en que esté establecido el operador económico.

Aplicadas estas determinaciones al terreno específico del tipo de las prácticas colusorias que nos conciernen, resulta evidente que una autoridad de competencia podría, en su caso, emitir un certificado acreditando que un determinado operador económico no ha sido hasta la fecha sancionado por incurrir en prácticas restrictivas de la competencia pero certificar que no ha incurrido en colusión respecto del procedimiento concreto en el que pretende participar como licitador. La

naturaleza secreta de este tipo de acuerdos colusorios convertiría en absurda tal certificación. De ahí que entendamos que respecto del motivo de exclusión previsto en el artículo 57.4.d) de la Directiva, la «prueba suficiente» vendrá constituida por una declaración jurada, solemne o documento con idéntica solemnidad por parte de los operadores económicos. Como la práctica demuestra, bastará un escrito fehaciente firmado por el representante del licitador, bien asumiendo el modelo que proponga el órgano de contratación, bien presentando otro escrito que pudiera considerarse equivalente.

El compromiso del licitador deberá abarcar su conducta previa al procedimiento de adjudicación, la que desarrolle durante el mismo y, de resultar adjudicatario, también la que tenga a lo largo de la ejecución del contrato. En caso de que se siguiese un procedimiento administrativo o judicial por vulneración de la normativa de competencia contra el licitador o adjudicatario, la acreditación de la ruptura del compromiso en cualquier etapa del «todo contractual» (actuaciones previas, procedimiento de adjudicación o fase de ejecución) servirá de indicio cualificado para demostrar la infracción antitrust. La resolución sancionadora que en su caso se impusiese permitirá activar la prohibición de contratar prevista en el artículo 57.4.d) de la Directiva. Por ende, si el quebrantamiento tuviese lugar durante la fase de adjudicación, el órgano de contratación podrá expulsar al licitador del procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57, apartado 5 de la Directiva.

2. EXCLUSIÓN INICIAL DEL OPERADOR JURÍDICO: PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

Bajo el título «Motivos para la exclusión», el artículo 57 de la actual Directiva es el trasunto del artículo 45 de la Directiva 2004/18 («situación personal del candidato o licitador») a la hora de recoger las prohibiciones de contratar (artículo 60 TRLCSP). No obstante, por lo que concierne al objeto de este estudio la novedad es de considerable importancia. Como arriba se reseñó, la gran innovación respecto de las Directivas 2004/17 y 2004/18 ha consistido en encomendar a los poderes adjudicadores la persecución del *bid rigging* sobre la base de evidencias razonablemente fuertes, habilitándoles incluso para impedir (prohibir) su participación en un procedimiento en la fase de presentación de ofertas (exclusión inicial) .

El apartado 4 d) del artículo 57 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: (...) d) Cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia». El apartado 7 señala que la duración de la prohibición será fijada por la normativa de cada Estado miembro. Si la exclusión hubiese sido decidida por sentencia firme que no hubiera establecido su duración, en ningún caso excederá de 3 años, contados desde la fecha del «hecho significativo» (*relevant event*). Por hecho significativo no debe entenderse el momento de producción del acuerdo o práctica concertada, por naturaleza secretos, sino la firmeza de la resolución de competencia.

El carácter de la Directiva, propositivo en cuanto a los medios y obligatorio respecto de los objetivos, explica tanto la generalidad de los términos como que no se haya dispuesto la duración de la prohibición. Si bien debe reconocerse la novedad que introduce la Directiva al incluir a los comportamientos anticompetitivos entre los susceptibles de fundar la exclusión inicial de un procedimiento, no debe obviarse que la decisión queda en manos del órgano de contratación (pliegos) o del Estado miembro (ley nacional), a diferencia de los supuestos contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 55, que recogen los supuestos clásicos de prohibición y cuya observancia es imperativa para la normativa interna de desarrollo.

Sea por la conciencia de una menor gravedad, por las dificultades de implementación o por discrepancias en la redacción del artículo, lo cierto es que a la colusión se le asigna una importancia menor y, lo que es más importante, se deja al arbitrio del operador nacional su efectividad. Debe reconocerse, no obstante, que ello no supone novedad respecto al artículo 45 de la Directiva 2004/18 («situación personal del candidato o licitador»).

Un sector doctrinal[24] sostiene que la mencionada prohibición se hallaba ya contemplada en las Directivas de 2004 y, por vía de transpo-

24. Sánchez Graells, A., Public procurement and the EU Competition rules, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 253-255.

sición, en la normativa española de contratos. En concreto, la consideran incluida en la prohibición nacida de falta grave en materia profesional[25]. Como fundamento de derecho más destacado aluden a su mención en el Considerando 54 de la Directiva 2004/17 (Considerando 43 de la Directiva 2004/18), a pesar de su carácter «*obiter dictum*»[26].

No entendemos acertada dicha interpretación. En primer lugar, resulta sumamente dudosa su conformidad con los principios básicos del Derecho sancionador español; concretamente con los de tipicidad de las infracciones administrativas y de responsabilidad de sus autores (artículo 129 y 130 Ley 30/1992); ambos directamente ligados al principio constitucional de presunción de inocencia[27]. En segundo lugar, porque dicha posición implica una reducción del ámbito de la prohibición de contratar en la Directiva vigente respecto de las anteriores, cuando el fundamento de la prohibición sea la concertación entre los licitadores. Ello es así porque, en la amplia dicción empleada por las Directivas de 2004 resultaban comprendidos dentro de la prohibición cualesquiera práctica contrarias a la normativa de competencia, ya sean acuer-

25. Concretamente, se sanciona a aquellas empresas «*que hayan cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por cualquier medio que los poderes adjudicadores puedan justificar*» (artículo 45 2.d) Directiva 2004/18) o por «*haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional*» (artículo 60.1.d) TRLCSP)

26. De acuerdo con el Considerando 54, «*Si el Derecho nacional contempla disposiciones a tal fin, el incumplimiento de la legislación en materia de medio ambiente o de la normativa sobre acuerdos ilícitos en materia de contratos públicos que haya sido objeto de una sentencia firme o de una resolución de efectos equivalentes podrá considerarse un delito que afecta a la moralidad profesional del operador económico de que se trate o una falta grave. La inobservancia de disposiciones nacionales de aplicación de las Directivas 2000/78/CE (22) y 76/207/CEE (23) del Consejo relativas a la igualdad de trato de los trabajadores que haya sido objeto de una sentencia firme o de una decisión de efectos equivalentes se podrá considerar un delito que afecta a la moralidad profesional del operador económico de que se trate o una falta grave*».

27. No debe olvidarse que en el ordenamiento jurídico español el Derecho de la Competencia es una rama del Derecho administrativo, gestionado entes públicos (autoridades nacional y regionales de defensa de la competencia) que tramitan procedimientos administrativos y dictan resoluciones sancionadoras, las cuales son impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ello sin perjuicio de que los perjudicados por comportamientos anticompetitivos puedan acudir ante el orden jurisdiccional civil para solicitar reparación de los daños y perjuicios causados (aplicación privada del Derecho de la competencia).

dos (artículo 101 TFUE) ya actos (unilaterales) constitutivos de abuso de posición de dominio (artículo 102 TFUE). Sin embargo, el artículo 57.4.d) de la nueva Directiva es taxativo cuando menciona tan solo a los «acuerdos» como causa de la exclusión. A salvo la futura posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una interpretación de tal calado que incluya entre las causas de prohibición de contratar al abuso de posición de dominio debe quedar vedada por la prohibición de interpretación extensiva de las normas sancionadoras.

Lo señalado en el párrafo precedente opera como cuestión *de lege data*. Pero no obsta para que entendamos infundada dicha limitación *de lege ferenda*, por ignorar completamente la naturaleza de las infracciones al Derecho de la competencia. En realidad, no todos los acuerdos entre operadores jurídicos son pactos colusorios que infringen el artículo 101 TFUE[28]. En ocasiones uno de los paccionantes goza de posición de dominio e impone el pacto a sus co-licitadores, En tal caso, el pacto no será otra cosa que la expresión conjunta de una imposición unilateral. Al no existir consenso o aquiescencia voluntaria, la conducta incurrirá en infracción del artículo 102 TFUE. La omisión de los comportamientos abusivos significa, a nuestro entender, que el artículo 57.4.d) de la Directiva es susceptible de ser sometido a una cuestión prejudicial de interpretación ante los tribunales comunitarios.

Respecto al elemento objetivo de la prohibición de contratar, el precepto citado menciona únicamente a los «acuerdos» (*agreements*). No obstante, resulta indiscutible que la pena de prohibición debe afectar también a las prácticas concertadas (también citadas en el artículo 101 TFUE) y a los comportamientos conscientemente paralelos (artículo 1 LDC). Ambos tipos de conductas son estructuralmente distintos pero indiferentes en cuanto a su naturaleza de práctica restrictiva. En los

28. Las relaciones contractuales enjuiciadas al amparo del artículo 102 TFUE no son excepción, hasta el punto de haber sido sistematizadas en categorías tales como los acuerdos exclusivos, vinculación y venta por paquetes; ver *Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes* (2009/C 45/02). Sobre los «limites difuminados entre los artículos 101 y 102 TFUE» ver Rousseva, E., *Rethinking exclusionary abuses in EU Competition Law*, Hart Publicshing, Oxford, 2011, p. 433-473.

términos arriba reseñados, la prohibición debe extenderse a los comportamientos abusivos.

Desde el punto de vista teleológico, el precepto exige que la conducta tenga por finalidad «falsear la competencia». En la práctica comunitaria, tanto la Comisión como el TJUE han relativizado la importancia del elemento intencional. Dicho elemento no se exige en el artículo 101 TFUE para el que la conducta sea colusoria cuando resulte probado que su objeto o efecto sea impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

En el Derecho español, sin embargo, la represión de las prácticas anticompetitivas, hasta el momento monopolizada por las autoridades (administrativas) de competencia, se integra en un procedimiento sancionador, sometido a los principios previstos en la Ley 30/1992. Entre ellos se encuentra el de responsabilidad subjetiva (art. 130), que al exigir un mínimo de «simple inobservancia» alude a las distintas formas de dolo y negligencia, pero veda toda responsabilidad objetiva.

La demostración de que el licitador o candidato incurrió en una conducta colusoria en un procedimiento contractual previo no plantea especiales retos para el órgano de contratación. El estándar probatorio establecido por la Directiva es muy leve (indicio fuerte) y naturalmente se verá satisfecho cuando en poder del órgano de contratación no obran indicios sino pruebas de la colusión. Así acontece cuando exista una resolución sancionadora emanada de las autoridades de competencia o una sentencia judicial (en ambos casos, nacional o comunitaria). Y para que la prohibición de contratar sea operativa no es imprescindible que la resolución o la sentencia sean firmes. Lo prueba el propio apartado 4 del artículo 57, que, en coherencia con el carácter potestativo de su transposición a la legislación interna –frente a la imposición prevista para los supuestos de los apartados 1 y 2– no establece una presunción iuris et de iure. Al contrario, el operador económico está facultado para demostrar al órgano de contratación su no participación en un acto colusorio y, de esta forma, evitar la prohibición de contratar. La única excepción a la capacidad de alegación y prueba se dará cuando la colusión se halle acreditada por una resolución administrativa o por una sentencia judicial firmes. En este último caso, la sentencia procederá de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando resuelva un recurso

frente a la resolución de la autoridad de competencia; y de la jurisdicción civil si se hubiese pronunciado en un pleito entre los operadores.

Pero cuando el órgano de contratación deba decidir sobre la prohibición de contratar con base en una resolución administrativa o en una sentencia recurribles, el licitador debe tener la posibilidad – y la carga– de probar su no implicación en el acto colusorio. Supeditar la eficacia de la prohibición de contratar al resultado de la prueba pone en cuestión la eficacia del artículo 57.4.d). Habrá de ser la norma de incorporación la que concilie el efecto útil de la Directiva con las exigencias mínimas del Derecho español sobre el derecho de alegar y probar, directamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24 CE).

No obstante, no debe desconocerse la doctrina del TJUE que reconoce a quien le fue negado el acceso al procedimiento de contratación interés legítimo para recurrir frente a la decisión de rechazo, incluso aunque no sea parte real en el procedimiento (Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 144/2008 de 10 Nov. 2008, rec. 6219/2004). Impedir a una empresa participar en un procedimiento podrá conllevar la interposición de un recurso por su parte, capaz en algunos casos de producir la suspensión del procedimiento (artículos 43 y 45 TRLCSP) y que, de prosperar, podría suponer su anulación o la adjudicación a otro licitador (artículo 47 TRLCSP).

La cuestión fundamental es la demostración de la colusión en grado suficiente. El problema se simplifica si existe una decisión sancionadora de la autoridad de competencia (o la sentencia judicial, en su caso). Sin embargo, la dicción literal del artículo 57 se pronuncia en términos más genéricos, dejando a la ley estatal la decisión de si se admiten otros medios de prueba. En el Derecho español, entendemos que tales medios se reducirán a la señalada resolución de la autoridad de competencia o a la decisión de exclusión adoptada en un procedimiento de contratación precedente y fundada en el incumplimiento de una obligación o un requisito esencial presente en los pliegos, tal como indicamos en un epígrafe precedente.

Otra cuestión no resuelta es la situación del los autores en una práctica colusoria acogidos a la vía de la clemencia. Interpretado literalmente, el artículo 57.4.d) de la Directiva permite al órgano de contratación excluir de los procedimientos contractuales a aquellos operadores que,

habiendo reconocido su implicación en el comportamiento anticompetitivo, han colaborado con la autoridad de competencia en su esclarecimiento, por lo cual son exonerados del pago de la multa en la resolución sancionadora (artículo 65 LDC). La interpretación literal impide que la clemencia tenga cualquier papel en los casos de *bid rigging*. Los participantes en un pacto colusorio perderían cualquier incentivo para denunciarlo ante la autoridad de competencia, al verse estarán expuestos a sufrir una prohibición de contratar durante un período considerable de tiempo.

Naturalmente, se trata de una prueba de actitud con vistas al nuevo procedimiento contractual; pero nunca sanadora de su infracción precedente, acreditada por resolución administrativa o jurisdiccional.

Los medios de prueba ofrecidos al licitador o candidato son variados pero se limitan a testar la supresión de los efectos de las prácticas sancionadas. Así, el interesado deberá probar que ha compensado o se halla en curso de compensar el daño provocado por el delito o la conducta anticompetitiva, que aclaró íntegramente los hechos y las circunstancias colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha tomado medidas concretas de índole técnica, organizativa y de personal apropiadas para prevenir otros delitos penales o faltas de conducta. El órgano de contratación evaluará las medidas adoptadas por los agentes económicos, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de gravedad y el delito o de una falta.

Al albur de lo anterior, resulta interesante destacar que los mecanismos de indulgencia citados en el apartado 4 del artículo 55 se correspondiente *latu sensu* con las sanciones consistentes en medidas de comportamiento o estructurales establecidas por la normativa de competencia. Dicho de otro modo, el órgano de contratación nunca considerará como prueba de la veracidad el mero abono por el licitador de la multa fijada por la autoridad judicial o de competencia. En segundo lugar, el dato de que la exclusión no sea automática exige una decisión motivada del órgano de contratación. Las razones en las que funde aquélla son esencialmente las propias del Derecho y de la jurisprudencia antitrust, no las procedentes del sistema de contratación pública. En este sentido, el órgano de contratación actúa materialmente como órgano de competencia.

3. EXCLUSIÓN DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

La exclusión de un procedimiento en curso se contempla en el párrafo segundo del artículo 57.5 de la nueva Directiva, conforme al cual «*Los poderes adjudicadores podrán, en cualquier momento del procedimiento, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, excluir a un operador económico si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, en una de las situaciones mencionadas en el apartado 4*».

El sujeto expulsado es, a diferencia de lo que acontece en el apartado 4.d) un licitador admitido a participar en el procedimiento; entendido el término «admisión» como sinónimo de que su oferta no ha sido rechazada por virtud de una prohibición de contratar. La exclusión podrá tener lugar durante las fases de preparación, selección o adjudicación. En realidad, hasta el segundo inmediatamente anterior a la perfección del contrato con la firma del contrato (artículo 27.1 TRLCSP), pues su virtualidad dependerá del momento en que el órgano de contratación pueda acreditar de forma suficiente las existencia de solución.

En el estándar de prueba se halla precisamente la dificultad práctica del precepto. No goza aquí el órgano de contratación de las facilidades inherentes al caso de las prohibiciones de contratar. Así pues, no podrá fundar su resolución en el conocimiento de una decisión administrativa o judicial sancionadora de prácticas restrictivas previas. Dado que importa el comportamiento antitrust parasitario al procedimiento en curso, los «antecedentes penales» de los licitadores no justifican por sí solos la expulsión.

Los licitadores son, pues, sometidos al test del carácter anticompetitivo de «*los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo*». Debe añadirse que dichos actos han de guardar relación con el procedimiento; estar viciosamente ordenados a promover la concertación de los licitadores en éste. Frente a lo dispuesto en el apartado 4.d), la colusión contra la que se reacciona tiene lugar en relación con el procedimiento de contratación en curso; sea con carácter previo a su inicio sea durante su tramitación. En realidad, resultará más habitual que los acuerdos, prácticas concertadas, comportamientos conscientemente paralelos –y de admitirse, las conductas abusivas– se gesten, negocien y

perfeccionen antes de que se inicie la licitación, en la cual producirán sus efectos. Es más, cuando el mercado posee ciertas características (entre ellas, licitaciones repetidas, productos homogéneos, elevadas barreras legales de entrada, gran transparencia, poca variación en los licitadores) el comportamiento anticompetitivo puede llegar a ser estructural e indefinido, actualizándose tan sólo en cada procedimiento individual de contratación.

La decisión se toma durante el procedimiento en curso y respecto del mismo. Esto plantea el principal dilema que acompaña a este precepto: la entidad de los elementos de juicio sobre los que el órgano de contratación podrá basar la resolución de expulsión con garantías suficientes de acierto. O, dicho de otro modo, con garantías suficientes de que no prosperará un recurso contra la misma. A lo largo del presente estudio proponemos medidas que el órgano de contratación puede adoptar con vistas a facilitarle la carga de la prueba. En este momento conviene insistir en la necesaria participación de expertos en Derecho de la Competencia como integrantes o asesores del órgano a la hora de resolver sobre este punto. Tal como han sido configuradas las mesas de contratación y los comités de expertos, sus integrantes carecen de la formación y de las habilidades en Derecho de la competencia para pronunciarse. Es por ello que la participación de expertos resulta imprescindible, aunque sea limitada a los contratos de mayor importe o significación. En aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con una Autoridad de Competencia, puede asignarse a estas dicho papel asesor.

Imprescindible para que la medida prevista en el artículo 58.5 sea llevada a la práctica es que el procedimiento de contratación no se paralice con el seguro recurso de los licitadores excluidos. Cuando se trate de contratos no sometidos a regulación armonizada, la decisión de expulsión sólo producirá efectos suspensivos si así lo dispusiese expresamente el órgano que conoce del recurso de alzada contra el acto de trámite; lo que hay que considerar harto improbable, por no decir prácticamente imposible. Otro tanto se puede decir de las medidas provisionalísimas contempladas en el artículo 43 TRLCSP, previas a la interposición del recurso especial, cuando nos hallemos en sede de contratos sometidos a regulación armonizada.

Este precepto sitúa una carga más pesada que la prevista en el artículo 57.4.d) sobre los hombros de unos órganos de contratación que, en nuestro Derecho, no están estructuralmente preparados para asumirla. La labor de la norma de transposición estatal se torna aquí imprescindible. De no asumirla, deberá hacerlo el legislador autonómico. En caso contrario, tal absentismo sistemático será fácilmente interpretable en términos de despreocupación por la incidencia de la colusión sobre la contratación pública. El presente estudio aporta ideas y mecanismos para que los entes contratantes puedan hacer frente a evidencias de manipulación que arriesguen el éxito del procedimiento.

V. INTERVENCIÓN NO SANCIONADORA DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el epígrafe II hemos convenido en calificar como heterónomo al mecanismo reactivo habilitado por la D. A. 23ª TRLCSP y propugnado un sistema mixto o de doble barrera en el que tomasen parte los operadores intervinientes en los procesos contractuales y las autoridades de competencia. Construirlo exige añadir al primero medios de defensa de la competencia ejercitables en cada procedimiento contractual, ya lo sean por órganos de contratación, ya por órganos *antitrust*.

Encontramos un ejemplo de modelo mixto en el Derecho norteamericano de la contratación pública. Una primera llamada frente a las prácticas colusorias se verifica dentro de cada procedimiento por un órgano dependiente del ente contratante, el *competition advocate*, traducible en este contexto como «defensor de la competencia». La singularidad de este diseño es que el defensor de la competencia, además de labores de promoción –*advocacy* en sentido estricto– interviene activamente para evitar posibles manipulaciones en la licitación. A esta tarea se suma el Derecho de la Competencia tanto por vía administrativa (promoción y sanción *a posteriori* por las autoridades de competencia) como judicial, a través del recurso de los competidores ante los tribunales. Pero antes de estudiar el Derecho norteamericano, conviene examinar brevemente el ejemplo español, en cierta medida su contrapunto.

VI. LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Uno de los mayores aciertos de la vigente Ley de Defensa de la Competencia ha sido reforzar la labor de promoción de la Comisión Nacional de la Competencia[29]. La actividad sancionadora que ésta y las autoridades autonómicas ejercitan actúa inmediatamente sobre la realidad con un triple objetivo: represivo, de prevención especial y de prevención general. Lo atractivo de la promoción se halla en su distancia con aquélla. Se filtra en la vida jurídica a modo de lluvia fina y adquiere respetabilidad por su órgano emisor y su carácter de compendio sobre lo que se debe y lo que no se puede hacer en materia de competencia. Su consulta reiterada por los operadores jurídicos que ven expresada en ella la posición de la autoridad y su influencia real en las resoluciones judiciales le otorgan una autoridad indiscutible.

En el ámbito de la contratación pública la importancia de la promoción de la competencia adquiere tintes particulares. No porque constituya un sector intrínsecamente más complejo o regulado que otros (pensemos en telecomunicaciones y energía) sino debido al modelo *two-tier* previsto en la D.A. 23ª TRLCSP. La extraordinaria inflación de doctrina procedente de los cada vez más numerosos actores de la contratación pública (Consejo de Estado, Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y sus equivalentes autonómicos) no entra a tratar las conductas colusorias, que son reservadas a las autoridades de competencia. Por ende, y a diferencia de la energía y las telecomunicaciones, en la contratación no hallamos un regulador con funciones consultivas y ejecutivas, antes, durante y después de los comportamientos.

La promoción de la competencia en el ámbito de la contratación se verifica *ex ante*, de forma prospectiva, ajena a infracciones concretas, aunque no desconectada de ellas. El artículo 26 LDC prevé diferentes instrumentos:

29. Previsiones semejantes se encuentran en las leyes creadoras de las autoridades de competencia autonómicas. Véase la Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consejo Gallego de la Competencia, artículo 8 (BOE 75, 29 de marzo de 2011, pág. 32689).

a. promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia,

b. realizar informes generales sobre sectores, en su caso, con propuestas de liberalización, desregulación o modificación normativa,

c. realizar informes, en su caso con carácter periódico, sobre la actuación del sector público y, en concreto, sobre las situaciones de obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados que resulten de la aplicación de normas legales,

d. realizar informes generales o puntuales sobre el impacto de las ayudas públicas sobre la competencia efectiva en los mercados,

e. dirigir a las Administraciones Públicas propuestas para la modificación o supresión de las restricciones a la competencia efectiva derivadas de su actuación, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia en los mercados,

f. proponer al Ministro de Economía y Hacienda, para su elevación, en su caso, al Consejo de Ministros, las directrices de política de defensa de la competencia en el marco de la política económica de aquél y, en particular, las propuestas de elaboración y reforma normativa correspondientes.

1. INFORMES DIRIGIDOS A MODIFICAR NORMAS O ACTUACIONES PÚBLICAS CONTRARIAS A LA COMPETENCIA

Entendidas de forma combinada, los informes descritos en las *categorías b), c) y e)* permiten a la CNC exponer y solicitar la supresión de disposiciones normativas y de hábitos administrativos aprovechables por los licitadores en sus prácticas anticompetitivas. No debe minusvalorarse esta facultad de denuncia en el ámbito de la contratación pública. En cuanto derivada de una potestad administrativa, de ejercicio unilateral y dotada de prerrogativas, la actividad contractual pública no se rige por las reglas del mercado, sino por normas legales, pliegos de condiciones generales y particulares y resoluciones; todo un cúmulo que tiene a la Administración como única autora y que el candidato acepta por el mero hecho de presentar su proposición (artículo 145. 1 TRLCSP). Incluso la perfección del negocio tiene lugar a través de la

formalización de un contrato que es, en realidad, un documento administrativo (artículos 27 y 156 TRLCSP).

La normativa de contratación es, así pues, susceptible de ser utilizada de forma espúrea para coludir en las licitaciones, ya sea por los candidatos, o lo que es muy frecuente, por el propio órgano de contratación al redactar los pliegos. En este caso, la aporía, cuando obedece a razones confesables, no radica en una hipotética contradicción con la ley *antitrust*, sino en la diferente concepción que de la competencia tienen una y otra normativa. Así por ejemplo, en su artículo 150 el TRLCSP regula los criterios de valoración de las ofertas. Establece reglas vinculantes para el órgano de contratación a la hora de redactar los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de evaluar las proposiciones de los licitadores. Pero no dejan de ser cláusulas generales, condicionadas por el amplio margen de discrecionalidad para el establecimiento de los pliegos[30].

En su *Informe sobre el transporte interubano de viajeros en autobús en España* (2007), de 14 de Julio de 2.008, elaborado en respuesta al «Protocolo de Apoyo para fijar los criterios de los concursos de concesiones de servicios públicos del trasporte de viajeros regular y de uso general, de competencia del Ministerio de Fomento» la CNC identifica una variedad de infracciones contra la competencia en aquel documento, que sirvió de base para la redacción de los Pliegos de concesiones de transporte interurbano de viajeros. Por ejemplo, sostiene que el Ministerio de Fomento aprovechó dicha discreccionalidad para otorgar una excesiva valoración a los criterios no económicos frente al precio y a las frecuencias de los servicios[31].

Con el fin de corregir la desviación, el *Informe* de 2008 recomienda que se incluya parte de lo puntuado en los requisitos exigidos en el plie-

30. El poder de los pliegos viene determinado por constituir la ley del contrato (artículo 115.2 y 3 LCSP), cuyo único límite se halla en la no contradicción con la ley formal (artículo 52.2 LPC).

31. En su página 7, el *Informe* señala que su objeto de este estudio, de acuerdo con el Informe de la operación de concentración del que trae causa (Expte. C 106/07, National Express/Continental Auto/Movelia), es «efectuar un análisis de las limitaciones que plantea el marco regulatorio de acceso al mercado del transporte regular y permanente de viajeros en autobús y proponer una serie de mejoras que permitan alcanzar una competencia real y efectiva en este mercado».

go de prescripciones técnicas, lo que permitiría dar una mayor ponderación a aquellos dos factores. Alude el *Informe* a otras barreras (legales) a la competencia presentes en los criterios de valoración de los Pliegos. Entre ellas, la excesiva duración de los contratos y de las prórrogas, el derecho de preferencia del titular actual, un régimen de transmisiones cerrado y bloqueado y un mecanismo hiperprotegido de subrogación entre trabajadores de las empresas.

El ascendiente de documentos como el descrito está condicionado por su objeto –normas o conductas administrativas en sectores concretos– a los que limitan su influencia. Sólo cabe extenderla a otros ámbitos por la vía de la emulación o comparación con otros ámbitos de la vida jurídica. Ello no es tan difícil como pudiera parecer a primera vista. Inercias, costumbres y una sesuda aplicación del principio de economía en el obrar administrativo generan enormes semejanzas en un gran número de infracciones a la competencia presentes en los pliegos. Por ello, los síntomas advertidos y las soluciones aportadas por las autoridades de competencia en materia de contratación pública gozan de una cierta «extensión de efectos». Una mejor coordinación entre aquéllas y ciertos órganos transversales como las Centrales de contratación, la Abogacía y la Intervención del Estado, las Asesorías jurídicas e Intervenciones de las Comunidades Autónomas haría factible la corrección en masa de las conductas contrarias a la concurrencia.

La eficacia de los informes legales se puso a prueba con éxito en el caso estudiado. Apoyándose en el *Informe* de 2008, Globalia Autocares, S.A., interpuso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid cinco demandas contra las resoluciones del Ministerio de Fomento confirmatorias de los anuncios de convocatoria de licitación pública y aprobación del pliego de condiciones para adjudicación de concesión administrativa de servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carreteras[32]. En el suplico Globalia solicitó la anulación de las resoluciones con declaracion de que los pliegos eran «*lesivos para la libre competencia al derivarse de los mismos obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*». El Tribunal, aún indicando

32. Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, Secc. 3ª; Rec. al Pliego del AC-48 huesca (Graus)-Lleida; Rec. 741/09, AC-45 Puerto Llano-Albacete-Valencia; Rec. 544/09, AC-46 Valencia-Teruel; Rec. 383/09, AC-49 Huesca (Tamarite)-Lleida; Rec. 728/09, AC-47 Santander-Bilbao-Murcia.

expresamente que el *Informe* no es pertinente para el caso, pues recae sobre el Protocolo y no sobre los Pliegos, entró a valorar su contenido en seis ocasiones y finalmente, estimó las demandas por entender concurrentes las infracciones a la competencia denunciadas en aquél.

Dado el carácter omnicompresivo de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, la inserción en ellos de barreras a la competencia puede incidir en múltiples estipulaciones. Véase la inclusión de requisitos de solvencia múltiples o innecesarios, que parecen reducir los riesgos de elección a la par que limitan *de iure* el número de empresas candidatas. Los artículos 75 a 78 TRLCSP tan sólo obligan a exigir «*uno o varios*» de los criterios citados en ellos, pero en muchas ocasiones se piden (prácticamente) todos. La imposición de garantías definitivas y provisionales cuando no son estrictamente necesarias (artículos 95.1 y 103 TRLCSP) produce los mismos efectos. La regulación de las uniones temporales de empresas en el artículo 59 TRLCSP no contempla referencia alguna a la restricción competitiva que tiene lugar cuando dos o más empresas que podrían concurrir por separado lo hacen bajo esta forma comunitaria. Todo lo contrario, estimula su creación, pues el único elemento disuasorio es el imponer responsabilidad solidaria de todos los partícipes.

2. LA GUÍA DE LA CNC SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COMPETENCIA. LOS MECANISMOS REACTIVOS FRENTE A LAS INFRACCIONES ANTICOMPETITIVAS. EN PARTICULAR, EL ARTÍCULO 12.3 LDC

Aunque se hallen encuadradas en la categoria más genérica, –la de «estudios y trabajos de investigación en materia de competencia»–, *la Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia* (2010) y sus equivalentes autonómicos son, en muchos sentidos, los instrumentos de promoción más importantes y capaces de una influencia más notable sobre el sector estudiado[33].

33. Todavía como Comisión Nacional de la Competencia emitió en 2013 el Informe titulado «*Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*». La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía emitió sus *Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en la contratación pública andaluza* en diciembre de 2010. La Autoridad

No tiene por objeto este trabajo el examen de la *Guía* o de sus componentes principales. Lo que interesa proponer es la diferente intensidad del documento respecto a los comportamientos intraprocedimientales del órgano de contratación y a las conductas colusorias de los licitadores. Desde dicho principio se procede a división en dos capítulos, titulados «Celebración, diseño, desarrollo y ejecución de los contratos públicos» (Capítulo II) y «La colusión entre oferentes a licitaciones» (Capítulo III). Así lo declara expresamente la *Guía*, al citar sus Objetivos:

«*El objetivo perseguido es fomentar la competencia en los procesos de contratación pública, a través de dos vías. Por un lado, la Guía ofrece pautas para que en el diseño, desarrollo y ejecución de procedimientos de contratación no se introduzcan restricciones injustificadas a la competencia, y por otro, proporciona orientaciones para prevenir o evitar actuaciones colusorias por parte de los licitadores, en línea con las recomendaciones de organismos internacionales como la OCDE. de la Guía?*».

Las diferencias entre ambos capítulos son manifiestas para un lector medianamente avezado en el estudio de las relaciones entre contratación pública y competencia. El Capítulo I se refiere a competencia en su acepción de concurrencia o «competencia en el procedimiento». Identifica por ello infracciones cometidas por el propio órgano de contratación en el proceso contractual. Aquél desconoce o malinterpreta las Directivas y TRLCSP e introduce en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas estipulaciones contrarias a la libertad de acceso de los interesados al procedimiento de contratación, a la transparencia del mismo, a la objetividad en la selección de los licitadores y a la integridad de la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa.

En su Capítulo II, la *Guía* entiende el concepto competencia como autonomía de las empresas licitadoras a la hora de definir autónomamente su comportamiento en el procedimiento de contratación y obrar en el mismo como rivales. Como se expuso previamente, las infracciones son cometidas por los candidatos o licitadores puertas afuera del procedimiento de contratación, pero operan y producen efectos en el

---

Catalana de la Competencia, su *Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública* en junio de 2011.

mismo y en la fase de ejecución del contrato. Desde una perspectiva jurídica, lo anterior se traduce en la comisión por los participantes de prácticas colusorias o de abuso de posición de dominio. Dichas conductas, anticompetitivas pero extracontractuales, vulneran los artículos 101 y 102 TFUE o la LDC, pero no las Directivas 2004/17 y 18 o el TRLCSP.

Estas peculiaridades marcan sustantivas diferencias a la hora de diseñar los mecanismos de respuesta. En uno y otro caso, la *advocacy*, entendida como promoción, obrará por el camino de la autoridad e influencia de los informes emitidos por las autoridades de competencia[34]. Sin embargo, los mecanismos reactivos serán diferentes.

En caso de comportamientos contrarios a la competencia en el mercado (Capítulo III de la *Guía*), nos hallamos en campo propio de las autoridades de competencia. Por aplicación del principio de autotutela administrativa en defensa de un interés preeminente, «la ley» les reconoce la capacidad de ejercitar su función inspectora e iniciar un procedimiento administrativo sancionador, incluso de oficio, (artículos 40, 49 y 50 LDC) contra los licitadores manipuladores como autores de la infracción (artículo 61 LDC).

Cuando de infracciones concurrenciales se trate (Capítulo II de la *Guía*), los interesados principales –candidatos o licitadores– gozarán de legitimación para recurrir contra los pliegos o las vicisitudes del procedimiento hasta su adjudicación (artículos 21 y 42 TRLCSP). Por el contrario, a las autoridades de competencia, el TRLCSP no le reconoce capacidad de oposición dentro del procedimiento de contratación; deben acudir a la heterotutela de los tribunales. Ante ellos, la LDC les atribuye una legitimación activa singular, al amparo de su artículo 12.3:

«*La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*».

34. A los que hay que sumar, en el caso de las infracciones del Capítulo I de la Guía, la doctrina emanada de los órganos consultivos de la contratación pública, en particular, la Junta Consultiva estatal y las autonómicas.

La aptitud del órgano de competencia no nace de su condición de interesado en el procedimiento. La LDC la considera consustancial a su papel de garante de la competencia en todos los mercados, incluído el contractual público. Es fácil observar la increíble virtualidad impugnatoria que concede el precepto citado a las autoridades de defensa de la competencia: frente a cualquier obstáculo y ante cualquier orden jurisdiccional[35]. La determinación de cúando existe un «obstáculo» y de qué es 'competencia' corresponde en exclusiva a la CNC y a sus equivalentes autonómicos[36]. Tan sólo podrá ser revisada por el órgano judicial en fase de admisión o de resolución del recurso[37].

Desde una perspectiva objetiva, el precepto impone límites muy amplios. El objeto de la acción judicial puede ser cualquier acto administrativo o reglamento. Por lo tanto, todo acto de trámite «cualificado» en el sentido del artículo 25.1 LJCA y 40.2.b) LJCA es recurrible ante los Tribunales[38]. Y naturalmente lo será la resolución de adjudicación en cuanto el acto definitivo del procedimiento (artículo 151.3 TRLCSP, 40 .2.a) TRLCSP)

Así pues, cuando de contratación pública se trata, el artículo 12.3 LDC extiende las facultades impugnatorias más allá de lo previsto en los artículos 1 a 3 LDC. Éstos regulan las tradicionales infracciones *antitrust* imputables a los empresarios (licitadores): conductas colusorias,

35. La inmensa mayoría sino la totalidad de las impugnaciones se dirigirán al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La legitimación activa de las autoridades de competencia resulta en este caso del artículo 19. 1 g) LJCA, que la reconoce a «las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines».
36. En su duodécima y última conclusión, el *Informe* de 2008 termina señalando que «en el caso de que los Pliegos de los concursos incluyeran condiciones de las que puedan derivarse obstáculos para el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de acceso a las concesiones de transporte regular de viajeros por carretera, dichos actos serían susceptibles de ser recurridos en sede contencioso–administrativa, con arreglo al artículo 12.3 de la Ley».
37. LJCA, artículos 51.1. b) y 68.1.
38. De mantenerse este criterio, serían impugnables por las autoridades de competencia actos de trámite tan importantes como la decisión de excluir a un licitador por no acreditar debidamente su capacidad o solvencia; y la exclusión del propuesto como adjudicatario que no presenta en plazo la documentación complementaria, al amparo del artículo 151.2 LCSP.

abuso de posición dominante, falseamiento de la competencia por actos desleales. El artículo 12 permite alcanzar infracciones imputables al órgano de contratación en el procedimiento contractual. En resumen, a la hora de acudir a los tribunales, las autoridades de competencia pueden apelar a ambos sentidos del término competencia: competencia en el mercado y competencia por el mercado e impugnar así las conductas previstas en los Capítulos I y II de la *Guía*.

Sin embargo, la capacidad reactiva del órgano de competencia presenta un límite procesal evidente: sólo puede ejercitarse ante los Tribunales. No cabe, por tanto, que presente un recurso ordinario o especial ante el órgano de contratación contra los pliegos, los actos de trámite o el acuerdo de adjudicación. Ahora bien, ello no significa que deba aguardar a que termine el expediente contractual para acudir al juez. Entenderlo así impediría evitar el efecto anticompetitivo con la adjudicación del contrato. Por ende, en muchos casos pondría a la autoridad de competencia en peor situación que cualquier otro recurrente, especialmente en los supuestos más importantes, de recurso especial, donde aquél puede pedir la suspensión del acto, o ésta tiene lugar de forma automática, si se tratase del acuerdo de adjudicación (artículos 43 y 45 TRLCSP).

Puesto que la prohibición es la de recurrir *en* el procedimiento de contratación, no *durante* el mismo, cuando la competencia corresponda a la Jurisdicción contencioso-administrativa, la autoridad de competencia deberá formular el requerimiento previsto en el artículo 44 LJCA. De ser éste desatendido o si el órgano destinatario no lo contestase en el plazo de un mes contado desde su recepción, podrá aquélla formular el recurso ante el tribunal competente.

Cuando las infracciones se producen por el órgano de contratación en el curso del procedimiento contractual, la solución ofrecida *de lege data* dista mucho de ser satisfactoria para la completa protección de la competencia. Pensemos, por ejemplo, en la exclusión de un licitador por no haber presentado en plazo la documentación necesaria para dictar el acuerdo de adjudicación (artículo 151.2 TRLCSP). Si es aquel quien acciona contra la exclusión, podrá pedir inmediatamente la suspensión del procedimiento y, si dicha petición prospera, paralizará su curso en tanto no se decide su recurso. Por el contrario, si una autoridad de

competencia entendiese que la resolución de exclusión afecta de forma suficiente a la competencia como para intervenir, deberá presentar el requerimiento ante el órgano de contratación, que tiene el plazo de un mes para responder. Durante dicho lapso, el procedimiento contractual continuará hasta la adjudicación y formalización del contrato en favor de otro licitador.

La explicación a la diferente legitimación de un licitador y de la autoridad de competencia se halla en la ausencia de un interés legítimo propiamente dicho en la segunda. Ahora bien, desde una perspectiva funcional, y atendiendo a los efectos de la infracción en el ordenamiento jurídico, *de lege ferenda* convendría reconocer a los órganos de competencia algún tipo de legitimación para recurrir en vía administrativa. No en todo tipo de contratos públicos, obviamente, sino en aquéllos que se dispusiese en función de criterios como el umbral (contratos sometidos a regulación armonizada); el sector concernido (energía, grandes obras públicas) o incluso el procedimiento elegido (concesión de obra pública, colaboración público-privada); o bien una combinación de varios de ellos.

VII. EL AMIGO AMERICANO

En la estupenda película del mismo nombre (Wim Wenders, 1977), Tom Ripley intermediaba entre un humilde fabricante europeo de marcos –alemán, por más señas– que padece una enfermedad terminal, y un *ganster*, quien le ofrece una gran suma de dinero para que elimine a dos pistoleros rivales.

En el ámbito de la contratación pública, el Derecho estadounidense ofrece un modelo institucional de lucha frente a la colusión basado en tres pilares. En primer lugar, los órganos de contratación tienen la obligación de de notificar al Fiscal General las evidencias de conductas anticompetitivas en el procedimiento de contratación. En segundo lugar, cabe acordar la exclusión temporal y definitiva del procedimiento de contratación en curso de los participantes en el cártel. Por último, la figura de la «*competition advocacy*».

1. LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR LAS EVIDENCIAS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

A diferencia del vigente modelo español, y en espera de la transposición de la nueva Directiva sobre contratos públicos, el Derecho norteamericano no es novicio a la hora de situar al órgano de contratación en primera línea de batalla contra las violaciones de la normativa de defensa de competencia.

En su artículo 3.303, el Reglamento Federal de Compras Públicas (*Federal Acquisiton Regulation* o FAR) impone a todos los órganos de contratación (*agencies*) la obligación de notificar al Fiscal General cualquier oferta o propuesta de los licitadores que evidencie una violación de la normativa *antitrust*. Esta exigencia no es meramente programática sino que tiene consecuencias jurídicas ciertas. Como se verá, puede ir acompañada de la exclusión de los licitadores afectados del procedimiento en el que participen.

Al hablar de «ofertas o propuestas» (*bid or proposals*), hemos de entender que la obligación de notificar se materializará en el curso del procedimiento de contratación con respecto a las violaciones anteriores o concurrentes, siempre que unas u otras guarden relación con él[39]. La comunicación es una verdadera denuncia, realizada por un órgano público a otro, con el fin de que investigue y dé inicio si procede a un procedimiento de infracción contra los licitadores implicados.

Por «evidencia» debe entenderse «indicio o señal» de la violación, no prueba incontrovertible. Las evidencias son sometidas a dos procesos sucesivos de decantación. El primero, por el órgano de contratación, quien realiza un razonamiento de probabilidad (fundada apariencia de la anticompetitividad de la oferta o propuesta). El segundo, por el equipo del Fiscal General, a través de un razonamiento de imputación/exculpación (atribución o rechazo de la anticompetitividad).

Los comportamientos sujetos a denuncia no se limitan a las prácticas colusorias entre licitadores. Abarcan cualquier «*violación de las leyes*

39. No cabe duda de que la agencia puede dar a conocer al Fiscal General evidencias de infracciones relativas a pasados procedimientos, siempre que no haya prescrito el plazo para sancionarlas. Este tipo de notificaciones, por su propia naturaleza, no dará lugar a la suspensión o exclusión definitiva de los licitadores implicados.

antitrust» y, por tanto, se extienden al abuso de posición dominante por alguno de los partícipes. Cierto es, sin embargo, que el FAR singulariza los acuerdos o prácticas concertadas como objeto principal del deber de informar. En su letra (b), el artículo 3.303 FAR considera sospechoso a «*cualquier acuerdo o entendimiento mutuo entre empresas competidoras que restringa el funcionamiento normal de las fuerzas del mercado*». La letra (c) del mismo precepto recoge una lista de prácticas o eventos susceptibles de constituir una violación de la normativa de competencia; todas ellas pertenecen al género *bid rigging*. Una relación ejemplificativa de prácticas colusorias denunciables se encuentra citada en el artículo 3.301(a) FAR.

2. EXCLUSIÓN TEMPORAL Y DEFINITIVA DE LOS PARTICIPANTES EN EL CÁRTEL

Cuando el órgano de contratación advirtiese que los contratistas incurrieron en violación de las leyes *antitrust* federales o estatales relativas a la presentación de las ofertas, además de informar al Fiscal General (denuncia), está facultado para iniciar el procedimiento que culminará en la exclusión de los implicados contrato en curso y de futuros procedimientos de contratación. La expulsión temporal (*suspension*) de los adjudicatarios abarca el tiempo de duración del procedimiento de infracción ante la autoridad de competencia. De finalizar este con la emisión de una resolución sancionadora, los cartelistas tendrán vedado presentarse a nuevas licitaciones durante un periodo de hasta tres años (*debarment*).

Las decisiones sobre la suspensión o exclusión se toman en el interior de la agencia, pero no en su condición de órgano de contratación, sino en su función de regulador. Por eso el FAR las encomienda a un funcionario (*official*), denominado «*suspending/debarring official*», que puede ser un jefe de la agencia o un sujeto autorizado por el responsable de la esta para ejercer dichas funciones [artículos 9.403, 9.406-3(a) y 9.407-3(a) FAR].

a) Suspensión

A la hora de decidir sobre la suspensión, el artículo 9.407-1 FAR impone al *suspending oficial* un triple análisis. En primer lugar, deberá fundar la decisión únicamente en el interés público, al que el apartado

(b) identifica con la protección del interés del Gobierno (análisis finalista). En segundo lugar, habrán de existir evidencias suficientes (*adequate evidence*) acerca de la vulneración de la normativa de competencia (análisis probatorio). Al evaluar la pertinencia de las pruebas, el responsable debe considerar toda la información disponible, su credibilidad, el grado en que las alegaciones han sido corroboradas y las conclusiones que pueden extraerse razonablemente de todo ello. Esta evaluación debe incluir un examen de los documentos básicos, tales como contratos, informes de inspección y correspondencia del caso. En tercer lugar, la suspensión no opera de forma automática aunque concurra causa suficiente para acordarla. Los contratistas gozan del derecho (en realidad, una carga procesal) de presentar medidas correctivas o atenuantes. Pero incluso su ausencia no es necesariamente determinante de la responsabilidad del contratista por comportamientos anticompetitivos (análisis exculpatorio).

La duración de la suspensión será en principio coincidente con la del procedimiento sancionador. Pero si éste no se hubiese iniciado en un plazo de doce meses a contar desde la fecha de la notificación de la suspensión, finalizará la misma, salvo que el *suspending official* solicite su prórroga, la cual no podrá exceder de seis meses. En ningún caso podrá extenderse la suspensión más allá de 18 meses, a menos que se haya iniciado el procedimientos de infracción dentro de ese período (artículo 9.407-4 FAR).

b) Prohibición de contratar (debarment)

El Derecho norteamericano ha admitido tradicionalmente que sean excluidas de participar en procedimientos de contratación futuros aquellas empresas que hubieran sido sancionadas por violación de la normativa antitrust con motivo de la presentación de ofertas en previos procedimientos contractuales (artículo 9.406-2(2) FAR). La decisión corresponde al *debarring official*, quien deberá tomarla sobre la base de parámetros similares a los establecidos para la suspensión en materia de interés público, entidad de la prueba y ofrecimiento de medidas reparadoras o atenuantes.

La ausencia de automaticidad de la prohibición se ve refrendada por la existencia de hasta diez argumentos que motivarían la decisión de no adoptar la prohibición o limitar sus efectos. Resumidamente, se

trata medidas adoptadas por el contratista para denunciar el daño, ponerle fin o reparar las consecuencias de la conducta anticompetitiva (artículo 9.406-1 FAR).La duración de la prohibición de contratar no excederá de tres años (artículo 9.406-4 FAR).

3. LA «*COMPETITION ADVOCACY*»

En el ámbito de la contratación pública, el Derecho estadounidense ofrece un modelo institucional de lucha frente a la colusión: la «competition advocacy». El «defensor de la competencia» pertenece al órgano de contratación, no a la autoridad de defensa de la competencia (Departamento de Justicia, *Federal Trade Commission*). Si bien su función principal es la de coadyuvar al respeto de la competencia *por* el mercado en cada proceso contractual y efectuar labores de promoción y mejora en dicho campo, su posición institucional, su actuación en todas las fases del procedimiento de contratación y la autoridad de sus informes lo habilitan para descubrir y reaccionar frente a las prácticas colusorias que violenten la competencia *en* el mercado.

a) Organización

La inclusión de Defensores de la competencia en las agencias federales ha sido exigida por la Ley y el Reglamento Federal de Compras Públicas (*Federal Acquisiton Regulation* o FAR), pero en ellos poco se dice sobre su actividad. Debido a eso, las agencias han encontrado formas diferentes para configurar las funciones del defensor y organizar el lugar de trabajo en toda su organización.

Dispone el FAR que los defensores deben promover la competencia en cada agencia federal e informar a sus responsables acerca de las mejores posibilidades para implementar la competencia en la contratación. También les aconsejan sobre sistemas de responsabilidad del personal y de la organización para eliminar las restricciones a la competencia en los contratos. Más allá de eso, los defensores de la competencia presentan caracteres muy diferentes.

La posición de los defensores de la competencia en los organismos de contratación es muy elevada en términos de status, autonomía y responsabilidad. En su informe sobre esta figura, La Government Accountability Office (GAO) señaló la necesidad de que los defensores

sean altos funcionarios en sus agencias como requisito imprescindible para su operatividad. En caso contrario, no obtendrían ningún respeto. «La persona en este rol debe tener el poder para tomar decisiones difíciles», es máxima de la GAO. No resulta difícil entender que cuando en el ejercicio de sus funciones un defensor de la competencia pregunte a los funcionarios que gestionan el proceso contractual por qué el contrato debe adjudicarse a un licitador sin un procedimiento competitivo, aquéllos son más propensos a hacer las cosas bien y menos a tomar atajos, dado que están definiendo su posición frente a un funcionario senior del departamento[40].

En cuanto a su formación, esta es muy variada, y no se precisa especialización previa en Derecho o Economía de la competencia para ocupar este puesto. La falta de precisión normativa sobre este punto deja en manos de las Agencias la determinación de los criterios de selección de los defensores. Algunos defensores son profesionales de alto nivel en el ámbito de las compras públicas o en la gestión de las agencias federales. No faltan quienes ejercieron anteriormente de oficiales de contratación, gestores de programas, o abogados de la agencia.

Según información tomada del informe de la GAO las situaciones son muy variadas. En el momento de su publicación, el abogado del Servicio Secreto contaba años de experiencia como oficial de operaciones, pero carecía de toda práctica en materia de contratación. Por ello, trabajaba en estrecha colaboración con el jefe de contratación, basándose en su experiencia y el apoyo a sus esfuerzos para aumentar la competencia dentro de la agencia. En ocasiones, el defensor de la competencia se halla en un escalafón superior al del responsable de contratación de la agencia, lo cual significa que es éste último quien debe informar a aquél, y no viceversa. En otras agencias, un determinado puesto en la organización lleva aparejada además la función de defensa de la competencia[41].

40. *United States Government Accountability Office* (GAO), Federal Contracting- Opportunities exist to increase competition and assess reasons when only one offer is received. Report to the Committe on Oversight and Government Reform, House of Representatives, julio 2010.

41. *Informe GAO*, pág. 39.

b) Funciones

La Subsección 6.5 de la FAR regula los principios, deberes y responsabilidades del Defensor de la Competencia.

> «*6.501 Principios.*
>
> *Según lo dispuesto por el artículo 20 de la Oficina de la Ley Federal de Política de Compras, el jefe de cada agencia ejecutiva designará a un defensor de la competencia para la agencia y para cada actividad compradora de la agencia.*
>
> *El defensor de la competencia deberá:*
>
> *(A) Ocupar un cargo distinto en la organización al del directivo senior de la agencia de contratación;*
>
> *(B) No se le asignará ningún derecho o responsabilidad que no sea coherente con el artículo 6.502, y*
>
> *(C) Se le proporcionará el personal o asistencia (por ejemplo, especialistas en ingeniería, operaciones técnicas, administración de contratos, gestión financiera, gestión de suministros y problemas derivados de la utilización de pequeñas empresas), que sean necesarios para llevar a cabo los deberes y responsabilidad del abogado.*

El precepto precedente dota a la figura del defensor de la competencia de cuatro órdenes de autonomía. Primero, autonomía funcional: le corresponde velar por el respeto de la competencia en los procedimientos contractuales de la agencia. Segundo, autonomía jerárquica respecto de los responsables máximos del órgano de contratación. Tercero, autonomía operativa; lo que se traduce en que no puede serle encomendada ninguna función o actividad incompatible con su labor natural, o que le suponga conflicto de intereses. Cuarta, autonomía organizativa: la agencia está obligada a proporcionarle todos los elementos materiales y humanos necesarios para ejercitar sus funciones. Obsérvese que la letra (c) sólo cita como ejemplos de personal de apoyo tan sólo a profesionales cualificados.

> *6.502 Deberes y responsabilidades.*
>
> *(A) El defensor de la competencia del órgano de contratación y de su actividad contractual es responsable de promover la adquisición de artículos comerciales, la promoción de la competencia plena y abierta, impugnando los requisitos que no están establecidos en términos de las funciones a realizar, del rendimiento requerido o de las características físicas necesarias*

o esenciales y los obstáculos para la adquisición de artículos comerciales y la competencia plena y abierta tales como las declaraciones innecesariamente restrictivas de trabajo, las especificaciones innecesariamente detalladas y cláusulas contractuales innecesariamente gravosas.

(B) El defensor de la competencia del órgano de contratación deberá:

(1) Revisar las operaciones de contratación del órgano, identificar y comunicar al responsable de contratación del órgano y al oficial jefe de adquisiciones

(I) Las oportunidades y las medidas adoptadas para adquirir productos comerciales para satisfacer las necesidades del órgano de contratación;

(Ii) Las oportunidades y las medidas adoptadas para lograr la más amplia competencia en las operaciones de contratación del órgano de contratación;

(Iii) Las medidas adoptadas para impugnar los requisitos que no están establecidos en términos de las funciones a realizar, del rendimiento requerido o de las características físicas necesarias o esenciales;

(Iv) Cualquier otra condición o actuación que tenga el efecto de limitar innecesariamente la adquisición de artículos comerciales o la competencia en las acciones contractuales del órgano;

(2) Preparar y presentar un informe anual a la responsable de contratación del órgano y al oficial jefe de adquisiciones de acuerdo con los procedimientos del del órgano de contratación, describiendo:

(I) Las actividades de defensor bajo esta subsección;

(Ii) Las nuevas iniciativas necesarias para incrementar la adquisición de artículos comerciales;

(Iii) Las nuevas iniciativas necesarias para aumentar la competencia;

(Iv) Las nuevas iniciativas para garantizar que los requisitos se expresan en términos de las funciones a realizar, del rendimiento físico exigido o de las características necesarias o esenciales;

(V) Cualesquiera obstáculos para la adquisición de artículos comerciales o de competencia que se mantengan;

(Vi) Otras formas en que la agencia ha hecho hincapié en la adquisición de artículos comerciales y en la competencia en áreas tales

> *como capacitación para contratar y la investigación,*
>
> *(Vii) Las iniciativas que aseguren que las órdenes de trabajo y entrega por importe superior a un millón de dólares realizadas en virtud de la adjudicación de contratos múltiples sean bien planificadas, emitidas, y se ajusten a los dispuesto en los artículos 8.405 y 16.505.*
>
> *(3) Recomendar metas y planes para aumentar la competencia sobre la base del año fiscal al responsable de contratación y el oficial jefe de adquisiciones, y*
>
> *(4) Recomendar al responsable de contratación y el oficial jefe de la adquisición de un sistema de responsabilidad personal y de organización a los efectos de la competencia, lo que puede incluir el uso de reconocimientos y premios para motivar a los directores de los programas, los oficiales de contratación, y otros con el objetivo de para promover la competencia en adquisición».*

Es en el artículo 6.502 en el que se explican y a la par sistematizan las funciones del defensor de la competencia en la contratación pública norteamericana. Una proyección de dichas funciones con las que la legislación española atribuye a las autoridades de competencia en materia de *advocacy*, lleva a la siguiente distinción:

A. Actividades de promoción general. Contenidas en la *letra (B), subapartados (2), (3) y (4)*. Consisten en la emisión de informes generales dirigidos a los responsables del órgano de contratación en el que se integra. La subsección cita en primer lugar un informe anual en el que propondrá nuevas iniciativas y advertirá de barreras a la competencia que ha observado en el ejercicio de sus funciones. Además, en cualquier momento que estime oportuno podrá recomendarles nuevos objetivos y planes para fomentar la competencia y mecanismos de gestión del personal que trabaja en la contratación pública, con la misma finalidad.

B. Actividades para garantizar el igual tratamiento de todos los licitadores. La *letra (B), subapartado (1), (Iii)*, encomienda al defensor de la competencia examinar los procedimientos y actuaciones contractuales y notificar a los responsables del órgano de contratación las medidas adoptadas –por él y los restantes participantes en el proceso contractual– para impugnar los requisitos que no están establecidos en términos de las funciones a realizar, del rendimiento requerido o de las características físicas necesarias o esenciales.

Se trata de una función semejante a la que corresponden al asesor jurídico de la Administración española a la hora de valorar los pliegos de cláusulas administrativas, en relación con las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas, contempladas en el artículo 117 TRLCSP.

C. Actividades de promoción específicas en cada procedimento de contratación. Recogidas en la *letra (B), subapartado (1*). Constituyen el núcleo central de las funciones asignadas al defensor de la competencia. Para su ejercicio deberá tomar conocimiento directo de todas las fases del proceso contractual, tanto las actividades preparatorias como el desarrollo del procedimiento y el resultado del mismo. En caso de que observase que una regla o hábito del órgano de contratación supone un obstáculo para la competencia plena y abierta, podrá discutirlo en sede del órgano, impugnarla (*challenge*), consignarlo y notificarlo –vía informe específico– a los responsables de la agencia. Lo que no se le permite es suspender o dejar sin efecto la cláusula en cuestión ni acudir a vías extraprocedimentales de impugnación o recurso.

Una mera lectura del artículo parece llevarnos a concebir al defensor de la competencia como un veedor del cumplimiento de la normativa de compras públicas por parte de los órganos administrativos, tanto en la redacción de la documentación contractual como en el desarrollo del procedimiento. Su labor de fiscalización tiene por objetivo el promover la participación de una pluralidad de oferentes (competencia por el mercado). Así es, sin duda. El *advocate* ha de proponer la eliminación de barreras y promover la competencia, y de hecho la Agencia debe motivar ante él las decisiones por las que no somete una concreta provisión de bienes y servicios a procedimientos competitivos y este debe autorizarlo. Es decir, cada desviación de lo que es un procedimiento competitivo ha de ser convenientemente motivada.

Así lo destaca el Informe GAO, para la cual el defensor adquiere plena importancia cuando la agencia pretende celebrar contratos de adjudicación directa (*noncompetitive contracts*). En tales casos, las justificaciones aportadas al *advocate* por el órgano de contratación deben de carecer de todo punto de ambigüedad y fundar la decisión en las características del producto o servicio, alegando que es el mejor y que tal opinión ha sido corroborada por una prueba o test[42].

42. Informe GAO, pág. 29-30.

La regla de aprobación de los contratos de adjudicación directa es la siguiente[43]:

Table 3: Levels of Approval for Justifications for Other Than Full and Open Competition

Estimated value of proposed contract action	**Approval by**
$550,000 or less	Contracting officer
Over $550,000 but not exceeding $11.5 million	Comp. advocate
Over $11.5 million but not exceeding $57 million ($78.5 million for DOD, NASA, and Coast Guard)	Head of the procuring activity
More than $57 million (or $78.5 million for DOD, NASA, and Coast Guard)	Agency senior procuring. executive

Ahora bien, al igual que en los sistemas europeos, la decisión de adjudicar el contrato a un solo empresario puede ser tanto una opción del órgano de contratación al definir el procedimiento –caso del párrafo precedente– como una consecuencia de los actos de los licitadores rivales. Es en este último caso cuando podría existir una manipulación colusoria. El defensor de la competencia estará en una posición muy favorable para advertir indicios de conductas anticompetitivas en los candidatos, dada su obligación de conocer cada uno de los contratos celebrados por la agencia.

Frente a tales indicios, la capacidad reactiva del defensor es la prevista en el artículo 6.502, en nada pareja a la de una autoridad de competencia propiamente dicha. Una interpretación generosa del apartado (B), (1), (Iv) le faculta para pedir al órgano de contratación la argumentación motivada sobre la continuación de un procedimiento o la celebración de un contrato en el que haya apreciado colusión entre los licitadores. Si dicha información faltase o fuese insuficiente, el *advocate* podrá oponerse al negocio. No debe olvidarse tampoco su función informar a los órganos directivos de la agencia de la existencia de condiciones o actos de los licitadores que supongan prácticas colusorias. Pero, como arriba se señaló, el defensor de la competencia carece de capacidad iniciar una investigación *antitrust*, denunciar el caso ante *la Federal Tade Comisión* o ante los tribunales de justicia.

43. Informe GAO, pág. 38.

Capítulo 11

El contrato de colaboración público-privada en el ordenamiento jurídico español: crónica de una muerte anunciada

BORJA COLÓN DE CARVAJAL FIBLA

Jefe del Servicio de Administración e Innovación Pública
Diputación Provincial de Castellón

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ORIGEN DE LOS PRIMEROS VÍNCULOS ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO. 1. EL MODELO CONCESIONAL ESPAÑOL. 2. LA DIFÍCIL RELACIÓN ENTRE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA Y EL CPP. III. ÉXITO Y FRACASO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA. 1. EL ORIGEN DEL CPP. 2. EL DILEMA CONCEPTUAL SOBRE LA NATURALEZA DEL CPP. 3. EL DIFÍCIL CAMINO HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL CPP. 4. Y ENTONCES LLEGÓ LA CRISIS… IV. LA CAÍDA DEL MITO, HACIA UNA NUEVA FORMA DE ENTENDER LA COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO. V. CONCLUSIONES. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Quizá al lector le llame poderosamente la atención el título de este capítulo, sobre todo si el que lo suscribe es alguien que durante mucho tiempo ha considerado al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (en adelante, CPP) como un contrato típico nominado, a la altura de los demás contratos *tradicionales*, con un potencial enorme de cara a solucionar determinadas disfuncionalidades que la normativa de contratación pública venía arrastrando durante los últimos años. Sin embargo, he de decir que tampoco he sido el único, ya

que parte de la doctrina se ha esforzado en afirmar con argumentos de peso que el CPP estaba llamado a ser el contrato del futuro.

Sin embargo, uno tampoco puede permanecer inmóvil ante la realidad que le rodea, sino más bien tomar cartas en el asunto cuando ésta da un giro inesperado y plantea nuevos escenarios a los que enfrentarse. Dicho de otro modo, si yo mismo defendí en el año 2007 la aparición del CPP como tabla de salvación de determinados contratos complejos para la gestión de infraestructuras y prestación de determinados servicios, ahora, siete años después, voy a defender precisamente lo contrario, la muerte material, más que formal, de un negocio jurídico que no ha terminado de despegar, que no ha calado en el aplicador y que tampoco ha sabido venderse.

Pero la cuestión es, ¿por qué no ha cuajado en España el CPP?, pues por dos motivos que a mi juicio siempre han estado ahí pero que jamás hemos querido ver. En primer lugar, porque la tradición concesional en nuestro ordenamiento jurídico está tan arraigada y es tan exitosa que no le ha hecho falta siquiera competir con el CPP y, en segundo lugar, porque el Derecho continental, a diferencia del *Common Law*, no tiene el sustrato necesario en términos conceptuales ni psicológicos para soportar una colaboración estrecha entre un ente privado y un poder público, encumbrado este último en base a potestades exorbitantes y que es incapaz de mirar de tú a tú a la otra parte para establecer un vínculo jurídico común[1]. Y si a estos dos argumentos le añadimos las enormes restricciones en términos de contabilidad nacional para llevar

1. Cierto es que esta concepción está evolucionando, pasando de un derecho contractual dominado por la idea de la prevalencia del interés público respecto del interés de los particulares que se materializa en la configuración de una serie de prerrogativas de la Administración, a un derecho de contratos públicos fundado en la idea del respeto a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, concretados en la libertad de acceso a la contratación o libre concurrencia, igualdad entre los licitadores, no discriminación, proporcionalidad y transparencia. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha puesto de manifiesto con claridad meridiana este cambio de enfoque en su Resolución 121/2012, de 23 de mayo, en la que literalmente dice: «Como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal, el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los princip-

a cabo operaciones de este tipo, una nueva Directiva de concesiones que potencia todavía más esa figura típicamente española y un nuevo procedimiento para contratar previsto también en la nueva Directiva de contratos públicos, la asociación para la innovación, entonces, tendremos un CPP pusilánime con pocas garantía de sobrevivir[2].

Apuntar, por último, que el concepto de *colaboración público-privada*, o *entre el sector público y el sector privado*, es un término polisémico que suele utilizarse para hacer referencia a cuestiones muy diversas. Sin embargo, en el presente capítulo nos referiremos exclusivamente a las siglas CPP para señalar al negocio jurídico que se formaliza en base al artículo 11 del RDL 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) dejando de lado otras fórmulas de colaboración basadas únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes que engloban combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas al socio privado y que incluyen, entre otras cuestiones, el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio[3].

---

ios que inspiran dicha legislación, los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia».

2. Nos referimos como no, a las recientes Directivas 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 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, respectivamente.

3. Desde un punto de vista práctico, podemos sistematizar la tipología de los diferentes contratos de base asociativa según los términos que se reflejan en dichos acuerdos y la combinación de tareas en ellos recogidos. Dichas tareas son, fundamentalmente: *Design, Build, Finance, Operate, Own, Mantain* y *Transfer*. La combinación de las anteriores funciones origina multitud de fórmulas que permiten ese reparto, de tal forma que nos podemos encontrar, en síntesis, con las siguientes categorías de contratos basados en esquemas CPP:

   1. Modelo BOT. (*Build, Operate, Transfer*) Donde el sector privado se compromete a construir un proyecto diseñado por la propiedad del mismo (en el caso de infraestructuras públicas, la Administración Pública), buscando para ello la financiación necesaria, y a explotarlo durante un periodo de tiempo, fijo o variable, acordado contractualmente. Trascurrido dicho plazo, el derecho a explotar el proyecto revierte de nuevo a la propiedad, que puede decidir seguir explotándolo por sí misma o volver a transferirlo al sector privado.

II. EL ORIGEN DE LOS PRIMEROS VÍNCULOS ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

1. EL MODELO CONCESIONAL ESPAÑOL

La implantación del modelo concesional de infraestructuras en España se remonta prácticamente a 1830, época en la cual se iniciaron los primeros proyectos de construcción de líneas férreas en nuestro país. En 1948 se desarrolló el proyecto de concesión para la construcción de la línea férrea entre Barcelona y Mataró sobre la base de la *Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas,* de 10 de octubre de 1845[4] y el *Informe Subercase*[5], de 2 de noviembre de 1844, que preveían en ambos casos la adquisición de la infraestructura concesionada por parte del Estado mediante la correspondiente indemnización.

Sin embargo, podemos decir que no fue hasta la Ley General de Obras Públicas, de 13 de abril de 1877, donde se reconoció formalmente la iniciativa privada en la concesión de obras públicas. De este modo, el artículo 53 de dicha Ley establecía que «los particulares y Compañías

---

2. Modelo BOOT. (*Build, Own, Operate, Transfer*) Es un sistema básicamente igual que el anterior, pero con la diferencia de que lo construido pasa a ser propiedad del sector privado que lo explota hasta el momento en que revierte, lo que se traduce en una mayor garantía para dicho consorcio.
3. Modelo BOO. (*Build, Own, Operate*) La diferencia con el modelo anterior es que en este sistema no se produce la transferencia final de los activos, generalmente porque su periodo estimado de vida útil coincide aproximadamente con el tiempo de explotación necesario para financiar la construcción y operación del mismo.
4. Modelo DBFO. (*Design, Build, Finance, Operate*) Este mecanismo es muy parecido al modelo BOT, con la diferencia que en este caso el sector privado debe asumir también el diseño del proyecto. La propiedad de los activos permanece en todo momento en manos de la Administración Pública, remunerando ésta al consorcio privado encargado de explotar el proyecto a través de la modalidad de peaje sombra.

4. Para un estudio pormenorizado de la normativa fundamental en materia de obras públicas del siglo XIX es necesario acudir a Frax Rosales, E., «Las Leyes de Bases de obras públicas del siglo XIX», *Revista de Estudios Políticos*, núm 93, 1996, págs. 513-528.
5. El 2 de Noviembre de 1844 se publica en la Gaceta de Madrid el informe redactado por el Inspector general, Juan Subercase, el Ingeniero Primero, Calixto Santacruz y José Subercase, Director General del Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, más conocido por el informe de los hermanos Subercase y Santa Cruz.

podrán también construir y explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeran en el art. 7 de esta ley, mediante concesiones que al efecto se les otorguen»[6].

Un poco más adelante, el Real Decreto-Ley de 28 de julio de 1928, por el que se regulaban las cooperaciones y auxilios de los usuarios industriales en las obras de regularización y aprovechamiento de los ríos continuaba en la línea de crear alianzas público-privadas al establecer en su propia exposición de motivos que «…la mayor compenetración del progreso de las aplicaciones y un más completo sentido práctico (…) han obligado a establecer nuevas formas de cooperación más intensa y eficaz, estimando así el importante papel de colaboración y aun de estimulo a iniciativas que a los usuarios industriales les corresponda realizar».

Durante la segunda mitad del siglo XX, en España se diseñaron diferentes leyes en intentos sucesivos de mejorar el marco legal de dichas alianzas público-privadas con la finalidad de desarrollar proyectos de infraestructura. De de este modo tenemos, por ejemplo, la Ley de 26 de febrero de 1953, sobre construcción por particulares de carreteras de peaje o la Ley 55/1960, de 22 de diciembre, de carreteras en régimen de concesión.

No obstante, no fue hasta la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión que se configuró el sector de autopistas como el primero que contó en nuestro ordenamiento jurídico con una auténtica regulación específica en materia de concesiones que, poco después, se consolidaría ofreciendo la certidumbre y estabilidad normativa suficiente para hacer atractiva la participación de la financiación privada en la construcción de estas costosas obras públicas[7].

---

6. Literalmente, el art. 7 de la LGOP establecía: «Pueden correr á cargo de particulares ó Compañías, con arreglo á las prescripciones generales de esta ley y á las especiales de cada clase de obras:
   1.º Las carreteras y los ferrocarriles en general.
   2.º Los puertos.
   3.º Los canales de riego y navegación.
   4.º La desecación de lagunas y pantanos».
7. Menéndez Menéndez, A., «El proyecto de ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas», *Revista de Obras Públicas*, núm. 3.425, octubre de 2002, págs. 35-44.

Los años 90s vinieron marcados por las restricciones presupuestarias impuestas desde Europa[8], sin embargo, en materia de concesiones –y también para los contratos de obras– la solución vino dada con la nueva modalidad de pago de *abono total de precio* de los contratos que se regularía por Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, cuyo artículo 173 decía, literalmente: «El regimen jurídico de este contrato (concesión de obra pública hidráulica) será el establecido en la legislación básica estatal, con las salvedades siguientes: d) De conformidad con lo dispuesto en el articulo 14.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Publicas, en el supuesto de compensación por parte de la Administración al concesionario de parte de la obra publica prevista, se autoriza a que el pago se lleve a cabo de forma aplazada, en los términos fijados en el propio contrato de concesión».

Esta previsión de la Ley 13/1996 dio cabida a la excepción prevista por el artículo 14.2 de la entonces Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, según el cual se prohibía el pago aplazado del precio en los contratos, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrenda-

8. Junto a estas transformaciones, en España como en otros países de nuestro entorno, fue muy relevante la influencia de la Unión Económica y Monetaria, a través de los criterios de convergencia de Maastricht, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y la Ley General de Estabilidad Presupuestaria de 2001. El proceso de integración económica afectó de forma decisiva a la financiación y gestión de infraestructuras y servicios públicos. La disciplina de la UEM implicaba establecer límites al déficit y al endeudamiento de los Estados Miembros, con lo que se restringieron las fuentes de financiación tradicionales de los proyectos de equipamientos públicos. Para conciliar estas restricciones presupuestarias con la dinámica de cambio organizativo de las Administraciones Públicas en la búsqueda de eficiencia, se impulsaron nuevas fórmulas jurídico-contractuales que fomentaban las relaciones entre sector público y sector privado en beneficio de la colectividad. Con un escenario económico tan encorsetado, las Administraciones Públicas se vieron obligadas, habida cuenta de que las demandas en materia de infraestructuras crecían al calor de las expectativas de la integración española en la Unión Europea, a inventar nuevas fórmulas jurídico-contractuales que permitieran afrontar con suficientes garantías unas inversiones públicas cada vez más importantes en un momento en el que precisamente se buscaba, al menos de cara al ingreso en la UEM, la contención de gasto.

miento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y en los casos en que una Ley lo autorizase expresamente[9].

La consolidación normativa total de la figura de la concesión de obra pública se produjo definitivamente con la Ley 13/2003, de 23 de mayo, por la que se regulaba ésta, ya que dado su carácter horizontal se aplicaba a todo tipo de concesiones a diferencia de lo que había venido ocurriendo hasta entonces con las distintas normas sectoriales existentes.

Acertadamente, la Ley 13/2003 definió las cuatro notas fundamentales que caracterizaban y caracterizan a día de hoy la figura de la concesión, que son: «obra pública», «riesgo concesional», «equilibrio económico de la concesión» y «diversificación de la financiación». Importante fue, en este sentido, abrir la financiación de ésta al mercado de capitales privado y otorgar, consecuentemente, una debida protección a este interés privado, estableciendo un régimen regulador bastante detallado en lo que se refiere a la cesión e hipoteca de la concesión, la posibilidad de contar con el aval público para la financiación de la obra, e incluso la titulización de los derechos de crédito vinculados a la explotación de la misma, entre otras posibles formas de financiación.

No ha sido hasta la aprobación del texto vigente actualmente en materia de contratos públicos en España, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público cuando se han derogado formalmente los últimos artículos todavía vivos del anterior RDL 2/2000, de 16 de junio, relativos a la financiación de las concesiones de obra pública[10].

---

9. No obstante lo anterior, a nivel presupuestario todavía quedaba un escollo que derribar el artículo 61.2 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, según el cual podían adquirirse compromisos de gastos que hubieran de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autorizasen, siempre que su ejecución se iniciara en el propio ejercicio, cuestión que se solventó con la nueva redacción que sobre el citado artículo operó la Ley 11/1996, de 27 de diciembre, de Medidas de Disciplina Presupuestaria. Después de dicha modificación, podían adquirirse compromisos de gastos que hubieran de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autorizasen «siempre que se tratase de contratos de obra (…) que no puedan ser estipulados o resulten antieconómicos por plazo de un año».
10. Según la Disposición Derogatoria Única del TRLCSP, quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la presente Ley y, en particular, las siguientes:

En último lugar, decir que la regulación actual del contrato de concesión de obra pública se ubica íntegramente en el citado TRLCSP, cuyo art. 7 establece que la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 del mismo texto legal, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio[11].

---

1. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
2. El Capítulo IV del Título V del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.
3. La disposición adicional séptima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del contrato de Concesión de Obras Pública.

11. Continúa el citado art. 7 de la siguiente forma:
«2. El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista, podrá comprender, además, el siguiente contenido:
a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.
b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.
3. El contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos».

2. LA DIFÍCIL RELACIÓN ENTRE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA Y EL CPP

Así las cosas, cabe ahora preguntarse ¿por qué el CPP no ha sabido aprovecharse de la inercia colaborativa del contrato de concesión de obra pública y le ha sustituido como principal mecanismo para la provisión de bienes públicos, la construcción de infraestructuras y la prestación de servicios complejos?, es decir, ¿porqué el contrato de concesión de obra pública ha seguido, exitoso, su camino y el CPP no ha terminado siquiera de despegar?

Sencillamente, a mi modo de ver[12], la respuesta solo puede explicarse por el hecho de que en los países con un sistema jurídico de tipo angloamericano presidido por el uso del *Common Law*, principalmente Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Canadá y Sudáfrica, el proceso de adaptación de cualquier tipo de fórmulas de colaboración público-privada se produce de una forma natural, pudiéndose reproducir de manera fiel, no solamente la aplicación de los planteamientos y técnicas que fundamentan estos modelos, sino también la articulación de un marco normativo que brindara cobertura adecuada a las necesidades de las distintas partes intervinientes que se concreta, además, en reformas legales y administrativas, así como la estandarización de los contratos y la elaboración de guías de buenas prácticas.

Caso distinto son los países con tradición jurídica romanista en los que se impone un derecho público codificado como ocurre en la Europa continental y América Latina, en los que el proceso de adopción de esquemas de corte colaborativo se antoja bastante más complejo, hasta el punto de poder afirmar que no se produce una verdadera traslación de formas de colaboración público-privada tal y como se conciben genuinamente en sus países de origen. La estructura concesional presente en la mayor parte de las modalidades de *public private partnerships* ha permitido su puesta en práctica de forma poco traumática, teniendo en cuenta que la institución de la concesión ha sido utilizada de manera habitual por la Administración Pública en países como Francia o España para la provisión de infraestructuras y servicios públicos desde hace más de dos siglos.

---

12. Y también en opinión de otros autores, como por ejemplo, Carrol, P. y Steanne, P., *Public–Private Partnerships: Sectorial Perspectives*, Osborne Ed., Londres, 2000.

Como acabamos de ver, en España, la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructuras y servicios públicos ha tenido ciertamente una presencia destacada, y dicha experiencia ha suavizado la asimilación por las Administraciones publicas y los operadores económicos de unas fórmulas contractuales (el nuevo CPP) que, aún incorporando significativas novedades en los mecanismos de relación entre las partes intervinientes, no han sido percibidas por aquéllos como la sucesión natural de los esquemas concesionales ampliamente consolidados en nuestro acervo.

Como en el resto de países de la Unión Europea, en nuestro país se han reproducido básicamente los esquemas surgidos en el seno de la *Private Finance Initiative* (PFI) británica, esto es fórmulas del tipo DBFO, infraestructuras autofinanciadas y joi*nt ventures* adaptándolas a las peculiaridades jurídico-administrativas que nuestro ordenamiento contractual público impone al tratamiento del contrato de concesión.

Sin embargo, y ya para terminar, el nuevo contexto legal surgido de la LCSP en el año 2007, aún habiendo racionalizado el tratamiento de la figura concesional respecto a las infraestructuras desde una solución correcta en el plano de la técnica jurídica y sistematizado la anterior dispersión normativa, arroja no pocas incertidumbres acerca de su idoneidad como marco de referencia para la regulación de un fenómeno de creciente complejidad y polivalencia como es el de la colaboración público-privada, y ello debido tanto a la limitación en el ámbito y perspectiva de las modificaciones como a la superficialidad de las mismas, evitando penetrar en la esencialidad de la figura y sus principios inspiradores.

Sin ánimo de afrontar un análisis pormenorizado de los puntos de desencuentro entre el actual sistema concesional español y las construcciones teórico-doctrinales que arropan al CPP regulado por el art. 11 del TRLCSP, sí conviene señalar que aspectos de colosal importancia en éste último como la adecuada asignación de los riesgos en orden a la consecución de un coste eficiente del proyecto; la libertad de diseño y ejecución por el sector privado sin pautas predeterminadas por la Administración que posibilite la introducción de innovación y eficacia en la gestión; los procesos de selección competitiva del socio privado que atiendan las exigencias del carácter relacional a largo plazo del contrato;

el énfasis necesario sobre el servicio público objeto de provisión más que sobre los activos o la efectiva evaluación del coste del proyecto o *value for money* en relación con el coste de la provisión pública, por citar algunos, han sufrido una evidente desatención tanto en las previsiones normativas recientes como en la práctica implementación de los proyectos en los últimos años.

Dicho lo cual, también tenemos que decir que proyectos que, lejos de representar manifestaciones de una novedosa concepción de la actividad de provisión pública basada en la colaboración entre sectores y el aprovechamiento de capacidades y el reparto de beneficios y riesgos, aparecen como concesiones tradicionales que incorporan mecanismos de financiación privada estructurada y amplían su ámbito de aplicación gracias a la concepción del *pago por servicios* propio de los DBFO.

Como señalan algunos autores, el modelo concesional aparece en estos casos como vehículo jurídico común a través del cual se articulan los proyectos y que otorga el título de delegación necesario para habilitar legalmente la participación de entidades privadas en la provisión de todo o parte de un servicio público, pero que, al concebirse como contrato administrativo típico y compartir en lo sustancial los rasgos característicos que informan la contratación pública en general, sin separarse incluso del marco normativo previsto para otros contratos nominados, no representa novedad alguna respecto de los sistemas contractuales públicos ya vigentes[13].

III. ÉXITO Y FRACASO DEL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

1. EL ORIGEN DEL CPP

Cuando el 31 de octubre de 2007 se publicó en el BOE la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público la mayoría de aplicadores de dicha norma se sorprendieron al ver, junto con nuestros contratos tradicionales contratos de obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministros y servicios, al desconocido CPP, y no era para

13. Klijn, E. H. y Teisman, G.R., *Governing Public-Private Partnerships*, Osborne Ed., Londres, 2000.

menos, ¿de dónde había salido ese contrato?, ¿venía acaso de Europa?, ¿era de verdad un contrato nominado a la altura de todos los demás?

Lo primero que pensamos en ese momento fue que las fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado no eran, en realidad, ninguna novedad en nuestro ordenamiento jurídico contractual ya que éste, como acabamos de ver, asienta sus posaderas en una larga tradición concesional. Más bien entendimos que la novedad radicaba en el enfoque de dicha colaboración, en la necesidad de que ésta se fundamentara en elementos de juicio diferentes al modelo concesional antes referido, ya que ahora se requería una trasferencia real de riesgos al socio privado y un mayor valor por precio de la operación en su conjunto.

No podemos afirmar, pues, que el CPP viniera de Europa o, al menos, por lo que se refiere a su estricta regulación formal, sino más bien de la voluntad del Gobierno español manifestada a través de la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, de 1 de abril de 2005, por la que se disponía la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero del mismo año, por el que se adoptaban mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad. Dicha Resolución disponía, en su mandato nº 44 que: «El Ministerio de Economía y Hacienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato».

Es cierto, como más tarde veremos, que existía en Europa desde el año 2004 un Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones[14], pero en ningún caso se puede decir que el mismo impusiera una concreta regulación a los Estados Miembros en torno al CPP

14. COM (2004) 327, de 30 de abril de 2004.

sino que simple y llanamente definía algunas de las características fundamentales de este.

Por ultimo, y después de releer algunas veces los 12 primeros artículos de la nueva Ley 30/2007 comprobamos cómo, efectivamente, el CPP había venido para quedarse, que tenía la intención de ser uno más, uno de los nuestros.

2. EL DILEMA CONCEPTUAL SOBRE LA NATURALEZA DEL CPP

No obstante lo anterior, cabe preguntarse, entonces, la siguiente cuestión: ¿qué es en realidad el CPP?, ¿puede considerarse como un contrato administrativo típico, o más bien debería ser entendido como una mera técnica contractual? La pregunta no es baladí, habida cuenta de que sobre la misma recae la auténtica justificación de su existencia y, por lo tanto, de su supervivencia.

En primer lugar diremos que a pesar de que la norma lo configura como un contrato nominado[15], no son pocos los autores que piensan en él no como un verdadero contrato, sino más bien como una nueva técnica de contratar, una fórmula contractual que permite aprovecharse de las ventajas de ser, formalmente, un contrato administrativo y, en la práctica, la combinación de todos los demás[16].

Los argumentos en favor de considerar al CPP exclusivamente como un contrato administrativo típico son más bien pocos, mejor dicho, solo uno, simplemente el hecho de que el propio TRLCSP lo considera como tal en su art. 19.1, letra a). No podemos ser, sin embargo, tan tajantes en nuestras afirmaciones, ya que alguien podría decirnos, y con razón que, aunque el CPP no ha existido en nuestro ordenamiento

15. Según el apartado 1 del art. 19 del TRLCSP: «Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:
a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo».

16. Postura mantenida por, entre otros, Jiménez Díaz, A., «El contrato de colaboración público-privada y el contrato de concesión (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público)», *Diario LA LEY*, núm. 6934, abril de 2008, págs. 265-326.

jurídico hasta ahora, son muchas, tal y como acabamos de ver, las experiencias concesionales que se han venido utilizando a lo largo de los dos últimos siglos en nuestro país que podrían considerarse informalmente el sustrato jurídico del actual CPP.

En cualquier caso, son varias las razones que refuerzan la afirmación que viene a entender al CPP como una mera técnica para contratar. La primera, y desde mi punto de vista la más llamativa, es el hecho de que la Ley 30/2007 ya lo configurara como una combinación de los demás contratos típicos sin atribuirle, en exclusiva, un objeto propio, sino más bien alguno de los objetos de los otros contratos administrativos, algo que, en principio, no tendría demasiado sentido si se hubiera querido dotar al mismo de personalidad suficiente como para poder ser considerado un verdadero contrato nominado.

Si analizamos el art. 11 del TRLCSP nos damos cuenta de la confusión, acumulación y refundición de objetos que tal regulación propicia. Distinguimos, sin embargo, dos elementos claramente diferenciables en el alma de este contrato: por un lado, las prestaciones a las que se obligará el operador privado[17] y, por el otro, el objeto propiamente dicho del contrato[18].

En segundo lugar, es el carácter subsidiario del propio CPP el que deja entrever su verdadera naturaleza instrumental. No quiero decir con esto que el citado contrato tenga menor importancia que los demás, pero según la configuración que le atribuye la norma parece que no se le esté dotando de la fuerza que debería tener un auténtico contrato ad-

17. La realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general.

18. La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión; la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; 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 y otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

ministrativo[19]. Esta subsidiariedad se refleja claramente en el apartado 2 del art. 11 del TRLCSP al establecer que: «sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas». No cabe lugar a dudas, solo podrás utilizar el CPP en detrimento de los demás contratos, y siempre que justifiques en el expediente que eres incapaz de satisfacer las finalidades públicas que representas a través de un contrato de obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministros o servicios, algo que se me antoja prácticamente impensable cuando llevamos casi dos siglos haciéndolo sin problemas.

Más adelante, el TRLCSP nos marca el camino de la justificación de la que estamos hablando al decirnos que la Administración contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que «habida cuenta de la complejidad del contrato, no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación»[20].

---

19. Lo cierto es que el carácter subsidiario del CPP no era una característica del Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales, sino que éstas lo modificaron en el trámite parlamentario, considerándose, pues, dicha alteración, *voluntas legislatoris*. En concreto, enmienda núm. 159 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, BOCG de 29 de marzo de 2007, Serie A núm. 95-22, pág. 230.

20. Según dispone el art. 134 de la TRLCSP:
«2. La evaluación podrá realizarse de forma sucinta si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración contratante que aconsejen utilizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para atender las necesidades públicas.
3. La evaluación será realizada por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato».

Pero, ¿por qué tantas cautelas?, ¿por qué tanto miedo?, pues bien, la explicación puede ser doble. Primero, porque el legislador no termine de creerse al CPP como contrato administrativo típico y, segundo, porque aún creyéndoselo, quiera reforzar su carácter polivalente e instrumental dotándolo de determinadas características que hacen de él un potente mecanismo para alcanzar puntos de encuentro entre la Administración pública y el operador económico, algo que dicho sea de paso, nunca se ha conseguido con los llamados contratos tradicionales.

El argumento decisivo para entender que el CPP no puede ser considerado como un verdadero contrato administrativo en sí mismo es el hecho de que la propia norma establece en su art. 313 que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se regirán por las normas generales contenidas en el Título I del Libro IV (*Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos*) y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél, en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar. Dicho lo cual, el CPP queda absolutamente desnaturalizado, ya que no puede determinar por sí mismo sus propios efectos y extinción si no es a través de los contratos típicos sobre los que se ha sustentado. Es decir, que carece de regulación propia, más allá de la general aplicable a los demás contratos típicos para definir sus especificidades en relación con la fase final del contrato. Se configura, pues, como una suerte de contrato mixto donde la prestación del contrato principal sobresale de las demás. Llegamos a la misma conclusión si observamos las cláusulas que según el art. 136 del TRLCSP deben incluirse necesariamente en el CPP. Así, según las letras a) y m) de dicho artículo, se deberán identificar las prestaciones principales del contrato, o lo que es lo mismo, el contrato administrativo típico que subyace en todo CPP[21].

21. Según la letra a) del citado art. 136, procederá la identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 313. En los mismos términos se pronuncia la letra m) del citado articulo al establecer que las cláusulas del contrato harán referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la Ley establece respecto a las prerrogativas de la administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

3. EL DIFÍCIL CAMINO HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL CPP

Existen, además de todo lo anterior, determinadas dificultades en la tramitación de este tipo de contratos que han convertido en una verdadera odisea administrativa la licitación de los mismos[22]. En este sentido, podemos resumir brevemente en las siguientes líneas algunas de las principales amenazas que acechan al CPP: pueden requerir el compromiso de recursos significativos en la fase de preparación y licitación, requiriendo a menudo unos costes de transacción importantes; requieren en todos los casos un conjunto de cualificaciones específicas en el sector público en materia de preparación, conclusión y gestión de este tipo de contratos; requiere un compromiso político a largo plazo y la voluntad de compartir la inversión en grandes proyectos con el sector privado[23]; y, finalmente, para que la CPP tenga éxito debe concebirse de forma que permita a los socios privados el potencial de generar unos beneficios proporcionales a los riesgos que asumen.

Por otro lado, los CPP, por su naturaleza, implican compartir la toma de decisiones entre la Administración y su socio privado, lo que impide percibir *a priori* quién ejerce el control sobre la construcción de infraestructuras o la prestación de servicios complejos, siendo crucial en el momento de definir el contenido del clausulado del contrato a que se refiere el art. 136 del TRLCSP cuáles van a ser las facultades de cada una de las partes[24]. En cualquier caso, la Administración detenta, en

22. Para un análisis riguroso del diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación en los CPP se puede acudir a Nores Escobar, J. L., «La novedad del diálogo competitivo en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público», *Reflexiones*, 2007, núm 2.

23. En este punto, es preciso tener en cuenta las recomendaciones del Comité de las Regiones formuladas en octubre de 2002 por las que estima que se debería reconocer que la colaboración público-privada es un asunto que, además de ser considerado desde el punto de vista jurídico, económico y técnico, precisa igualmente una consideración política, puesto que las decisiones en el ámbito de los proyectos comunes de los sectores público y privado son objeto de procedimientos de votación democrática, así como de control por parte de órganos de supervisión, por lo que dichas decisiones se publican para que los ciudadanos las evalúen, ya que éstos son, o pueden ser, los usuarios de los servicios prestados.

24. Se deben identificar claramente, entre otras, las principales prestaciones del contrato, condiciones de reparto de riesgos, objetivos de rendimiento asignados al contratista, remuneración de éste, causas y procedimientos para determinar las variaciones de dicha remuneración, fórmulas y condiciones de pago, fórmulas de

último término, la responsabilidad y autoridad para garantizar que el interés público está asegurado.

No obstante todo lo anterior, también existen razones de peso para pensar que el CPP, ya sea considerado como un contrato típico o como una mera técnica contractual, dispone de elementos cualitativamente tan importantes que hacen de él una herramienta valiosa para acometer proyectos complejos, antes en materia de infraestructuras y ahora en cuestiones de naturaleza tecnológica, pero que en definitiva obtienen un valor añadido mayor respecto a su enfoque tradicional. Específicamente, podríamos resumir algunos de los elementos clave que nos muestran las fortalezas de la CPP, y que podemos resumir en:

1. Mejoran la ejecución de los proyectos, habiéndose demostrado que la mayoría de los proyectos realizados en régimen de colaboración público-privada respetan los plazos y los presupuestos[25].

2. Consiguen un mayor rendimiento económico de las infraestructuras, aprovechando la eficiencia y el potencial innovador de un sector privado competitivo para reducir los costes o conseguir mejores índices calidad/precio[26].

---

control por la Administración de la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento, control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato, destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo y garantías que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones.

25. El Informe *PFI construction performance report* de 2009, elaborado por de la *National Audit Office* del Reino Unido confirma que, en general, la colaboración público-privada funciona mejor que las adjudicaciones de contratos convencionales en lo que respecta al presupuesto (65% de proyectos de iniciativa de financiación privada – PFI) y a la prestación puntual (69%). Los excesos de costes constatados se debieron a la autoridad o a terceras partes en el 90% de los casos. Por añadidura, el 91% de los proyectos finalizados fueron calificados por los principales usuarios como muy buenos o bastante buenos en términos de construcción, calidad y concepción.

26. Los resultados de un estudio mundial sobre el impacto de la participación del sector privado en la distribución de agua y electricidad, elaborado en mayo de 2009 y denominado *Does Private Sector Participation Improve Performance in Electricity and Water Distribution?*, demuestran que el sector privado cumple las expectativas de mayor productividad laboral y eficiencia operacional si interviene en los proyectos de la mano del sector público a través de las diferentes fórmulas que el CPP prevé.

3. Reparten el coste de financiación de la infraestructura a lo largo de toda la vida útil del activo, lo que reduce las presiones inmediatas sobre los presupuestos del sector público y permiten adelantar varios años la finalización de los proyectos de infraestructuras y los beneficios que conllevan.

4. Mejoran la distribución de riesgos entre los participantes públicos y privados, ya que una gestión del riesgo más eficiente reduce el coste total de los proyectos.

5. Impulsan los esfuerzos en materia de viabilidad, innovación e investigación y desarrollo a fin de conseguir los grandes avances necesarios para encontrar nuevas soluciones a los retos socioeconómicos que afronta la sociedad.

6. Ofrecen al sector privado un papel fundamental en el desarrollo y la aplicación de estrategias a largo plazo para grandes programas industriales, comerciales y de infraestructuras.

7. Por último, amplían las cuotas de mercado de las empresas europeas en el ámbito de la contratación pública en los mercados de terceros países.

Con todo lo anterior, no es difícil entender porqué la Comisión Europea rompió una lanza en favor de las fórmulas de colaboración público-privadas al redactar en noviembre de 2009 la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, denominada *Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada*[27], estableciendo que, aunque el objetivo primordial de ésta debía ser promover la eficiencia de los servicios públicos a través de la distribución de riesgos y el aprovechamiento de los conocimientos y la experiencia del sector privado, también podía aliviar las presiones inmediatas sobre las finanzas públicas al ofrecer una fuente de capital adicional. A su vez, la participación del sector público en un proyecto podía ofrecer, en opinión de la Comisión, garantías importantes para los inversores privados, especialmente la estabilidad de los flujos de capital a largo plazo procedentes de las finanzas públicas, así como la incorporación de importantes ventajas sociales o medioambientales a un proyecto.

27. COM(2009) 615 final – no publicada en el Diario Oficial.

Por su parte, la respuesta del Comité de las Regiones a la citada Comunicación se produjo a través de un Dictamen de fecha 5 de octubre de 2010 y vino a matizar la euforia de la Comisión en favor de este tipo de fórmulas asociativas. Así, el citado Comité destacaba, ante todo, que los proyectos de CPP no debían percibirse como una solución de financiación a corto plazo, sino que tenían que analizarse desde la perspectiva del ciclo de vida, desde la planificación y concepción hasta la financiación, puesta en práctica y mantenimiento, de modo que el coste total de las inversiones se evaluara en función de la duración global de los proyectos. Con el mismo tono de prudencia, el Comité de las Regiones opinaba que la colaboración público-privada no era adecuada en todos los contextos, sino que debía considerarse caso por caso sobre todo en lo que respectaba a llevar a cabo proyectos de infraestructuras o facilitar servicios públicos innovadores. Finalmente, el mencionado organismo pidió a los entes locales y regionales que estudien detenidamente cualquier sistema de arrendamiento transfronterizo para las infraestructuras públicas u otros proyectos de CPP que ya hubieran suscrito o que tengan previsto suscribir en el futuro «a fin de evitar sorpresas desagradables y repercusiones graves en sus presupuestos»[28].

4. Y ENTONCES LLEGÓ LA CRISIS…

Llegados a este punto, vale la pena que nos detengamos en analizar la utilización que se ha hecho del CPP como mecanismo oficioso para desconsolidar deuda pública, artimaña que, por otro lado, en muy pocas ocasiones se ha consumado. Veamos por qué.

El denominado «*premio de desconsolidación contable*» ha venido a hacer referencia los últimos años, fundamentalmente desde que la crisis del mercado de capitales se ha hecho más evidente, a la posibilidad de que, en determinados supuestos que seguidamente analizaremos, la utilización de fórmulas de colaboración público-privadas supusiera la

28. El propio Comité de las Regiones sostiene, asimismo, que la colaboración público-privada puede representar un buen instrumento para gestionar las inversiones públicas, aunque debe corresponder a los entes locales y regionales juzgar cuál es el método más apropiado para cada proyecto, cada prestación de servicio público y cada innovación. Es importante que la colaboración público-privada se supedite a una evaluación previa para determinar quién o quienes son los más cualificados para asumir los distintos riesgos.

no imputación de gastos, a los efectos de contabilidad nacional fiscalizados por Eurostat, de todos aquéllos recursos invertidos por las Administraciones públicas destinados a financiar proyectos de CPP.

Este argumento ha supuesto, evidentemente, un auténtico efecto llamada y una verdadera proliferación de este tipo de experiencias (la mayor parte de ellas injustificadas y, por ende, fallidas) que han sucumbido a la complejidad de un tipo contractual que, más allá de tener aspectos positivos, requiere de verdaderos argumentos de fondo, y no solo de forma, para ser eficientemente utilizado.

Se podría decir que existe, de este modo, una visión positiva respecto de los efectos producidos por la introducción de las reglas de Eurostat en la configuración de este tipo de contratos públicos. Conforme con esta visión, lo importante es señalar que se está favoreciendo una determinada forma de acción pública, caracterizada por la implicación del socio privado en los proyectos de CPP a través de su efectiva responsabilización de la mayoría de los riesgos asociados a los activos. Esta configuración de los contratos introduce, por lo tanto, un importante componente de rigor en el funcionamiento administrativo de estos proyectos en un doble sentido: por un lado, obliga a ajustar mejor las prestaciones que va a abonar la Administración y, por otro, introduce criterios de eficiencia y eficacia en la gestión de recursos públicos. Para autores como Martínez Calvo[29] lo relevante es que cuando sea necesario, el pago que haga la Administración sea un pago competitivo porque el mercado no lo exigiría mayor ni más seguro. Si esto se consigue, la norma concede el *premio* de la no consolidación presupuestaria. «En mi opinión, –dice el autor–, creo que puede afirmarse que no existe instrumento más poderoso para que las Administraciones reflexionen y planifiquen en profundidad la forma en la que van a gastar sus recursos. Creo que si se observa la actual forma de proceder de muchas Administraciones Públicas para diseñar y construir sus infraestructuras se pone de manifiesto cómo el test SEC-95 está suponiendo, para todas ellas, la realización de una reflexión adicional sobre el sentido, utilidad

29. Martínez Calvo, J., Hacia la construcción de un «derecho administrativo financiable», crónica del caso MINTRA», *Revista de Administración Pública*, núm. 167, 2005.

y coste asumible de las nuevas infraestructuras que, hasta ahora, rara vez se producía con dicha intensidad»[30].

Ciertamente, por otro lado, el respeto a los principios de equilibrio presupuestario recogidos en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, suscrito en marzo de 2012, ha venido a suponer un problema para la realización de grandes inversiones por parte de la mayoría de las Administraciones de la UE. De ahí que sea tan importante la interpretación que se haga por parte de los órganos de contratación del cuerpo de normas que regula el concreto tratamiento contable del CPP emitido conjuntamente por parte del Comité de Estadísticas Monetarias, Financieras y de Balanza de Pagos y Eurostat. Estas completas directrices se publicaron por primera vez en el año 2004 por éste último bajo el título *ESA95 Manual on Government Debt and Deficit – Long term contracts between government units and non-government partners (Public-Private)*. La importancia, pues, de este fenómeno, así como la preocupación por asegurar su correcto tratamiento contable en el delicado contexto de crisis económica actual, se demuestra en que la Parte IV, dedicada a la colaboración público-privada fue sustancialmente ampliada en el año 2010 (en la tercera edición del Manual), y ha sido nuevamente modificada en la cuarta edición publicada con fecha 19 de marzo de 2012. Por ello, además del análisis de los principios generales que explican el tratamiento contable de la colaboración público-privada, es interesante analizar estas últimas modificaciones para entender su línea de evolución, que es representativa de las preocupaciones más recientes de Eurostat a este respecto.

30. Sin embargo, dicha visión del impacto de las normas de Eurostat dista mucho de ser pacífica. González García opina al respecto que «el principio de estabilidad presupuestaria, en cuanto que principio que limita el gasto público y el SEC 95, en cuanto mecanismo de contabilidad adaptado a este principio, tienen una orientación ideológica clara de signo neoliberal y que sirven a determinados intereses que se pueden exteriorizar en la privatización del Estado, de tal manera que sólo quedaría para cumplir aquellas necesidades no atractivas para los particulares, limitando los recursos en otros ámbitos, lo cual olvida cualquier tipo de redistribución de la riqueza. Al mismo tiempo hay un juicio, que sirve de coartada ideológico-técnica pero que resulta bastante discutible a la luz de la experiencia histórica de la gestión privada de infraestructuras, sobre la inidoneidad del sector público como consecuencia de su ineficiencia, de tal modo que resulta preferible que sea el sector privado el que participe en el proceso de construcción de infraestructuras, obteniendo una gestión eficiente del proceso».

Eurostat comienza señalando en su Manual que la expresión *Public-Private Partnership*[31] se utiliza para diferentes tipos de contratos de larga duración entre Administraciones Públicas y compañías privadas para la provisión de infraestructuras públicas. Sin embargo, lo más importante para delimitar el ámbito de dichos contratos (respecto de otras figuras contractuales conexas) es comprender la naturaleza de la prestación característica de los mismos. En este tipo de relaciones, relata Eurostat, los gobiernos se comprometen a adquirir de una entidad privada, y por un largo periodo de tiempo, determinados servicios que resultan de un *activo dedicado* específico. De este modo, la entidad privada construye dicho activo, –dedicado normalmente a la prestación de servicios públicos esenciales, como un hospital, una universidad o una prisión–, por cuya utilización por parte de las Administraciones Públicas, recibe las oportunas contraprestaciones.

De esta manera, los contratos de CPP se basan en un cambio en la prestación característica, que pasa de ser una operación de adquisición o renovación de bienes, –como sucede con el contrato de obra–, para convertirse en operaciones de gasto corriente, vinculadas a servicios que recibe la Administración contratante de un determinado activo construido con tal objeto por el contratista. Esta alteración de la naturaleza del contrato es lo que ha motivado un incremento en la dificultad de entendimiento de los mismos.

Ya hemos señalado que, sin perjuicio de este cambio en la prestación característica, la colaboración público-privada se caracteriza también en que –tal y como establece claramente la nueva versión de 2012 del Manual– son los poderes públicos los que, a través de pagos periódicos, van a cubrir la totalidad o la mayor parte de los costes del servicio, es decir, incluyendo la amortización de la construcción de los activos, sin que los usuarios finales del servicio paguen nada por ello, o sólo una pequeña parte por su uso.

La cuestión esencial a nivel estadístico es determinar la clasificación de los activos implicados por este tipo de contratos, bien como acti-

31. Nosotros traducimos dicho término por como colaboración público-privada para hacer referencia a este tipo de contratos, en oposición a las siglas CPP que venimos utilizando solo y exclusivamente en este Capítulo para hacer referencia al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado previsto en el art. 11 del TRLCSP.

vos de las Administraciones Públicas (lo que influiría inmediatamente en el déficit y nivel de endeudamiento de las mismas) o bien del socio privado (con la consecuencia de que el impacto de los pagos realizados por la Administración en su balance se repartirían a lo largo de toda la duración del contrato de colaboración público-privada). Dicha asignación, es importante subrayarlo, está por encima de las consideraciones formales establecidas en los contratos, por lo que resulta imprescindible entender las normas y principios que determinan, según Eurostat, a quién han de atribuirse dichos activos.

El principio central, a dicho respecto, es el siguiente: los activos pueden ser considerados como activos privados (es decir, sin que tengan impacto inmediato en el déficit y en el nivel de endeudamiento) tan sólo en el caso en que haya una fuerte evidencia de que el socio privado asume la mayor parte de los riesgos asociados al activo en el ámbito del contrato de CPP. Así, como afirma RUIZ OJEDA[32], «y según una explicación muy simple pero no por eso menos verdadera, se establece el principio de que el activo es de quien sustancialmente asume los riesgos a él asociados. Por tanto, el análisis de la asignación de riesgos entre el gobierno y el socio privado deviene el elemento medular del sistema».

Dicho lo cual, y a la vista de las dificultades que supone canalizar la utilización del CPP por la senda del encubrimiento contable, debemos decir que ésta es una opción verdaderamente arriesgada no exenta de dificultades técnicas[33]. Ni que decir tiene, además, que la propia crisis económica que actualmente estamos sufriendo también está afectando muy negativamente a los proyectos de CPP, por varios motivos. Primero y más evidente, porque se ha reducido notablemente la disponibilidad de préstamos bancarios y otras formas de crédito para este tipo de fórmulas; segundo, porque se ha endurecido la valoración de los riesgos inherentes a este tipo de operaciones; y, último, porque se ha dado un aumento significativo del coste de la deuda para estos proyectos deri-

32. Ruiz Ojeda, A. L., «Últimas orientaciones en la colaboración público-privada. (Apuntes desde la perspectiva de las normas contables para el cálculo del endeudamiento y el déficit público)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 325, 2012, págs. 119-129.

33. Para un análisis más profundo de las consideraciones de Eurostat en torno a la CPP acudir a: *Eurostat Treatment of Public-Private Par*

vado del hecho que los bancos ofrezcan unos períodos de amortización considerablemente reducidos sobre la misma.

IV. LA CAÍDA DEL MITO, HACIA UNA NUEVA FORMA DE ENTENDER LA COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO

Como ya se ha apuntado en multitud de ocasiones, no existe en el ordenamiento jurídico comunitario una definición precisa y clara del contrato CPP que vinculara a los Estados Miembros en cuanto a su regulación, ni siquiera se ha llegado a consenso en lo que respecta a su verdadera denominación[34]. A mi modo de ver, la causa fundamental de esta laguna jurídica no es otra que la enorme disparidad de fórmulas asociativas utilizadas por dichos países para enfrentarse cada día a su razón de ser, esto es, en última instancia, la creación de grandes infraestructuras, la provisión de equipamientos avanzados y la prestación de servicios públicos cada vez más complejos.

En este mismo sentido se pronunció la propia Comisión Europea al decir en su famoso Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones que «…la expresión "colaboración público-privada" (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio».

Asimismo, según el Banco Europeo de Inversiones, «el término colaboración público privada (CPP) se utiliza con frecuencia desde los años noventa; no obstante, no existe un modelo europeo único de

---

tnerships Purposes, Methodology and Recent Trends, disponible en: *http://www.eib.org/epec/resources/epec-eurostat-statistical-treatment-of-ppps.pdf*

34. En la prolija literatura científica sobre la materia se refieren, con carácter general, a dichas fórmulas contractuales con el nombre de *Public Private Partnership* (PPP). No obstante, podemos encontrarnos otras denominaciones que se refieren igualmente a este tipo de contratos, como por ejemplo, contratos de partenariado o contratos de base asociativa.

CPP»[35]. De modo que, y aunque desde diferentes instancias europeas se han hecho esfuerzos por sensibilizar a los órganos decisorios de la UE sobre la necesidad de «que se defina con precisión el concepto de colaboración público-privada (como, por ejemplo, el significado exacto de términos como «CPP contractual» o «CPP institucionalizada») y se haga una posible distinción entre CPP al nivel europeo y CPP al nivel nacional e infranacional» no se ha alcanzado el consenso suficiente para proporcionar la tan ansiada conceptualización de los CPP[36].

Nos encontramos, entonces, como punto de partida, que el desarrollo de esta figura a nivel europeo por parte de los diferentes Estados Miembros se ha hecho sin contar con un soporte normativo unánime, unificador y *armonizado*. El panorama, con la nueva oleada de Directivas reguladoras de los contratos públicos de la UE no tiene visos de mejorar. Efectivamente, las recientes Directivas 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE sobre contratación pública y 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales tampoco prevén una regulación específica del CPP como mecanismo de adjudicación de contratos públicos. Sin embargo, la llamada ya *Directiva de Concesiones* sí que relanza este tipo de contratos hundiendo más si cabe al CPP en su miseria normativa.

Efectivamente, la principal novedad que ofrece este nuevo paquete de Directivas sobre contratación pública se encuentra en la introducción de una Directiva de Concesiones. La anterior Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, ya contenía normas sobre las concesiones de obras públicas, sin embargo, la concesión de servicios públicos carece de toda regulación a nivel europeo si exceptuamos, la parca definición que de ellas hacía dicha Directiva en su artículo 1, apartado 4, y la doctrina del Tribunal de Justicia cuya finalidad primordial ha sido fijar el criterio de

35. Punto 3.1.1 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El papel del BEI en el ámbito de la colaboración público-privada (CPP) y el impacto en la problemática del crecimiento» (CESE 255/2005).

36. Observación 2.3 del Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones» (2007/C 51/05).

distinción entre las concesiones de servicios y el contrato de servicios propiamente dicho. Es conveniente recordar, por otro lado, que en la actualidad, si bien la adjudicación de concesiones de obras está sujeta a un cierto número de disposiciones de Derecho derivado, las concesiones de servicios están reguladas únicamente por los principios generales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). A juicio de la Comisión Europea, esta laguna ocasiona falseamientos graves del mercado interior, pues limita el acceso a este mercado de las empresas europeas, en especial de las pequeñas y medianas empresas, y genera una notable falta de seguridad jurídica. Para poner remedio a ambos problemas, entendió la Comisión Europea que debía aprobarse una nueva Directiva que contuviera normas sobre la adjudicación de las concesiones, ya que «la legislación de la Unión Europea no restringe la libertad de los poderes y entidades adjudicadores a la hora de desempeñar los cometidos de interés público que son de su competencia merced a sus propios recursos, pero si deciden recurrir a una entidad externa para desempeñar tales cometidos, es necesario dar a todos los operadores económicos de la Unión Europea acceso efectivo al mercado».

La nueva Directiva de Concesiones pretende, en primer lugar, incrementar significativamente la seguridad jurídica de éstas, para lo cual se comienza elaborando una nueva definición en la que se pretende integrar como elemento definitorio primordial el elemento del riesgo operacional, aclarando qué tipos de riesgo se consideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo. Igualmente se proporcionan referencias respecto a la duración máxima de las concesiones que se vinculan con el período necesario para la amortización de las inversiones. Se aprovecha, además, la oportunidad que brinda esta Directiva para introducir normas sobre la cooperación entre autoridades públicas, con la intención de sentar el criterio de interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se considera adecuado en relación con aquellos casos en que no tienen que someterse los contratos de concesión celebrados entre poderes adjudicadores a las normas de adjudicación de concesiones.

La segunda finalidad de esta Directiva es facilitar el acceso al mercado de concesiones. Para ello, se prevé la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea de los actos de convocatoria de licitaciones y de adjudicación, siempre que el valor de la concesión supere los cinco

millones de euros, umbral que resulta aplicable tanto a las concesiones de obras como a las de servicios. Se regulan los plazos de presentación de ofertas, los criterios de selección cualitativa de los licitadores y los criterios de adjudicación que deben estar vinculados al objeto de la concesión, debiendo atenerse a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y garantizar que los licitadores sean evaluados en condiciones de competencia real, de forma que puedan determinarse las ventajas globales que ofrecen sus proposiciones.

A diferencia de lo establecido en las Directivas sobre contratación, la de concesiones no contiene un conjunto de procedimientos a los que necesariamente deban acudir los poderes adjudicadores. Por el contrario se deja libertad para elegir unos procedimientos de adjudicación de concesiones más flexibles que, por ejemplo, reflejen las tradiciones jurídicas nacionales y permitan que el proceso de adjudicación se organice de la forma más eficiente posible. En todo caso se procura que siempre deban respetarse en la adjudicación y en las negociaciones que se lleven a efecto para ello, la equidad y transparencia del proceso.

En definitiva, con afianzamiento de la figura concesional a nivel europeo podemos contar casi con los dedos de las manos los días que le quedan de vida al CPP, y no tanto porque se vaya a producir su muerte formal y definitiva por parte del legislador nacional o comunitario, sino más bien porque su competidor natural, el negocio jurídico concesional (de obra y, ahora, de servicios) va a devorarlo totalmente acaparando todo el nicho de mercado que hasta ahora éste poseía.

Otra de las grandes novedades de la nueva Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública es el nuevo procedimiento de adjudicación denominado *asociación para la innovación.* En numerosas ocasiones la Comisión Europea ha puesto de manifiesto en diferentes documentos, cómo las necesidades públicas han sido siempre un importante motor de innovación en muchos sectores como las telecomunicaciones, la energía, la sanidad, el transporte, la seguridad y la defensa. Desde este punto de vista, la situación de la contratación en I+D en la Unión Europea no resiste una comparación con sus principales socios comerciales, Estados Unidos y Japón. El volumen de inversión de estos dos países en investigación y desarrollo es notablemente superior al de los Estados miembros de la Unión Europea. El volumen invertido por

los Estados Unidos, representa en torno a veinte veces el de la Unión, y, aunque buena parte de esa inversión tiene como origen la investigación espacial o de defensa, incluso, excluyendo estos dos sectores, cuadriplica el volumen de la inversión efectuada por Europa.

Sin embargo, conviene no perder de vista que algunos ejemplos de soluciones innovadoras inductoras de grandes cambios han surgido de contrataciones de I+D, como es el caso de la tecnología del protocolo de Internet, el GPS, la informática de alto rendimiento y algunas innovaciones clave de la tecnología de los semiconductores. Estos son ejemplos de cómo la compra pública innovadora puede contribuir de forma importante a la mejora de la calidad de los servicios públicos y la aparición de empresas competitivas a nivel mundial. Pero además, en una época de limitaciones presupuestarias la contratación pública de productos y servicios innovadores cumple una función primordial en la lucha por la mejora de la calidad y de la eficiencia de los servicios públicos.

La conclusión de todo ello debe ser que Europa tiene un enorme potencial aún sin explotar para impulsar la innovación a través de la contratación pública tratando con ello de conseguir fomentar la competencia transnacional logrando que las entidades públicas obtengan la mayor rentabilidad por su dinero.

En las Directivas de 2004 de contratación pública se adoptaba un planteamiento flexible que permitía a los poderes adjudicadores utilizar las licitaciones en favor de la innovación. Así, los concursos de proyectos constituían un instrumento adecuado para la adquisición de ideas innovadoras en ámbitos como la arquitectura, la ingeniería o el tratamiento de datos. El diálogo competitivo podía ser utilizado con el mismo fin para el caso de contratos especialmente complejos. Sin embargo, por sus características, este procedimiento no siempre resultaba adecuado. En efecto, los derechos de propiedad intelectual, aunque protegidos en la Directiva de 2004, podían plantear conflictos en la utilización de este procedimiento, pues el poder adjudicador se veía enfrentado a la disyuntiva de proteger la información confidencial que incorporaba cada solución y la necesidad de revelar parte de ella a fin de determinar cuáles eran las soluciones más idóneas para satisfacer sus necesidades. Además, el hecho de que la mejor solución (la elegida por el poder adjudicador) fuera inevitablemente presentada a todos los participantes, a

quienes entonces se invitaba a que presenten sus ofertas basadas en esa solución, podía desincentivar a éstos de proponer soluciones muy innovadoras, ya que no estarán seguros de ser recompensados por inventar esta solución con la adjudicación efectiva del contrato. Finalmente, idénticos propósitos podían lograrse mediante la admisión de variantes en las licitaciones pues se animaba con ello a los operadores económicos a proponer servicios o productos más innovadores, lo que redundaría, frecuentemente, en el fomento de la investigación en nuevas tecnologías.

Pese a estas diferentes posibilidades, lo cierto es que la contratación pública orientada hacia la innovación que se ha llevado a cabo en Europa es demasiado escasa. De ahí que en la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, el legislador comunitario entiende 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 Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación». En base a ello, considera que la nueva Directiva «debe contribuir a facilitar la contratación pública de innovación y ayudar a los Estados miembros a realizar los objetivos de la iniciativa «Unión por la innovación». Por consiguiente, debe preverse un procedimiento de contratación específico que permita a los poderes adjudicadores establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores, siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes».

Tal procedimiento es el citado anteriormente como de *asociación por la innovación*, regulado por la Directiva en su artículo 31, cuyas características principales son las siguientes:

1. Cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información para la selección cualitativa que haya solicitado el poder adjudicador.

2. En los pliegos de la contratación, el poder adjudicador determinará cuál es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadores

que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado. Indicará asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores.

3. 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.

4. La asociación para la innovación tendrá como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los poderes adjudicadores y los participantes.

5. La asociación para la innovación se estructurará 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.

6. Al seleccionar a los candidatos, los poderes adjudicadores aplicarán, en particular, criterios relativos a la capacidad de éstos en los ámbitos de la investigación y del desarrollo, así como de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras.

7. El poder adjudicador velará 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 para el desarrollo de una solución innovadora aún no disponible en el mercado.

En definitiva, cuando las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes, los poderes adjudicadores deben tener acceso a un procedimiento de contratación específico respecto de los contratos que entren en el ámbito de aplicación de la citada Directiva. Este procedimiento específico debe permitir a los poderes adjudicadores establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores, siempre que estos se ajusten a

un nivel acordado de prestaciones y de costes, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición.

La asociación para la innovación debe basarse en la normativa aplicable al procedimiento de licitación con negociación y los contratos deben adjudicarse únicamente basándose en la mejor relación calidad-precio, que es la más indicada para comparar las ofertas de soluciones innovadoras. En lo que respecta tanto a los proyectos de gran envergadura como a los proyectos innovadores de menor calado, la asociación para la innovación debe estar estructurada de tal manera que genere el necesario «tirón comercial», incentivando el desarrollo de soluciones innovadoras sin cerrar el mercado.

V. CONCLUSIONES

El denominado formalmente *contrato de colaboración entre el sector público y sector privado* regulado en el art. 11 de nuestro vigente TRLCSP nació, ahora hace exactamente 7 años, con la vocación de ser un contrato de futuro, con la intención de que se convirtiera en la tabla de salvación de determinado tipo de contratos que, dada su complejidad y coste, debían ser enfocados desde otra perspectiva, más *global e integrada*, en donde la participación del sector privado, además de estar representada en términos económicos, también tuviera cabida en la fase de diseño y ejecución de los mismos. Lamentablemente, no ha sido así. Los escasamente 65 contratos CPPs adjudicados en nuestro país a lo largo de estos años no son un buen balance de su trayectoria. Y todo ello ¿por qué?, pues bien, las razones son varias y están todas ellas más o menos relacionadas.

En primer lugar, porqué el CPP estaba viciado desde el principio, nació cojo, jurídicamente incapaz de salir adelante si no se cumplían unos requisitos, los del art. 136 del TRLCSP que, a la vista de cualquier aplicador de dicha norma, se antojaban bastante inconsistentes cuando se trataba de justificar que una Administración, habida cuenta de la complejidad del contrato, no se encontraba en condiciones de definir los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el mismo. Empezamos mal, fundamentalmente desde el punto de vista de la credibilidad de un contrato que para poderse llevar a cabo la Admi-

nistración tenía que autoproclamarse incapaz de hacer algo que hasta ahora venía haciendo sin problemas.

Por otro lado, y tal como hemos apuntado a lo largo del este capítulo, el CPP ha sido incapaz de competir con el contrato estrella del ordenamiento jurídico español cuando hablamos de larga duración y reparto de riesgos, es decir, con el contrato de concesión de obra pública. Es más, el contrato de concesión, ajeno incluso al nacimiento del CPP, ha visto incrementada su utilización y proyección internacional a lo largo de estos últimos años, de ahí que el afianzamiento de su posición en el ordenamiento jurídico español haya hundido más siquiera al CPP y a cualquier otra fórmula de colaboración que se le parezca, como por ejemplo el desconocido CPPI de la disposición adicional vigésimo novena del TRLCSP[37].

Cierto es, como también hemos comentado, que no ha ayudado nada el hecho de que nuestro Derecho Administrativo, tributario del Derecho francés y, consecuentemente, del Derecho continental, carecen del sustrato y de la sensibilidad jurídica suficiente como para entender una relación de tú a tú entre un poder adjudicador y un empresario cualquiera. Dicho de otro forma, la rígida configuración de nuestro

37. Cuyo tenor literal dice así: «Disposición adicional vigésima novena. Fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado.
1. Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.
2. Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público previstas en esta disposición adicional podrán:
a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.
b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores».

Derecho público ha impedido en última instancia la proliferación de fórmulas colaborativas (CPP o CPPI) en las que la parte pública cedía determinadas potestades en beneficio de la privada, limitando con esto un auténtico reparto de riesgos que está fundamentalmente en la base de todo este tipo de contratos.

El futuro no es nada esperanzador para el CPP, y sí lo es, sin embargo para las concesiones, de obras o de servicios, que al albur de la nueva Directiva de Concesiones[38], van a vivir una segunda juventud. A pesar de haberse hecho esfuerzos por parte de las Instituciones comunitarias a favor del impulso de fórmulas de colaboración público-privada, el hecho de que no existiera un único modelo a nivel europeo y sí una multiplicidad de tipologías contractuales de base asociativa han impedido, de nuevo, una regulación clara y precisa por parte de éstas de dicha figura. Lo cierto es que, más allá del famoso Libro Verde del año 2004, no existe ninguna otra previsión, norma o documento que establezca criterios claros en relación con la utilización de los CPPs por parte de los Estados Miembros. De ahí que éstos hayan regulado en su fuero interno, como les ha interesado, una figura que a pesar de tener puntos en común definidos precisamente por el mencionado Libro Verde, no ha sido tratada homogéneamente por parte de aquéllos, siendo al final regulado como un contrato secundario a la sombra, otra vez, de fórmulas de tipo concesional. Con la excepción del Reino Unido, claro, auténtica cuna de este tipo de fórmulas contractuales.

Si a todo lo anterior le añadimos el hecho de que el famoso «premio a la desconsolidación contable» derivado de la utilización de CPP por parte de las Administraciones públicas es más problemático de lo que parece, entonces nos encontraremos muy pocos argumentos en favor de utilizar un contrato, que más allá de representar el acúmulo de todos los demás contratos tradicionales, aporta realmente poco valor añadido a las necesidades de éstas.

Por último, con la aprobación recientemente de la cuarta generación de Directivas de contratos públicos y la aparición del nuevo procedimiento de «asociación para la innovación» cae el último bastión del CPP al monopolizar este nuevo procedimiento la adjudicación de aqué-

38. Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión

llos contratos que por sus características especiales implicaban un alto grado de conocimientos en materia de I + D así como de Nuevas Tecnologías, con lo que realmente desaparece una de las pocas justificaciones que quedaban para recurrir al CPP para adjudicar contratos en los que las Administraciones públicas no se encontraban «en condiciones de definir los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados».

Dicho lo cual, y a expensar de saber qué sucede con el CPP en la futura norma nacional que trasponga las nuevas Directivas de contratos, mucho me temo que el CPP ha muerto, y no quizá en términos formales, sino más bien en la práctica, en el ideario lógico del aplicador, en los planteamientos de cualquier Administración pública.

El auge de los contratos de concesión, la escasa flexibilidad del Derecho Administrativo español, la crisis económica, una regulación imprecisa y desproporcionada así como el nuevo procedimiento de asociación para la innovación han acabado de hundir a un contrato que, aún teniendo muchas cosas positivas, no ha conseguido despegar durante estos últimos años, cayendo prácticamente en el olvido y en el desinterés más absoluto por parte de todos los poderes públicos, que se refieren al CPP, no tanto como un contrato administrativo típico, sino más bien como una nueva forma de entender las relaciones entre la Administración y el sector privado.

BIBLIOGRAFÍA

Carrol, P. y Steanne, P., *Public-Private Partnerships: Sectorial Perspectives*, Osborne Ed., Londres, 2000.

Frax Rosales, E., «Las Leyes de Bases de obras públicas del siglo XIX», *Revista de Estudios Políticos*, núm 93, 1996, págs. 513-528.

González García, J., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Huerta Barajas, J. A., «Contratos de Colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de Defensa», *Revista Práctica de Contratación Administrativa*, septiembre de 2008, págs. 42 y 43.

JIMÉNEZ DÍAZ, A., «El contrato de colaboración público-privada y el contrato de concesión (en la nueva Ley de Contratos del Sector Público)», *Diario LA LEY*, núm. 6934, abril de 2008, págs. 265-326.

KLIJN, E. H. y TEISMAN, G.R., *Governing Public-Private Partnerships*, Osborne Ed., Londres, 2000.

MARTÍNEZ CALVO, J., «Hacia la construcción de un «derecho administrativo financiable», crónica del caso MINTRA», *Revista de Administración Pública*, núm. 167, 2005.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «El proyecto de ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas», *Revista de Obras Públicas*, núm. 3.425, octubre de 2002, págs. 35-44.

NORES ESCOBAR, J. L., «La novedad del diálogo competitivo en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público», *Reflexiones*, Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, 2007, núm 2.

RUIZ OJEDA, A. L., «Últimas orientaciones en la colaboración público-privada. (Apuntes desde la perspectiva de las normas contables para el cálculo del endeudamiento y el déficit público)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 325, 2012, págs. 119-129.

IV. Observatorio de contratos públicos

Capítulo 12

Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2013

FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA

Letrado - Asesor Jurídico
Ayuntamiento de Pamplona
Vocal del Tribunal Administrativo de
Contratos Públicos de Navarra

SUMARIO: I. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2013. II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NECESIDAD DE EXISTENCIA DE TRIBUNALES AUTONÓMICOS EN MATERIA DE RECURSO. III. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2013. 1. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES (TACRC). 2. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN (TACPA). 3. TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (TCPCM). 4. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (TARCA). 5. ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CATALUÑA (OARCC). 6. ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL PAÍS VASCO. 7. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN (TARCYL). 8. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA (TACPNA). IV. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS PROCESALES O DE FORMA DEL RECURSO. 1. LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO. 2. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y CÁLCULO DE GASTOS DE PRIMER ESTABLECIMIENTO. 3. ACTOS RECURRIBLES. 4. LA IMPOSIBILIDAD DE EMPLEAR EL RECURSO ESPECIAL PARA RECURRIR LA EXCLUSIÓN Y PARA LA ADJUDICACIÓN. 5. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR. 5.1. La actividad del recurrente debe estar relacionada con el objeto del contrato. 5.2. El recurrente debe haber participado en la licitación

o haber podido participar en caso de modificación del condicionado. 5.3. Grupo de trabajadores. 5.4. Representantes de trabajadores. 5.5. Legitimación individual de los concejales. 5.6. Legitimación de asociaciones. 6. PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO. 6.1. Recurso contra pliegos que se dan a conocer mediante su publicación electrónica.7. EXISTENCIA DE PREJUDICIALIDAD A FAVOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. V. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS MATERIALES O DE FONDO DEL RECURSO. 1. LOS PLIEGOS QUE HAN DE REGIR LA ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO. 1.1. Requisitos de solvencia. 1.1.1. Proporcionalidad de los requisitos de solvencia. 1.1.2. Determinación y acumulación de los requisitos de solvencia. 1.1.3. Disponibilidad de medios. 1.1.4. La solvencia cuando existen varios lotes. 1.1.5. Criterios de solvencia versus criterios de adjudicación versus condiciones de ejecución. 1.1.6. La mesa debe verificar, cuando proceda la solvencia. 1.2. Los criterios de adjudicación. 1.2.1. La forma de valorar los criterios de adjudicación. La necesidad de determinación previa. 1.2.2. La solicitud de aclaraciones a los licitadores. 1.2.3. La valoración de las mejoras. 1.2.4. Criterios de adjudicación inadmisibles. 2. LA NO EXCLUSIÓN DE OFERTAS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ERRORES SI FUERON CAUSADOS POR EL PODER ADJUDICADOR. 3. LAS RESOLUCIONES DE ADJUDICACIÓN. 3.1. La motivación. Fundamento esencial en la adjudicación. 3.2. El desistimiento de uno de los integrantes ute no es óbice para adjudicación en favor de los restantes componentes. 3.3. Ofertas anormales o desproporcionadas. 3.4. La falta de adjudicación en plazo no es susceptible de recurso especial. 4. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA VERSUS CONTRATACIÓN PÚBLICA. 4.1. Notificación por medios electrónicos. 4.2. ¿Puede obligarse a la presentación exclusivamente electrónica de ofertas? 5. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS. 5.1. El procedimiento negociado. 5.2. Cláusulas de subrogación 5.3. La posibilidad de incluir dentro de un mismo contrato objetos distintos. Los contratos de gestión integral 5.4. La cesión del contrato como modificación subjetiva.

El presente capítulo, titulado «Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales», tiene por objeto reseñar la actividad que durante el año 2013 han desarrollado los órganos creados para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública.

Primeramente, se hace un análisis estadístico de los recursos interpuestos ante los diferentes tribunales de recurso especial de España durante 2013. Se enfatiza en el sentido de las resoluciones que los resuelven, verificando que una amplia mayoría –excluidas las inadmisiones–, constituyen estimaciones y se verifica, que en todos los casos, los plazos de resolución han sido brevísimos.

Asimismo se alude al informe CORA que considera, a mi juicio erróneamente, a los tribunales de recurso especial autonómicos como

una duplicidad respecto del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Se esgrimen algunas razones para justificar la continuidad de los mismos.

Se analiza la principal doctrina de forma y fondo durante el año 2013. Asimismo se relacionan algunos asuntos con cierta polémica ¿es posible exigir la presentación de oferta en formato exclusivamente electrónico? ¿Cabe licitar en un único contrato la limpieza viaria, el mantenimiento del alumbrado, de semáforos, y el mantenimiento de las bicicletas en un Ayuntamiento? ¿Cuáles son las obligaciones en materia de información sobre subrogación del poder adjudicador?

Igualmente, se relacionan las distintas cuestiones que atañan a la preparación de los condicionados, la diferenciación entre criterios de solvencia, de adjudicación, condiciones de ejecución, con estudio de la principal doctrina de los tribunales de recurso. Se estudia la posibilidad de acreditación de la solvencia con medios externos, en especial, sus requisitos y límites.

Se trata la polémica sobre las bajas anormales, más conocidas como «temerarias» y se reflexiona sobre si la cesión del contrato debe ser entendida como una verdadera alteración sustancial del contrato.

I. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2013

En el año 2011 se crearon un gran número de órganos de recursos contractuales. Fruto de la implantación de estos órganos se ha verificado un importante aumento de la litigiosidad en la materia. El año 2012 fue el de la consolidación de estos tribunales y el aumento exponencial de los recursos al verificarse una alta tasa de éxito.

Estos tribunales se han demostrados solventes profesionalmente, rápidos y sobre todo efectivos. Su tasa de recursos estimados ronda el 40% en 2013. El recurso de reposición en el que difícilmente un recurrente podía ver concedida la razón se ha visto superado por un recurso en el que si se reúne la razón jurídica y hay un apoyo relevante en los principios rectores de la contratación pública se obtiene la estimación. Y ello con carácter previo al inicio del contrato, dado que la mayoría de recursos se interpusieron en 2013 frente a la adjudicación del contrato

que suspende automáticamente la ejecución de dicho acto –salvando algún caso aislado de recursos frente a cuestiones de ejecución–. La tutela es por tanto completa pues la restitución en la posición de contratista no solo es posible sino real en todos los casos.

Además, salvo la única excepción del recurso ante el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público[1], es gratuito para el recurrente interponer recurso especial o presentar una cuestión de nulidad. Y así debe ser, pues, lo único que cabe evitar son los recursos interesados que no buscan más que retrasar adjudicaciones de forma maliciosa –y para ello ya existe la posibilidad de interposición de multas por temeridad–. Lo contrario, es siempre a mi juicio, una limitación a la tutela efectiva y una sustitución «a medias» del resto de recursos administrativos para los que nunca es necesaria tasa alguna.

En el año 2013, es sin duda reseñable la ampliación competencial de asuntos que ha hecho crecer exponencialmente el número de recursos en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC).

Y es que han sido muchas las distintas Comunidades Autónomas han conveniado con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para que este Tribunal asumiera sus potenciales recursos. Si en el año 2012 se adhirieron a él Comunidades como La Rioja, Extremadura, la Ciudad Autónoma de Melilla, Castilla - la Mancha, Illes Balears, Cantabria; en 2013 fueron 5: Generalitat Valenciana, Ciudad de Ceuta, Comunidad Autónoma de Principado de Asturias, Comunidad Autónoma de Galicia, Murcia [2]. Resta como única entidad que no ha creado un

1. Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya Núm. 6551 - 30.1.2014 Valor estimado (ve) Hasta 500.000 euros 750 euros. De 500.001 euros a 1.000.000 de euros 1.500 euros De 1.000.001 euros a 5.000.000 de euros 2.000 euros. De 5.000.001 euros a 10.000.000 de euros 3.500 euros. Más de 10.000.000 de euros 5.000 euros.). Bernal Blay *M.A., «No a las tasas en el ámbito del recurso especial en materia de contratación pública», ww.obcp.es, 5 de marzo de 2014, http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.145/relmenu.3/chk.f81c556841268ecada0a8c668a7889fd*
2. Estos convenios sobre atribución de competencia de recursos contractuales fueron aprobados mediante resoluciones de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 10 de abril de 2013 (Generalitat Valenciana y Ciudad de Ceuta), 4 de octubre de 2013 (Comunidad Autónoma del Principado de Asturias), y 12 de noviembre de 2013 (Galicia).

órgano propio ni ha conveniado con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales Canarias, con los efectos que conlleva[3].

2013 ha sido también el año en que el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña ha pasado a ser colegiado conforme al Decreto 221/2013, de 3 de septiembre, por el que se regula el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y se aprueba su organización y su funcionamiento. La Ley 7/2011, de 27 de julio, de medidas fiscales y financieras, que creó el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, preveía esta posibilidad de transformar el órgano unipersonal en órgano colegiado cuando el volumen y la especificidad de los asuntos lo aconsejaran.

El Tribunal se compone del presidente/a y dos personas que actúan como vocales, todos con voz y voto. Se prevé asimismo que en caso de que el volumen de asuntos sometidos al conocimiento del Tribunal lo aconseje por causas debidamente acreditadas, el número de vocales podrá incrementarse por decreto del Gobierno. El Tribunal dispone de un secretario/a técnico/a, con voz pero sin voto, que no tiene la condición de miembro del Tribunal[4].

Por otra parte, la Mesa del Parlamento de Cataluña en sesión de 16 de abril de 2013, ha acordado la modificación del Acuerdo de 1 de

3. Existía ya desde 2012 un Proyecto de Decreto por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias. *http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_proyecto_tribunal_canarias_4ffb7816%232E%23pdf/chk.e0b4cd46ddbf0aa5a55356246beec23b.* En la memoria del TACRC se señala que con Canarias hay conversaciones avanzadas que, muy probablemente, fructificarán en la firma del convenio antes de mediados del año en curso.

4. Ya se ha publicado la composición del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, abandonándose la composición unipersonal del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña. La composición del Tribunal queda como sigue: El Tribunal se compone de D. Juan Antonio Gallo Sallent, que sigue siendo el Presidente del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público y por Dª María Eugenia López Mora y Carme Lucena Cayuela como vocales del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, siendo secretaria técnica del Tribunal, Dª M. Àngels Alonso Rodríguez. El mandato de los miembros del Tribunal tiene una duración de cinco años, a contar desde la toma de posesión, que se debe realizar una vez publicado el nombramiento. Los miembros pueden ser reelegidos por períodos sucesivos de la misma duración. Un Tribunal que ya hace públicas sus acuerdos (aunque en catalán).

marzo de 2011, de creación del Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de Cataluña con la finalidad de actualizar su contenido de conformidad con lo establecido por el TRLCSP y aclarar las disposiciones relativas a las competencias, la composición y el nombramiento de los miembros del Tribunal.

En la condición que tiene el Parlamento de Cataluña de poder adjudicador, dado lo establecido por el artículo 3.2.f del TRLCSP, se creó en virtud del principio de autonomía parlamentaria, concretamente en el ámbito organizativo y administrativo, un órgano especializado e independiente para el conocimiento y la resolución de las reclamaciones contractuales derivadas de los procedimientos de licitación convocados por la propia institución, respetando los requerimientos básicos del artículo 41.3 del TRLCSP y dejando margen para que el propio órgano establezca las especialidades que considere conveniente realizar.

En consecuencia, el Tribunal de Recursos Contractuales del Parlamento de Cataluña es el órgano colegiado que, con carácter de independiente, tiene atribuidos el conocimiento y la resolución sobre los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 40 del TRLCSP y sobre las cuestiones de nulidad contractual establecidas en los supuestos especiales del artículo 37 del TRLCSP, así como la adopción de las decisiones con relación a las medidas cautelares o provisionales que las personas legitimadas puedan solicitar en el marco de dichas reclamaciones contractuales.

En cuanto a la composición del Tribunal, el presente acuerdo establece que está formado por tres miembros y, con la voluntad de hacer compatible la naturaleza parlamentaria del órgano (se nombra a un diputado o diputada) con el cumplimiento de los principios establecidos por el TRLCSP (calificación, independencia e inamovilidad), configura un tribunal de perfil predominantemente técnico, dada la naturaleza de las funciones que tiene encomendadas.

Por este motivo, y con el objetivo de respetar el requisito de la calificación jurídica legalmente establecido, forman parte del mismo un letrado o letrada y un interventor o interventora. Los miembros del Tribunal son nombrados por la Mesa del Parlamento y la duración de su mandato es de una legislatura.

En igual sentido, se ha creado el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón y nombramiento de sus miembros. El fundamento para la creación de este tribunal, lo que tuvo lugar con fecha 13 de febrero de 2013, es además del legal –artículo 41 del TRLCSP– la aplicación de un elemental principio de autonomía parlamentaria, y su reflejo en el ámbito organizativo y administrativo; la naturaleza de las funciones desarrolladas por las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y la Cámara de Cuentas de Aragón; y las especiales características de los tres órganos de contratación correspondientes (Mesa de las Cortes de Aragón, Justicia de Aragón, Consejo de la Cámara de Cuentas de Aragón).

Se trata de un Tribunal con tres miembros designados entre funcionarios de carrera de cuerpos y escalas del grupo A que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a diez años en el ámbito de la contratación pública. Al menos uno de sus miembros deberá contar con la titulación en Derecho. Se establece la posibilidad de designar suplentes. La duración de su mandato es de una Legislatura, con posibilidad de reelección[5].

Navarra, que hasta el momento venía resolviendo sus recursos especiales por un órgano especializado –la Junta de Contratación Pública de Navarra–, ajeno a los órganos de contratación, ha creado en 2013 su órgano propio de resolución de recursos. Se trata del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra. Fue creado por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos. Su misión es resolver las reclamaciones contra las contrataciones de todos los entes sometidos a dicha norma. Al contrario que en el sistema estatal, en Navarra puede ser objeto de recurso cualquier acto con independencia de su cuantía relacionado con el contrato (sorprendentemente incluso actos de trámite no cualificados ello procede del texto original de 2006) ante cualquier ente que entre dentro del ámbito objetivo. Sin perjuicio de ello, debido a su escasa difusión y al tamaño de la comunidad el volumen de recursos ha sido menor –bien, como veremos, su coste está en función del número de recursos, porque funciona con compatibilidad en sus puestos de trabajo de sus miembros–.

5. La Mesa de las Cortes de Aragón ha acordado el nombramiento como miembros del citado Tribunal. D. José Bermejo Vera, D. Jesús Colás Tenas y D. Ignacio Salvo Tambo. El Tribunal a fecha de cierre del trabajo no ha sido constituido.

El Tribunal se compone de un Presiente y dos vocales, y sus correspondientes suplentes. Tiene carácter flexible, dado que sus miembros compatibilizan esa labor con su puesto de trabajo en la administración de origen, no teniendo por tanto dedicación exclusiva, lo que hace que los costes dependan realmente del número de recursos existentes. El Presidente debe poseer una experiencia profesional de al menos diez años y tener especial preparación en materia de contratación pública. El Presidente del Tribunal será miembro nato del Pleno de la Junta de Contratación Pública. Los vocales, licenciados en derecho en activo en una administración pública de la Comunidad Foral de Navarra, deberán haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a cinco años y tener especial preparación en materia de contratación pública. Son designados por acuerdo del Gobierno de Navarra, previo informe de la Comisión Foral de Régimen Local, de conformidad con la propuesta que le eleve el Pleno de la Junta de Contratación Pública, por un periodo de seis años, pudiendo ser reelegidos, informándose al Parlamento de Navarra del nombramiento[6].

El plazo de interposición de recursos es diverso al del TRLCSP: Diez días naturales contados a partir del día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación para la impugnación de dicho anuncio y de la documentación que figura en él; diez días naturales contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto impugnado cuando se recurran los actos de licitación y de adjudicación por parte de los licitadores. En el caso de que se impugne un acto de exclusión de un licitador o la adjudicación, el plazo se computará a partir del día siguiente al de la notificación de la información preceptiva que establecen el artículo 92.5 y el apartado 3 del artículo 200 de la Ley Foral; y treinta días naturales contados a partir del día siguiente al de la publicación de la adjudicación del contrato cuando no sea preceptiva la publicación de un anuncio de licitación o desde el siguiente a la de publicación del anuncio de realización del encargo a un ente instrumental. El expediente se tramita de forma exclusivamente telemática incluso para la presenta-

6. Mediante Acuerdo del Gobierno de Navarra de 24 de abril de 2013 por el que designan sus miembros: D. Javier Martínez Eslava, (Presidente), D. Francisco Javier Vázquez Matilla (Vocal) y Dª Sagrario Melón Vital (Vocal), y se designan igualmente suplentes.

ción y la resolución de la reclamación que debe ser resuelta y notificada en 20 días hábiles desde la interposición del recurso.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NECESIDAD DE EXISTENCIA DE TRIBUNALES AUTONÓMICOS EN MATERIA DE RECURSO

En la edición de este mismo libro correspondiente a 2013 poníamos de manifiesto cómo los tribunales de recurso especial habían conseguido dar una respuesta rápida y eficaz y crear un clima proclive al recurso en las relaciones contractuales. Unos tribunales independientes, profesionalizados y eficaces.

Los recursos no se resuelven en meses o en años como la justicia ordinaria sino en día. Y existe una tasa de éxito muy elevada al contrario que los recursos administrativos ordinarios, donde la desestimación es norma general. Es un recurso económico con carácter general – muy a pesar de las tasas a los recurrentes de algunos tribunales –.

Durante este año ha sido publicado el informe CORA (Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas)[7] que nace como continuidad al «*proyecto reformista encaminado a superar la peor crisis económica en las últimas décadas, corregir los desequilibrios que frenan nuestro crecimiento y crear las bases idóneas sobre las que levantar un nuevo ciclo de prosperidad económica y empleo para los españoles*» que el Gobierno estatal puso en marcha. En su argumentario está el eliminar lo que considera «*duplicidades*» «*ineficiencias y redundancias competenciales*». Dicen haber partido de un análisis de costes concluyendo la necesidad de suprimir «*Tribunales de Cuentas, Agencias de Protección de Datos, Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, agencias de evaluación del ámbito universitario, agencias autonómicas de la energía, agencias de meteorología, órganos de inspección de aeropuertos, institutos de opinión, institutos o servicios cartográficos, órganos de defensa de la competencia, entre otros.*» Se aboga por una compartición de medios centrada en la Administración Estatal.

---

7. http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/BDCE2E62-85EE-4D59-B72B-79888906B581/0/InformeCORAPDF.PDF

Señala el informe que sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas constituyan sus propios órganos podrán, asimismo, atribuir la competencia para la resolución de los recursos al TACRC. A tal efecto, deberán celebrar el correspondiente Convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencia. Ya se han formalizado Convenios con 7 Comunidades Autónomas proponiéndose la celebración con las restantes (pág. 109).

Por otra parte, la Subcomisión de Duplicidades Administrativas sobre las medidas con incidencia en la organización de la contratación pública publicó en esta anualidad ciertas medidas en relación con la contratación pública: 1.04.001 Plataforma de Contratación del Sector Público: Publicación en una Plataforma única de todas las licitaciones tanto del Sector Público Estatal como las de las comunidades Autónomas, 1.04.002 Unificación de la clasificación de empresas otorgada por las Comunidades Autónomas, 1.04.003 Unificación de los registros oficiales de licitadores y empresas clasificadas de las Comunidades Autónomas, 1.04.004 Asunción por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de las funciones que desarrollan las Juntas Consultivas de Contratación autonómicas, 1.04.005 Propuesta de generalización de la adhesión de Comunidades Autónomas a la Central de Contratación del Estado, 1.04.006 Centralización en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de la resolución de los recursos especiales en contratos de ámbito autonómico y local.

Esta Subcomisión considera que la centralización en el TACRC generaría economías de escala y una mayor eficiencia en la gestión de los recursos públicos, evitando la proliferación de órganos administrativos y, además, redundaría previsiblemente en un reforzamiento de la independencia y unidad de criterio en la resolución de recursos contractuales. Prevé que esta centralización conllevaría un ahorro de 5.665.000 €/año[8].

8. La subcomisión admite que Abogados del Estado ajenos –y no adscritos– al Tribunal han colaborado con el TACRC para estudiar, preparar y elaborar las ponencias de las resoluciones que se dictan con base en un protocolo de acuerdo suscrito con el Servicio Jurídico del Estado.

> «No tiene fundamento lógico que cada Administración cree su propio Tribunal para resolver sobre recursos planteados a sus poderes adjudicadores, cuando todos ellos, con independencia de la Administración de la que dependan, deben aplicar las mismas normas (LCSP y normas de desarrollo de la Ley). La territorialización de los tribunales no presta ningún valor añadido, puesto que la utilización de medios electrónicos simplifica las comunicaciones con independencia de la localización del recurrente o del poder adjudicador. »

El convenio con el TACRC regula la compensación por parte de la Comunidad Autónoma de los gastos derivados de la asunción de competencias por el Tribunal. Esta compensación, a la que hace referencia la Ley de Contratos, se articula mediante una anualidad fija para cada Comunidad Autónoma que cubre un número mínimo de recursos resueltos y una cantidad adicional por resolución dictada (350 € por resolución) que supere ese mínimo[9].

La primera reflexión que cabe realizar es la parcialidad de este informe, que no aborda medidas para conseguir, realmente, una contratación eficiente. Centrarse solo en la duplicidad supuesta de órganos de control es algo muy simple. Mucho más cuando lo que se suprime es a los órganos que persiguen el control, no solo de la legalidad sino de la eficiencia, el gran problema de la contratación actual.

Parece un error grave no prestar la atención debida a medidas concretas para luchar contra la ineficiencia en la contratación cuando esta ha sido usada tanto en España (Fondo Estatal de Inversión Local en sus dos ediciones) como en otros estados (el ejemplo prototípico es Estados Unidos) y conlleva entorno al 17% del PIB de la Unión Europea[10].

Ello en mayor medida cuando el control es causa directa del aumento de la eficiencia como se ha verificado por todos los tribunales de recurso. Y mucho más teniendo en cuenta que a mayor volumen de

9. La cuantía depende del tamaño de la Comunidad Autónoma y el número de recursos.
10. El desconocimiento de la importancia e impacto en la economía de la contratación pública queda patente en el primer informe anual de seguimiento de las medidas de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (17 de enero de 2014) donde no encontraremos que OPERA, la Oficina Para la Reforma de la Administración, aluda ni una sola vez a esta materia en sus 22 páginas.

recursos mayor plazo de resolución salvo que se pongan medios suficientes para ello –medios que cumplan las garantías de la directiva–. En este recurso la primera cuestión más importante es una resolución de calidad pero sin duda la segunda es el plazo de resolución.

Aunque se alude a las PYMES no se proponen medidas suficientes para lograr que de verdad entren el mercado de la contratación pública. No hacía falta un estudio concienzudo sino conocer las propuestas de directivas, ahora ya aprobadas, que ni siquiera se citan, desconociendo que una verdadera apertura en la contratación pública haría posible que las empresas españolas que son competitivas en calidad y en precio fueran la palanca de salida de esta situación económica.

Pero es que resulta innegable la necesidad de pervivencia de los tribunales autonómicos. La cercanía que aportan sus resoluciones, y el volumen de resoluciones permiten de forma sencilla un seguimiento por parte de las entidades que forman parte de su ámbito subjetivo. Seguimiento, que como hemos comprobado se manifiesta en un cambio de una actitud, tantas veces no solo ilícita sino ineficiente. Es imposible actualmente hacer un seguimiento eficaz de las resoluciones del TACRC y formar un criterio general. Sin perjuicio de que su labor y profesionalidad son innegables pero si bien es ventajoso que solo haya una sola voz para que situaciones iguales no se traten de distinto modo, cuando se oyen tantas voces por el mismo tribunal es imposible para un gestor conocer qué debe cambiar en su forma de proceder. En cambio, si a la cercanía del dictado de resoluciones de recursos integramos la coordinación entre todos los tribunales[11], el resultado es la perfección en la función revisora.

Los costes que conllevan los tribunales de recurso son nimios en comparación con lo que costaría convenir con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. En este sentido, la responsabilidad de las distintas autonomías ha hecho que sólo aquellas que tienen un volumen muy grande se creen con dedicación exclusiva, teniendo el resto tribunales con miembros que compatibilizan su labor como perso-

11. En 2013 se celebraron dos reuniones una el 31 de enero en Cuenca, con motivo del Congreso «Nuevos retos de la contratación pública» y otra el 7 de noviembre de 2013 en Sevilla, a la que asistieron representaciones del TACRC y de todos los tribunales autonómicos.

nal jurídico de distintas administraciones con abstención cuando procede y con un coste reducido. Igual ha ocurrido con tribunales como el catalán que comenzó como órgano unipersonal y dado el volumen de recursos se ha materializado en colegiado.

En este sentido, la Memoria del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid acredita que su existencia es un ahorro económico en todos los sentidos. Entre otras cuestiones por sus escasos costes de funcionamiento: «*La supresión del TACPCM no supone ahorro sino sobrecoste, considerando que el coste de suscribir un Convenio con el Estado para atribuir al TCRC, la competencia de resolución de los recursos de que conoce el Tribunal Madrileño supondría 112.240,05 euros /año, mientras que el coste actual de funcionamiento del Tribunal es de 20.462,04 euros año, lo que supondría un sobrecoste para la Comunidad de Madrid de 91.778,01 euros al año.*»

Se señala asimismo en dicha memoria que la centralización de la resolución de recursos no supondrá sino una desconcentración y no una eliminación de duplicidades como se transmite en el informe CORA.

> «Habida cuenta del número de asuntos sometidos al conocimiento del Tribunal Central y la composición del mismo (un presidente y dos vocales), no parece descabellado pensar que la asunción de la competencia de resolución de recursos de los Tribunales Autonómicos creados, la mayoría de ellos con un importante volumen de asuntos, determinara la aplicación de la previsión de la D.A trigésima del TRLCSP, de creación de Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales, con sede en cada una de las capitales de las Comunidades Autónomas. Con ello se produciría una desconcentración de la competencia que no supondría una supresión de duplicidades. »

Igualmente la memoria del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía valora en más de ciento veinticinco mil euros en estos dos años de funcionamiento y defiende la existencia de dicho Tribunal frente a la opción de convenir.

Así lo ha defendido el profesor y presidente del TACPA, Gimeno Feliu[12] que ha puesto el acento en que la aplicación de las medidas propuestas por el informe CORA «*no pueden conducir a una "recentralización" competencial que altere el modelo constitucional de descentralización política y administrativa ni, por ello, resulta aceptable medidas que suprimiendo órganos de ámbito no estatal permita su réplica, mediante desconcentración, a nivel periférico*»[13].

Este profesor pone de manifiesto que no existe ningún solapamiento sino auténtica complementariedad organizativa para poder conseguir un sistema de control preventivo rápido y eficaz que en modo alguno puede ser contemplado como un gasto sino que es una inversión. Critica, entre otras cuestiones que el informe no aluda a medidas adecuadas en materia de contratación pública para las PYMES y que tiendan a simplificar la documentación a presentar y los procedimientos, ejemplificando algunas de las citadas en las directivas, la redacción de una nueva Ley de Contratos del Sector Público.

En la misma línea, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña, ahora, Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público pone de relieve en su memoria de 2013 que «*se ha propuesto su mantenimiento, con la consideración de que desarrolla una función eficaz con un coste escaso, que se vería superado si se atribuyera la competencia al Tribunal Central de Recursos Contractuales vía convenio*».

Reitera que el Tribunal Central de Recursos Contractuales tendría que acabar creando en caso de asunción de competencias de Cataluña una sección territorial, y que además el Tribunal catalán desempeña una función eficaz, en tanto que resuelve en un plazo muy breve evitando la consolidación de eventuales situaciones de ilegalidad que puedan producirse en los procedimientos de licitación de contratos del Sector Público.

---

12. Gimeno Feliu *J.M.*, «*El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica*», *3 de julio de 2013, OBCP, http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.109/chk.0042711b51bd8793bb5321239e172491.*

13. Ello queda aún más claro en la Comunidad Foral de Navarra donde existe una tradición legislativa en materia de contratación pública diversa a la legislación estatal que procede de 1841 y que ha sido avalada por el Tribunal Constitucional.

En definitiva, la valoración general de la actuación de los órganos de recurso, en el año 2013, continua siendo, como ya señalábamos en el Observatorio de Recursos del año 2011 y 2012, positiva, el cuerpo doctrinal continúa creciendo dado el aumento exponencial de la litigiosidad.

Pese a ello, los plazos de resolución son más que razonables. El valor de la doctrina, como ahora veremos, sigue enriqueciéndose resolución tras resolución. De todo lo anterior, no es de extrañar que alguna norma haya configurado las resoluciones de los órganos de recurso como parámetro de actuación de los órganos de contratación, al mismo nivel que la jurisprudencia[14].

Podemos afirmar sin tapujos que no estamos ante órganos de presencia y actividad testimonial, de infundada justificación y que no tienen justificada su existencia. Son órganos administrativos, de naturaleza cuasi jurisdiccional –pues la LJCA es clara en su no consideración como demandados y sobre todo en la atribución de los recursos frente a sus acuerdos ante las Salas de los correspondientes tribunales superiores de justicia, o a la Audiencia Nacional en el caso del TACRC–.

Órganos cuyo coste depende del número de recursos en el caso de los que como Navarra o Aragón no ejercen con exclusividad su labor, o que en el caso de los que sí presentan exclusividad, es fácil justificar por el número de asuntos, su importancia y alto valor económico y social de los contratos enjuiciados y sobre todo por el brevísimo plazo en que se da la respuesta a los recursos.

Nunca antes existió en la tradición jurídica de España un recurso resuelto por altos especialistas, independientes y totalmente profesionales, que se resuelva en 18 o 20 días desde que se interpone, y no con consideraciones jurídicas de una línea o que son reproducción literal de otros fallos –como la jurisprudencia ordinaria, para todo, acostumbra a hacer–, sino que dogmatizan, crean doctrina, enseñan y corrigen fallos presentes y futuros haciendo más eficiente la contratación pública. Si se

14. En este sentido, el art. 3.1 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón señala que «Las entidades sometidas a esta Ley otorgarán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio *y actuarán* con transparencia, *respetando la jurisprudencia comunitaria y la emanada del resto de tribunales, así como las resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón*».

pierde la cercanía del órgano autonómico y sobre todo su rapidez poco valor tendrá ya el recurso especial.

III. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LA ACTIVIDAD DE LOS ÓRGANOS DE RECURSOS CONTRACTUALES EN 2013

Entendemos conveniente incluir también en este estudio un pequeño análisis estadístico de las actuaciones llevadas a cabo por los órganos de recurso durante 2013. Desde luego que el análisis que se ofrece a continuación no puede tomarse en modo alguno como «oficial», sino que se basa en el análisis de la información que los diferentes órganos de recurso han publicado en sus respectivas páginas web institucionales[15].

El análisis estadístico se proyecta sobre las Resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, el órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña (OARCC), Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (TARCYL) y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra[16].

15. Las Estadísticas oficiales pueden consultarse en las Memorias de actividad que han publicado algunos órganos de recurso: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

16. No se incluye la estadística relativa a la actividad del órgano de recursos de las Diputaciones (Alava, Vizcaya, Granada o Málaga) o Ayuntamientos (Granada, Sevilla, Marbella) ni del Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales que no publicitan sus actuaciones, entendemos, o deseamos, que sólo por el momento. Los datos han sido proporcionados por los propios tribunales de recurso o bien se encuentran accesibles en sus respectivas páginas webs. Se ha intentado también recoger en este trabajo con la mayor literalidad posible la doctrina contenida en sus memorias por los distintos tribunales a quienes, como es costumbre, agradezco personal y encarecidamente la cordialidad y facilidades concedidas para poder finalizar este trabajo.

1. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES (TACRC)

En el año 2013, se presentaron 1067 recursos, algo más del triple que en 2012 (348 recursos). Al finalizar el ejercicio, se habían dictado 650 resoluciones correspondientes a 897 recursos. Habida cuenta de los recursos pendientes de 2012 al inicio del ejercicio, quedaron 214 recursos para resolver en 2014; muchos de ellos corresponden a una misma licitación del Ministerio de Defensa (Acuerdo marco de servicios de seguridad) y se han resuelto de forma conjunta a principios de 2014.

Pese al gran volumen de recursos, el plazo medio de resolución de los recursos fue de 20 días desde su entrada en el registro del Tribunal, ligeramente superior al de 2012 en que fue de 17 días.

Casi el 40% de los recursos (412) se presentan contra el acuerdo de adjudicación y más del 25% (279 recursos), impugnan acuerdos de exclusión. Contra los pliegos o los anuncios de licitación se presentaron 324 recursos (un 30% del total), aunque casi la mitad corresponden a dos licitaciones (la contratación por la Fundación Rioja Salud de los servicios de diagnóstico por la imagen y por el Mº de Defensa de los servicios de seguridad y control). Otros 52 recursos (5% del total) se presentaron contra actos como los informes de valoración técnica y otros que, en su mayor parte, no reunían la condición de actos de trámite cualificados y fueron inadmitidos.

Más de la mitad de los recursos presentados en 2013 se refieren a contratos de servicios (un 53%). En la rúbrica de «Otros», se incluyen 79 recursos en contratos de gestión de servicios públicos

Casi todos los recursos se refieren al recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo 40 y siguientes del TRLCSP. Sólo 37 recursos, apenas un 3,5% del total, corresponden a reclamaciones en los sectores especiales cuyos procedimientos de contratación se regulan en la Ley 31/200.

Del total de recursos presentados en 2013 ya resueltos (1009 recursos hasta 1 de febrero de 2014), la tercera parte se han estimado total (172 recursos) o parcialmente (otros 168 recursos). Prácticamente otro tercio fueron desestimados (314 recursos). No se admitieron 340 recursos, en su mayor parte por falta de legitimación del recurrente.

Por tanto, más del 50% de los recursos admitidos se estimaron total o parcialmente, porcentaje muy superior al de 2012 en que esa tasa se situó en el 40%.

Sólo se han recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa 44 de las resoluciones dictadas por el TACRC en 2013, es decir, menos del 8% de las que han agotado el plazo de recurso. La incidencia es similar a la de 2012 y muy inferior a la de 2011.

2. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN (TACPA)

En el año 2013 el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se presentaron 97 recursos.

Respecto al sentido de la resolución, el 48,45% fueron desestimaciones, frente al 25,77% de estimaciones, el 24,74% de inadmisiones, y el 1,03% de prejudicialidad.

Por tipo de contrato, de suministro el 40,21%, de servicios el 39,18%, de obras el 9,28%, de gestión de servicios públicos él 5,15%, mixtos el 5,15%, administrativo especial (cuestión de nulidad) el 1,03%.

En cuanto al acto impugnado, frente a la adjudicación el 46,39%, actos de trámite 40,21%, pliegos de condiciones el 12,37%, cesiones de contrato el 1,03%.

3. TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID (TCPCM)

El examen de la actividad del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid arroja, en el año 2013, los siguientes resultados: Durante el año 2013 han tenido entrada para su conocimiento y resolución en este Tribunal 223 recursos, habiéndose dictado 207 resoluciones.

Por sentido de la resolución, el 16 % de los recursos fueron estimados, el 47% desestimados, 13 % estimados parcialmente, 21 % inadmitidos, en 2 % hubo desistimiento, en 1 % existió una finalización del proceso por las partes. Es decir el 29% fueron estimaciones totales o

parciales, un porcentaje que se eleva hasta el 37,8% si solo tenemos en cuenta las resoluciones estimatorias y desestimatorias.

Por asuntos, el 28 % responde a recurso frente a los pliegos de condiciones, el 42 % a recursos frente a la adjudicación, el 28 % a recursos frente a informes de valoración y exclusiones y 2 % a otros asuntos.

Por tipo de contrato, de obras 1%, de Servicios 59%, de suministro 33%, de Gestión Servicio Público 7%, de Concesión Obras Públicas ninguno, y contratos administrativos especiales 1%.

El plazo medio que el Tribunal ha empleado para la tramitación completa de los recursos, cuestiones de nulidad y reclamaciones que se han sustanciado ante el mismo es de 15 días naturales.

Del total de las 207 resoluciones dictadas, tan solo dos han sido objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que representa un 1% del total.

Un dato que no se ha recogido en las anteriores Memorias del año 2011 y 2012, es el relativo a la incidencia económica de la actuación del Tribunal calculada sobre el valor estimado (10.618.074.545,10 euros) de los contratos sometidos a recurso y que constituye un reflejo de la importancia que tiene su actividad.

4. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (TARCA)

A lo largo del año 2013 han sido interpuestos 243 que dieron lugar a 159 resoluciones frente a los 144 recursos de 2012.

Por sentido de la resolución, 9% fueron estimaciones parciales, 15% estimaciones totales, 35% desestimaciones, 37% inadmisiones, 4% desistimientos, 1% Otros. Si tomamos en cuenta solo las resoluciones que entran en el fondo el porcentaje de estimación serían del 40% y el 60% de desestimaciones.[17].

17. En el año 2013 se han adherido al TARCA, mediante convenio los siguientes ayuntamientos: Almería: Ayuntamiento de Níjar, Cádiz: Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, Ayuntamiento de Conil de la Frontera, Ayuntamiento de Jimena de la Frontera, Ayuntamiento de Olvera, Ayuntamiento de Puerto Real, Ayuntamiento de San Fernando, Córdoba: Diputación de Córdoba, Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera, Ayuntamiento de El Carpio, Ayuntamiento de Fuente Palmera, Ayun-

El grueso de estos recursos han ido destinados a contratos de la Junta de Andalucía (176), respecto a 54 de entidades locales y 13 de Universidades.

Por tipo de contrato, solo 5 fueron dirigidos a contratos de obras, frente a 165 de servicios, 55 de suministros, y 18 de otros.

Por acto impugnado, 115 se dirigieron contra la adjudicación, 33 a exclusiones e informes de valoración, 80 hacia los pliegos, y 15 a otras cuestiones.

El 74% de las resoluciones que versaban sobre medidas cautelares fueron estimadas frente al 26% que fueron desestimatorias de dicha petición.

5. ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CATALUÑA (OARCC)

Durante el año 2013, el OARCC ha emitido 189 resoluciones, correspondientes a 187 recursos especiales en materia de contratación y 5 cuestiones de nulidad. El número de asuntos que han tenido entrada ante el registro del OARCC han sido un total de 192 recursos durante el 2013.

Por sentido de la resolución, Inadmisiones 66% (la mayoría de las inadmisiones tuvieron por causa la extemporaneidad del recurso, seguido de la ausencia de competencia del personal), estimación 31%, estimación parcial 31%, desestimación 53%, y desistimiento 8%.

Por objeto del recurso, 34 contra actos de trámite, contra el pliego de condiciones y el anuncio 53, contra la adjudicación del contrato 99, contra modificaciones contractuales 1 y otros 5.

---

tamiento de Montilla, Ayuntamiento de Villa del Río, Granada: Ninguno, Huelva: Ninguno, Jaén: Ayuntamiento de Baeza, Ayuntamiento de Baños de la Encina, Ayuntamiento de Escañuela, Ayuntamiento de Mancha Real, Ayuntamiento de Sorihuela de Guadalimar, Ayuntamiento de Vilches, Málaga: Ayuntamiento de Alora, Ayuntamiento de Benalmádena, Ayuntamiento de Cártama, Ayuntamiento de Jubrique, Sevilla: Ayuntamiento de Camas, Ayuntamiento de Carmona, Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe, Ayuntamiento de Tocina, Ayuntamiento de Utrera.

Respecto del tipo de contrato, solo 4 recursos se dirigieron frente a contratos de obras, frente a los 119 a servicios, 35 suministros, 14 contratos de gestión de servicio público, 17 acuerdos marco, 2 contratos administrativos especiales, y 1 de colaboración público privada.

Es llamativo que 98 de los recursos se dirigieron contra contrataciones de ayuntamientos frente a los 46 al Gobierno de la Generalitat, siguiendo los consorcios, hospitales,...

6. ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL PAÍS VASCO

Fueron dictadas 125 resoluciones por el de las que el 35% fueron estimatorias (20% estimación total y 15% estimación parcial), inadmisiones el 20%, desestimaciones el 37%, finalizaciones del procedimiento sin pronunciamiento del tribunal 8%.

7. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE CASTILLA Y LEÓN (TARCYL)

Fueron dictadas 74 resoluciones.

En cuanto al sentido de la resolución, el porcentaje de estimaciones es del 29,73%, desestimaciones del 28,38%, inadmisiones el 39,19%, y desistimientos el 2,70%,

Por tipo de contrato, no existió recurso frente a ningún contrato de obras ni concesiones, de servicios 59,46%, de suministro 24,32%, de gestión de servicios públicos 12,16%, 2,70% fueron contratos administrativos especiales, Otros 1%.

Por contenido del recurso, frente a la adjudicación 43,24%, frente a exclusiones 25,68%, impugnando pliegos de condiciones 20,27%, otros 8%.

8. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA (TACPNA)

El número de recursos fue de 30 Tomando como fecha el día 25 de abril –día de puesta en marcha del TACPN– y de finalización el 31 de diciembre de 2013.

Un dato a destacar es el del valor estimado global de las licitaciones que han sido impugnadas durante el año 2013, y que asciende a 277.722.280,28 €.

Por sentido del acuerdo, los números y porcentajes de recurso han sido los siguientes: desestimaciones 50%, estimación total el 30%, estimación parcial el 13,33%, inadmisiones el 6,67%. Excluidas las inadmisiones el porcentaje de recursos estimados ha sido de 46,42%.

Sólo en 3 ocasiones los acuerdos del TACPN han sido impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que haya recaído sentencia hasta la fecha.

Por poderes adjudicadores la entidad frente a la cual han sido recibidos más recursos han sido los Departamentos del Gobierno de Navarra con un 63,33% del total de los recursos.

Respecto al acto recurrido, el número y porcentaje de los recursos ha sido el siguiente: adjudicación del contrato 40%, pliegos de condiciones 33%, valoraciones técnicas 16,67%, otras cuestiones 6,67%.

Por contratos, la mayor parte fueron contratos de servicios (contrato de asistencia) con el 63,33%, suministros el 16,67%, obras el 10% y el 10% fueron acuerdos marco.

IV. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS PROCESALES O DE FORMA DEL RECURSO

La especialidad de las normas reguladoras del procedimiento de recurso y las diferencias que algunas cuestiones particulares presentan frente a las normas generales que rigen los procedimientos administrativos, así como el gran número de inadmisiones producidas por aspectos procesales o de forma justifican detenerse en estos aspectos, con carácter previo al estudio del fondo de las resoluciones dictadas.

1. LA CALIFICACIÓN DEL CONTRATO

Los órganos encargados de resolver el recurso especial deben asegurarse que el contrato es susceptible de recurso conforme al art. 40.1 TRLCSP.

En la reunión de coordinación de tribunales de 7 de noviembre de 2013, que tuvo lugar en Sevilla, convocada por la Presidenta del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, con el objeto de establecer criterios y actuaciones comunes en el ejercicio de la competencia de resolución de recursos, existió unanimidad respecto de que los tribunales de recurso pueden de oficio recalificar el contrato para determinarse o no competentes. Existe, sin embargo, el debate de la extensión de la calificación: si sirve sólo para integrar la competencia o si debe examinarse el pliego desde la nueva calificación contractual. Esta segunda cuestión, la aplicación de la verdadera naturaleza jurídica al contrato deficientemente calificado sólo es conveniente realizarla en supuestos de nulidad y previa audiencia.

Han sido muchos los ejemplos de contratos deficientemente calificados. Especialmente afectados se han visto los contratos calificados como gestión de servicios públicos cuando realmente no existía una transferencia de riesgos real, debiendo calificarse entonces como contrato de servicios.

Buena cuenta de ello ofrece el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que cuestiona la calificación como contrato como de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión que realizaba el órgano de contratación, dando la posibilidad de interponer recurso de alzada. El recurrente argumenta en primera instancia que se trata de un contrato de servicios, procediendo por tanto la interposición de recurso especial, lo que confirma el Tribunal.

Se apoya para aceptar la competencia en que no existía transferencia del riesgo operativo de la explotación:

> «Conviene insistir en la doctrina fijada en nuestro citado Acuerdo 52/2013, que concilia el marco normativo español con la normativa y jurisprudencia comunitaria, de directa aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. Para que exista un contrato de concesión (de gestión de servicios públicos) es necesario que se transfiera el riesgo operativo de la explotación, lo que no sucede –ni se alega o argumenta por el IASS– en el contrato ahora recurrido. (...)

La calificación del objeto del contrato como de gestión de servicio público exige, como condición *sine qua nom*, la transferencia del riesgo al contratista, tal y como se mantiene por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en jurisprudencia consolidada (hecha propia y citada por los órganos consultivos de contratación en España; en especial, para Aragón, la Recomendación 1/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa).

Así, el TJUE, en Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) afirma que: "*De la comparación de ambas definiciones se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 39) mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.*

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas).

A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.

Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios (véase, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I- 9315, apartado 22, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, antes citada, apartados 35 a 37, así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, antes citada, apartado 30 y 32 a 35). Tal como se afirma en el apartado 51 de la presente sentencia, en este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.

Las cuestiones planteadas parten de la premisa de que la prestación de servicios de que se trata en el asunto principal implica riesgos económicos muy limitados, incluso en el caso de que sea la entidad adjudicadora quien presta dicho servicio y ello se debe a la aplicación de la normativa propia del sector de actividad de que se trata.

Ahora bien, según algunas de las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, para que la operación de que se trata constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable.

En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.

En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera y segunda que, el hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/14, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios"».

Por su parte, la Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011(Asunto Privater), define de manera precisa qué debe entenderse por riesgo de explotación económica del servicio:

«El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servidos prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio».

Finalmente, la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom), se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios:

«Si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. La inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] , antes citada, apartado 26).

Por consiguiente, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre (en este sentido véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] antes citada, apartado 29».

2. CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y CÁLCULO DE GASTOS DE PRIMER ESTABLECIMIENTO

Entre los contratos susceptibles de recurso, los de gestión de servicios públicos (que no tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada) están sujetos a una doble condición:

a. que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros, y

b. el plazo de duración del contrato sea superior a cinco años.

La falta de concurrencia, con carácter acumulativo, de ambos requisitos, determina la inadmisión del recurso. En particular, está siendo problemático el concepto de gastos de primer establecimiento.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid hizo durante 2013 público un estudio con el objeto de concretar dicho concepto, y homogeneizar su interpretación con la ofrecida por el resto de órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación.

En estudio describe el concepto contable, no contable, y el concepto que se desprende del TRLCSP. Estudia el alcance de la expresión «inversiones precisas». Analiza además los diferentes pronunciamientos de los distintos tribunales de recurso especial al respecto para terminar proponiendo que se interprete la expresión gastos de primer establecimiento: costes para la puesta en marcha de un servicio, [inversiones+ gastos (IVA excluido)] que el adjudicatario deba asumir, excluyendo las inversiones y gastos futuros y los gastos de explotación.

3. ACTOS RECURRIBLES

Por cuanto respecta a los actos susceptibles de ser recurridos que enumera ahora el art. 40.2 TRLCSP, las mayores dudas se han planteado en relación con la posibilidad de recurso de los actos de trámite. Según el art. 40.2 TRLCSP, únicamente son recurribles este tipo de actos *cuando «… decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos»,* y en cualquier caso, los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

Por cuanto se refiere a los actos que sí pueden ser impugnados por la vía del recurso especial en materia de contratación, algunas dudas se han planteado en relación con la posibilidad de recurrir los «actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos…», y en concreto, a la hora de terminar el alcance de dicho concepto.

Cabe citar la Resolución 269/2013, de 10 de julio del TACRC que inadmite un recurso con el siguiente contenido:

> *«este Tribunal es competente para conocer de cuantas infracciones en materia de contratación puedan plantear los licitadores o terce-*

ros interesados en los contratos incluidos en el ámbito del recurso especial del TRLCSP o de las reclamaciones de la Ley 31/2007, pero carece obviamente de competencia para dilucidar si un proyecto constructivo previo al inicio del expediente de contratación ha de someterse o no a tramitación ambiental... En definitiva, ni el recurso especial en materia de contratación del TRLCSP ni las reclamaciones de la Ley 31/2007 pueden configurarse como mecanismos universales de impugnación de cuantos defectos o irregularidades hayan podido cometerse con ocasión de la contratación pública».

La Resolución 347/2013, de 4 de septiembre del TACRC inadmite el recurso por referirse a un trámite previo al procedimiento de adjudicación.

En el mismo sentido se pronuncia el OARCC en sus resoluciones167/2013, 168/2013, 169/2013 pone de manifiesto que los actos previos al procedimiento de adjudicación no son susceptibles de recurso especial salvo que tengan conexión con alguna cláusula de los pliegos, al ser estos impugnables conforme a lo estipulado en el artículo 40.1 a) de la LCSP.

4. LA IMPOSIBILIDAD DE EMPLEAR EL RECURSO ESPECIAL PARA RECURRIR LA EXCLUSIÓN Y PARA LA ADJUDICACIÓN

La Resolución del OARCC 125/2013 pone de relieve que pese a que en el TRLCSP se permiten dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: el recurso especial contra el acto trámite cualificado, que podrá interponerse a partir de la fecha siguiente a la que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción, y el recurso especial contra el acto de adjudicación, que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del día siguiente al día en que se notifique la adjudicación , de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 de la LCSP, estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, por lo que en el supuesto de que la Mesa de Contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, éste podrá impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación

En la misma línea se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 103 /2013 de 2 de agosto de 2013.

> « al no poder ya resultar el recurrente adjudicatario del contrato, viene siendo doctrina consolidada de los distintos tribunales administrativos de recursos contractuales que el mismo no ostenta un interés legítimo para la interposición del recurso, más allá de lo que sería la satisfacción moral de ver estimadas sus pretensiones. »

5. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR

El art. 42 TRLCSP (antes 312 LCSP) reconoce legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación a «toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso». En todo caso se consideran legitimados los licitadores.

El criterio del legislador tanto en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es considerar el presupuesto de legitimación con carácter amplio. No obstante, esta legitimación debe matizarse en el sentido de que el interés legítimo debe ser un interés en sentido propio, cualificado o específico debiendo existir una relación univoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión. De modo que la anulación del acto recurrido produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto. Veamos algunos supuestos particulares.

5.1. LA ACTIVIDAD DEL RECURRENTE DEBE ESTAR RELACIONADA CON EL OBJETO DEL CONTRATO

La resolución Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 20/2013 no considera legitimada a la Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE),

Tras examinar el objeto de dicha Asociación el Tribunal concluye que dentro del ámbito de actuación de la asociación no cabe reconocer legitimación para la interposición del presente recurso.

> «la Asociación recurrente (AESTE) aporta el texto refundido de los Estatutos en los que consta en cuanto a su ámbito territorial y profesional que es "una organización empre-

> sarial de carácter sectorial y abarcando todo el territorio del Estado Español, sin ánimo de lucro, constituida para la coordinación, representación, fomento y defensa de los intereses empresariales y sociales comunes a los servicios de Dependencia, incluyendo como tales Centros de Día y de noche, Atención a domicilio, teleasistencia, discapacidad, salud mental y cualesquiera que se entiendan dentro del ámbito de la dependencia, dotada de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. En adelante el conjunto de todos estos servicios serán identificados como "servicios de atención a la dependencia" Se consideran dentro de Aeste los siguientes subsectores de actividad, dentro del SECTOR de la DEPENDENCIA: (…) SUBSECTOR DE ATENCIÓN A DOMICILIO (SAD): incluye servicios de ayuda a domicilio, tanto de actividades de atención personal, intervención o apoyo a actividades del hogar, que se presta a familias, personas mayores y otros colectivos de personas en situación de dependencia. »

5.2. EL RECURRENTE DEBE HABER PARTICIPADO EN LA LICITACIÓN O HABER PODIDO PARTICIPAR EN CASO DE MODIFICACIÓN DEL CONDICIONADO

El Acuerdo 38/2013, de 11 de julio del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, analiza la legitimación de unos recurrentes, que no participaron en la licitación –ni impugnaron el Pliego, ni el anuncio–, considerando que la regla general ex artículo 42 TRLCSP excluiría tal posibilidad, con la salvedad de que se acreditasen variaciones del contenido de las previsiones del Pliego que, desnaturalizando el objeto o el régimen jurídico, implicasen una alteración indebida, que de haber sido conocida, hubiera permitido presentar una oferta.

Los recurrentes intentan justificar su legitimación en el hecho de una nueva licitación efectuada una vez finalizado el plazo de presentación de propuestas, de reparación de una primera fase de las obras, que, en su opinión, altera el objeto de la licitación y el acto de adjudicación que se recurre, quebrando el principio de igualdad de trato, que exige que el objeto de la licitación sea cierto y no se altere posteriormente.

El Tribunal considera que de los elementos fácticos que constan en el expediente, justificados por el órgano de contratación en sus informes

los recursos y avalados por una Sentencia de la Audiencia Provincial de 2013, se acredita que el objeto inicial de la licitación que se recurre no ha sido objeto de modificación posterior, como intentan demostrar los recurrentes. Se trata de un contrato que si bien está relacionado con el objeto del contrato recurrido, encuentra fundamento en la ejecución subsidiaria por incumplimiento de la obligación de reparación de la Fase I por parte de la UTE recurrente.

Esta contratación, en modo alguno puede entenderse que afecta al procedimiento recurrido, pues ni se incluyó en el mismo, ni debió estarlo, pues corresponde a la primera fase de la licitación del contrato. Y, en consecuencia, no puede ser la causa de no concurrir por parte de las recurrentes –u otras empresas– a la licitación recurrida. Como es sabido, antes de la ejecución de las obras debe realizarse el acto de replanteo de la obra, con la finalidad de fijar correctamente la ejecución del contrato. Y resulta evidente que el adjudicatario de la Fase II podría exigir en ese momento la reparación de los defectos de esa Fase I, que eran notorios y conocidos por todos los posibles licitadores, y las distintas proposiciones se han realizado en base a esas condiciones, cumpliendo las exigencias del artículo 139 TRLCSP.

Por otra parte, en modo alguno puede la UTE recurrente justificar ahora una alteración del contrato por desconocimiento, cuando ellos, como contratistas de la Fase I, son directamente implicados y conocen bien la realidad del asunto debatido, que tiene su origen en su incumplimiento en la obligación de reparar los defectos de la obra inicial. Actitud que obliga al Departamento, con el fin de dar cumplimento a las finalidades del contrato de la Fase II y evitar dilaciones indebidas de indudable impacto ambiental y social, a ejecutar subsidiariamente dichas obras –que debió ejecutar la UTE recurrente– para que el contratista adjudicatario pueda cumplir correctamente y sin incidencias la Fase II del contrato.

En conclusión, la actuación administrativa se considera por el Tribunal correcta y diligente, y en modo alguno puede inferirse de la misma la pretendida vulneración del principio de igualdad y de transparencia, dado que no se ha alterado ni modificado el objeto, ni las reglas de la licitación, de las que, por su propia experiencia profesional, son buenos conocedores. No hay, en consecuencia, interés legítimo en

este caso para recurrir un acto de adjudicación por quien no participó en la licitación, por lo que, se carece de legitimación activa, y procede la inadmisión de los recursos.

El Acuerdo 3/2013 de 16 de enero de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se declara competente para conocer un recurso frente a una modificación contractual pero terminar por inadmitirlo porque es interpuesto por un licitador que considera que no tiene interés legítimo para la interposición del recurso.

Ello no obstante, y sin entrar a analizar si la modificación que se propone estaba o no prevista en el contrato, de lo anteriormente descrito se constata que la posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en si mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «ius variandi» en la medida en que esta juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato.

En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «ius variandi» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «ius variandi».

5.3. GRUPO DE TRABAJADORES

El acuerdo 60/2013, de 28 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón pone de manifiesto que un grupo de trabajadores por si mismo carece de legitimación para poder interponer recurso especial, pues de lo contrario se convertiría en una acción pública, no prevista en la Ley, que exige, además, un interés legítimo vinculado a la prestación del contrato.

Aun manteniendo un concepto amplio de legitimación, con independencia de que el recurso sea interpuesto por los trabajadores individualmente considerados, por el comité de empresa, o por los sindicatos representativos de los trabajadores, la decisión final se va a adoptar en función de si existe realmente ese interés legítimo, interés en sentido propio, específico y cualificado, que equivale a la titularidad de una posición de ventaja o de utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría, de prosperar esta, en la obtención de un beneficio de índole material o jurídico o en la evitación de un perjuicio, con tal que la obtención de un beneficio o evitación del perjuicio sea cierta y no meramente hipotética.

Esa es la línea doctrinal seguida por este Tribunal en su Acuerdo 1/2012, que examinaremos a continuación, y por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resoluciones 89 y 277/2011.

5.4. REPRESENTANTES DE TRABAJADORES

La Resolución nº 172/2013, de 14 de mayo del TACRC admitió la legitimación de los sindicatos respecto de la impugnación del contrato de colaboración público-privado en un Hospital de Cantabria.

> « *tiene una indiscutible incidencia en la ordenación de los recursos humanos de los servicios no clínicos del Hospital.... Por consiguiente, existe un planteamiento razonable de defensa de los intereses colectivos de ese personal por parte de las organizaciones sindicales recurrentes, suficiente para acreditar la exigida legitimación... »*

5.5. LEGITIMACIÓN INDIVIDUAL DE LOS CONCEJALES

En la pasada edición ya dimos cuenta del de debate si un concejal puede a título individual interponer recurso especial frente a una lici-

tación llevada a cabo por el Ayuntamiento del que es concejal. Debate que resolvía el Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que la admitía, sobre la base de que el TRLCSP ha optado por un régimen de legitimación amplio, reconociendo en su artículo 42 que estarán legitimados para la interposición del recurso todas las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Este año 2013, dicho tribunal, en su Acuerdo 66/2013, de 15 de noviembre, y 79/2013, de 23 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón[18], ha vuelto a confirmar su doctrina admitió el recurso de un concejal estableciendo distintas matizaciones.

> «En todo caso, el reconocimiento de esta amplia legitimación debe ser ejercida en el marco de los parámetros del deber de lealtad institucional que a todo cargo político se le exige, por el mero hecho de su pertenencia a una entidad local. La legitimación nunca puede acoger pretensiones que se basen en intereses ajenos a la tutela contractual. »

A juicio del Tribunal esto significa, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado donde es exigible como título legitimador un derecho subjetivo afectado, que basta el interés legítimo para tener legitimación procesal en vía de recurso especial.

Esta amplitud de legitimación es consecuencia directa de la dimensión pública de la actividad administrativa. Y es que el carácter vicarial de toda Administración pública ex artículo 103 CE habilita la legitimación a la revisión de su actuación a toda persona sobre quien, de forma directa o indirecta, incide esa actividad pública.

> En consecuencia, la legitimación contemplada en el artículo 42 TRLCSP, no se refiere únicamente a los licitadores, sino a cualquier persona física o jurídica cuyos intereses se vean afectados o perjudicados por la decisión impugnada.

18. Cuenta con la existencia de un voto particular que no considera legitimado al recurrente en los mismos términos que se hacía en el Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012.

5.6. LEGITIMACIÓN DE ASOCIACIONES

Se ha reconocido con carácter general la legitimación para interponer recurso especial de asociaciones cuando la licitación tenía relación con el objeto de la asociación y la defensa de los intereses de sus asociados. Ejemplos de ello fueron los Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 45/2013, de 2 de septiembre, en relación al Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid; el Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre, en relación a la Asociación de Empresas de Mantenimiento Integral y Servicios Energéticos; y el Acuerdo 57/2013, de 7 de octubre, respecto de la Federación de Empresas de Transportes de Mercancías de Zaragoza, respecto de asociaciones o colegios profesionales.

6. PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO

La interposición del recurso transcurrido el plazo previsto para ello es causa determinante de la inadmisión del recurso. Según indica el art. 44.2 TRLCSP (antes art. 314.2 LCSP), la presentación del recurso debe realizarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado.

Ésta es la regla general, que en la práctica se reconduce a la impugnación de las Resoluciones de adjudicación de los contratos, y en ese sentido debe entenderse la referencia que contiene el propio art. 44.2 TRLCSP a que la notificación del acto impugnado se remita «…de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4» (precepto que regula, precisamente, la notificación de las Resoluciones de adjudicación).

Sin embargo, el propio precepto indica luego algunas reglas especiales en cuanto al cómputo del plazo para interponer el recurso, en función del acto recurrido. Así,

a. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 TRLCSP.

b. Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

c. Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.

6.1. RECURSO CONTRA PLIEGOS QUE SE DAN A CONOCER MEDIANTE SU PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA

Una de las reglas especiales afecta a los recursos que se hayan de interponer contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales. Al tratarse de un recurso contra los pliegos, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su apartado a), señala que

> «el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley. »

En tal caso, el cómputo del plazo de quince días hábiles se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento.

Según la doctrina reiterada Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (véase por ejemplo Resolución 148/2012 de «12 de julio de 2012 o 130/2011 a 27 de abril) debía considerarse como fecha a partir de la cuál comienza a computarse el plazo para recurrir los pliegos el día hábil siguiente a la fecha límite de presentación de las proposiciones, momento a partir del cual ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos».

Ello, según el Tribunal, porque ante la imposibilidad de acreditar el momento en que los licitadores han obtenido los pliegos accesibles por medios electrónicos, esta es la mejor solución. Ello porque a partir de tal momento ya no podrá alegarse desconocimiento del contenido de los pliegos. Sin duda la interpretación de la norma por el Tribunal se hacía sobre el objetivo de posibilitar la interposición del recurso en un plazo suficiente desde que realmente era conocido[19].

La sentencia de 30 de octubre de 2013, de la sección sexta de la Audiencia Nacional (recurso contencioso-administrativo 264/2011) consi-

19. El mismo criterio seguía el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

dera que, cuando éstos se han puesto a disposición de los licitadores por medios electrónicos, el plazo debe computarse desde el anuncio o desde la fecha objetiva de puesta a disposición, no como venía manteniendo el TACRC desde la fecha límite de presentación de las proposiciones.

El TACRC adoptó de inmediato el criterio que clarificó la sentencia. Así lo hizo la Resolución 543/2013, de 22 de noviembre:

> « hasta la fecha este Tribunal venía considerando que en aquellos casos en que los pliegos rectores de la contratación se hubieran puesto a disposición de los interesados por medios electrónicos, los recursos o reclamaciones interpuestos contra ellos podían presentarse hasta transcurridos quince días hábiles desde el siguiente a la conclusión del plazo para presentar las ofertas... Las posibles disfunciones que el criterio establecido por este Tribunal pudiera haber producido habían sido, cuando menos, parcialmente corregidas por la doctrina posterior del mismo estableciendo que, si en el anuncio de la convocatoria pública se hacía constar la ubicación de los pliegos en alguna de las páginas web de referencia para la contratación, el plazo para recurrirlos comenzaría a contar desde el día siguiente a la fecha de publicación del anuncio...
>
> Sin embargo, el criterio tal como inicialmente lo hemos expuesto, ha sido recientemente rebatido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en lo relativo al plazo para interponer recurso o reclamación contra los pliegos cuando en el anuncio del Boletín Oficial del Estado figura el lugar en el que se pueden recoger... Atendiendo a este criterio que coincide en lo básico con el ya adoptado por el Tribunal de conformidad con la exposición del párrafo anterior, y habida cuenta de que en el anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado en el caso a que alude la presente reclamación figuraba la referencia al lugar en que podía accederse a los pliegos, es evidente que la reclamación debe considerarse interpuesta fuera de plazo».

7. EXISTENCIA DE PREJUDICIALIDAD A FAVOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En la estadística del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se daba cuenta de un asunto en que hubo existencia de

prejudicialidad. Se trata del Acuerdo 1/2014, de 13 de enero, en que se advierte tal situación al existir un recurso contencioso.

> «Existe, pues, una cuestión incidental, a modo de prejudicialidad, que –desde el respeto a la lógica de la arquitectura institucional de la jurisdicción contencioso-administrativa– obliga a que este Tribunal administrativo no deba resolver el recurso, ya que la resolución y decisiones del referido proceso contencioso pueden, además de influir en las cuestiones de fondo del recurso especial, producir una interferencia indebida en la competencia revisora del orden contencioso, y en los efectos de su fallo».

V. LA DOCTRINA DE LOS ÓRGANOS DE RECURSO. ASPECTOS MATERIALES O DE FONDO DEL RECURSO

En este apartado abordamos el análisis de algunas Resoluciones que, a lo largo de 2013, dictaron los órganos de recurso especial en relación con cuestiones «de fondo» o sustantivas. Para una mejor comprensión, las Resoluciones han sido sistematizadas en tres grandes bloques. El primer grupo de Resoluciones se refiere a cuestiones que traen causa de recursos presentados contra Pliegos de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas; un segundo grupo se refiere a la doctrina sentada al hilo de recursos presentados contra la adjudicación de contratos públicos; y por último, el tercer bloque, reúne un grupo heterogéneo de cuestiones relacionadas con el procedimiento de adjudicación, la obligación de subrogación de los trabajadores o la solicitud de aclaraciones por parte de los órganos de contratación, entre otras.

1. LOS PLIEGOS QUE HAN DE REGIR LA ADJUDICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Un primer bloque de cuestiones analizadas se encuentra relacionadas con la interpretación de determinadas cláusulas incluidas en los Pliegos o documentos que rigen la adjudicación y posterior ejecución del contrato.

1.1. REQUISITOS DE SOLVENCIA

Para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deben acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación, requisito que será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible.

1.1.1. Proporcionalidad de los requisitos de solvencia

Sobre la exclusión de un licitador por no disponer de los medios exigidos, entiende el TACRC que la disponibilidad de los medios que van a destinarse a la ejecución del contrato tiene un tratamiento diverso en el TRLCSP, y sus efectos dependen de los términos en que esté expuesta la obligación en los pliegos.

En la Resolución 290/2013 de 17 de julio, el TACRC considera que, en todo caso, el TRLCSP no dispone que se excluya al licitador por no acreditar en la fase de valoración la disponibilidad de los medios necesarios para la ejecución del contrato y entiende que «*las exigencias del órgano de contratación sobre disponibilidad de medios ofertados plasmadas en los pliegos deben reconducirse a los supuestos establecidos en el TRLCSP...: o la disponibilidad es una condición exigible al adjudicatario antes de la celebración del contrato (que puede llevar a que éste no llegue a celebrarse); o se configura como una obligación de ejecución esencial o no (que puede llevar a resolver el contrato o imponer penalidades); o bien, constituye un requisito de solvencia técnica. En este último caso, su falta de cumplimentación puede dar lugar a excluir del procedimiento al licitador, pero habrá de analizarse ello, previo otorgamiento de una fase de subsanación*».

1.1.2. Determinación y acumulación de los requisitos de solvencia

La nueva Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público modifica nuevamente el TRLCSP (11ª reforma del TRLCSP), y en lo que aquí interesa da nuevo contenido al artículo 75.1. Esta disposición no ha entrado en vigor[20].

20. Ver Circular 1/2014 de la Abogacía General del Estado.

En particular concreta como modos de acreditación de la solvencia económica y financiera uno o varios de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

a) Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

b) En los casos en que resulte apropiado, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

c) Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente.

La resolución del TACRC 556/2013 de 29 de noviembre de 2013 aborda es de interés por dos cuestiones: primero, porque analiza un pliego que ya contempla el uso de estos medios de solvencia y en segundo lugar por la doctrina que aborda en cuanto a la legitimación de uno de los integrantes para recurrir y la forma de cumplimiento de este requisito de solvencia.

El pliego requería entre otros los siguientes medios de acreditación de la solvencia

> *«i. Declaración responsable firmada y fechada por el representante de la empresa, ajustada al formato que figura en el Anejo, declarando el volumen de ingresos, resultado de las cuentas anuales, y los datos correspondientes al activo circulante, existencias y pasivo circulante, de hasta los tres últimos ejercicios disponibles, en función de la fecha de creación o inicio de las actividades del empresario.*
>
> *ii. Se exige el haber realizado en los tres últimos ejercicios, un volumen mínimo medio de negocio anual (ingresos) de cien mil euros, así como que el valor que se obtenga de restar el activo circulante de la empresa, el valor de las existencias y dividir el resultado así obte-*

nido por el valor del pasivo circulante, sea igual o superior a 1,00. »

El Tribunal consideró que dado que las empresas recurrentes concurrieron a la licitación como integrantes de la UTE a constituir por todas ellas, están legitimadas para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

En cualquier caso, ese Tribunal ha venido admitiendo, al amparo del artículo 42 del TRLCSP, la legitimación activa de cada una de las empresas integradas o a integrar en una UTE para formular el recurso especial en materia de contratación. Véanse, en este sentido, las Resoluciones 105/2011 (recurso 68/2011), 212/2011 (recurso 179/2011), 169/2012 (recurso 152/2012) y 184/2012 (recurso 169/2012), entre otras.

La cuestión de fondo planteada, no es otra que la de si los requisitos de solvencia deben concurrir necesariamente en todos y cada uno de los miembros que concurren bajo compromiso de formación de unión de empresarios, como sostiene en su resolución de exclusión el órgano de contratación, o si, por el contrario, tal y como sostienen las recurrentes, esta solvencia debe apreciarse de forma cumulativa e integradora entre los miembros de la UTE, de modo que la acreditación por parte de unos de sus miembros de la solvencia bastante se comunica, por así decirlo, a los que no pueden realizar tal acreditación.

Pues bien, ese Tribunal ha entendido, como así se manifestó en la Resolución 205/2012, de 20 de septiembre, que uno de los motivos principales para que las empresas se agrupen en UTE es sumar capacidades, sean éstas económicas, técnicas o profesionales.

Por tanto, el criterio general es el de la acumulación. Así lo establece el artículo 24 del RGLCAP relativo a las uniones temporales de empresarios, en cuyo apartado 1, podemos subrayar: «*1. En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento*».

Es decir, la norma general es la de la acumulación, aunque en caso de exigir la clasificación, la regla tenga características propias estable-

cidas legal (artículo 67 del TRLCSP) y reglamentariamente (artículo 52 del RGLCAP). Regla de acumulación que, en todo caso, exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de la UTE de algún tipo de solvencia para que pueda acumularse la misma.

En consecuencia, de acuerdo con el criterio expuesto, aunque alguna de las empresas que integran la UTE no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas en el pliego, –como sostiene la resolución impugnada en el supuesto aquí examinado– deberá procederse a la acumulación de la solvencia de las empresas que forman la UTE, de forma que si su sumatorio o acumulación alcanza los niveles requeridos en el PCP deberá entenderse que la UTE alcanza la solvencia exigida en el pliego.

En el mismo sentido, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 76/2013, de 17 diciembre, anula una exclusión por no aplicar la regla de que cuando se licita en UTE, el poder adjudicador está obligado a la admisión cuando una de sus integrantes cumple los requisitos exigidos.

> *«Es decir, la Mesa de contratación, en la primera reunión para valorar la solvencia, entendió que una de las empresas integrantes de la futura UTE ya cumplía los requisitos exigidos, motivo por el cual la debió dar ya por admitida, al ser conocido que basta que cumpla una de las empresas de la UTE las exigencias de solvencia. Basta recordar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2005, en la que, citando otras sentencias anteriores de 2 de julio de 1986 y 16 de noviembre de 1993, señala que "basta que una de las empresas que entra en la agrupación para optar a la adjudicación, cumpla los requisitos establecidos al efecto para que se entienda que dichos requisitos quedan cumplidos por la agrupación". Criterio aplicado también, entre otras, en la Resolución 44/2011, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid y en el Acuerdo 31/2012, de este Tribunal.*
>
> *Examinada la documentación que obra en el expediente, se constata como hecho indubitado que los recurrentes, han concurrido a la licitación al amparo de la fórmula recogida en el artículo 59 TRLCSP, que admite la posibilidad de concurrir a una licitación con el compromiso de constituir una unión de empresarios constituida temporalmente al efecto y que se formaliza, en su caso, tras la adjudicación. Posibilidad recogida expresamente en el PCAP en su cláusula 2.2.4.1.3ª».*

1.1.3. Disponibilidad de medios

El artículo 63 TRLCSP dispone lo siguiente*: «para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios*». La interpretación que ha de darse al artículo 63 TRLCSP, según la Resolución del TACRC 152/2013 de 18 de abril de 2013, es que el mismo permite la acreditación de la solvencia económica y financiera de la licitadora mediante medios externos, debiendo interpretarse la ausencia de referencia en el artículo 75 TRLCSP en el sentido de que no existe una limitación a la forma en que aquella acreditación podrá llevarse a cabo, siempre de conformidad con lo que el órgano de contratación haya establecido en los pliegos aceptados por el licitador. Ahora bien, la correcta interpretación del artículo 63 exige reconocer que es imprescindible para acreditar la solvencia económica la existencia de una prueba efectiva de que se dispone de esos medios. Y esta es la misma interpretación que se deduce del artículo 47 de la Directiva 18/2004 citada por el recurrente en su escrito de recurso.

En definitiva, se exige que exista prueba efectiva de la disponibilidad de medios, más aún cuando se pretende integrar la solvencia con medios externos.

> «Lo que está en discusión en el presente recurso no es la posibilidad de acreditar la solvencia económica por medios externos, sino si el recurrente ha acreditado disponer de una manera efectiva y para el concreto contrato de que se trata, de los medios de los que dice disponer. (...) En opinión de este Tribunal este compromiso sólo puede calificarse como genérico, ya que en el mismo, en ningún momento, se menciona el contrato para el cual se pone a disposición de la recurrente, de una manera concreta, los medios de la otra sociedad del grupo. El hecho de que el documento fuera confeccionado con posterioridad a la presentación de la documentación inicial por el licitador excluido, y que en él se declare la existencia de un acuerdo para poner a disposición los medios de PWC CORPORATE FINANCE, no implica que ese acuerdo fuese específico para el presente contrato que es, lo que en opinión de este Tribunal, debió haber acreditado

> la recurrente. Además, con la documentación aportada en el trámite de subsanación no se encuentra ese acuerdo, que debe ser específico y concreto para el contrato de que se trate, sino que la recurrente se limitó a aportar una simple declaración de los apoderados de la sociedad filial. »

En otro orden de cosas, la resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 103/2013 de 2 de agosto de 2013 conoció de un recurso en que se recurría la adjudicación teniendo con motivo la invalidez del acto de adjudicación como consecuencia de la improcedente admisión a la licitación de la empresa que resultó adjudicataria, toda vez que ésta no reunía los requisitos mínimos de solvencia técnica exigidos en el PCAP y debió haber sido excluida del proceso. Afirma el Tribunal que la Administración no puede estimar acreditada la solvencia técnica exigida, con la presentación por la adjudicataria de una mera relación de personas (en cuanto a la exigencia de una serie de personal como medio de solvencia) propuestas para la ejecución del contrato.

> « no se puede dar la razón al órgano de contratación pues la mesa de contratación sí debió velar porque cada licitador acreditara el requisito de solvencia exigido en cuanto a la disponibilidad efectiva de los medios personales propuestos, bien a través de los vínculos contractuales existentes con su personal, bien a través de un vínculo o compromiso de otra naturaleza con base en lo dispuesto en el artículo 63 del TRLCSP. (...) Este Tribunal considera que la empresa X no acreditó debidamente el cumplimiento del requisito mínimo de solvencia técnica exigido en el Anexo 111 del PCAP consistente en la puesta a disposición del Director de los trabajos de cinco personas con el perfil profesional allí definido. En este sentido, respecto a tres de los siete perfiles ofertados no probó su disponibilidad efectiva para la ejecución de los trabajos, razón por la que no alcanzó el mínimo exigible en el pliego para acreditar el cumplimiento del requisito de solvencia técnica en cuestión. »

1.1.4. La solvencia cuando existen varios lotes

La Resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 75/2013 de 21 de junio de 2013, pone de manifiesto que cuando se concurre a varios lotes (con carácter general y

atendiendo al pliego de condiciones) es posible solicitar solvencia para cada lote. Señala el Tribunal que los distintos licitadores pueden presentar oferta a todos o solo a alguno/s de los lotes que se convocan a licitación, lo que unido a que el PCAP exija como medio para acreditar la solvencia económica y financiera el disponer de fondos propios que representen «*un 40% del importe del contrato*», dicho importe ha de ir referido al importe de los lotes a los que licita la empresa en cuestión.

> «Por tanto, no se puede admitir, como alega el recurrente, que el importe del contrato a efectos de acreditar la solvencia económica de los licitadores vaya referido, en todo caso, al importe total (valor estimado) que recoge el Anexo 1 del PCAP, puesto que en caso de que un licitador solo presente oferta a uno de los dos lotes, la solvencia económica exigible ha de ir referida al 40% del importe de dicho lote pero no del total. De otro modo, se estaría exigiendo la misma solvencia económica al licitador que presenta oferta a un solo lote que al que la presenta a los dos lotes. Ahora bien, hubiera sido más correcto que se hubiera especificado en el PCAP que se exigía como solvencia económica el acreditar disponer de fondos propios que representen un 40% del importe del lote o lotes a los que se concurra.»

1.1.5. Criterios de solvencia versus criterios de adjudicación versus condiciones de ejecución

A menudo los poderes adjudicadores confunden los criterios de solvencia con los criterios de adjudicación. Mientras que los primeros son propios de los licitadores los segundos conforman la oferta en relación con el contrato.

Resulta de interés la Resolución del TACRC 235/2013 de 20 de junio de 2013, en que se impugnaba la cláusula del condicionado que valoraba el mayor volumen de oficinas ofertado, que exceda del exigido como mínimo en los medios a adscribir en la ejecución del contrato como condición especial de solvencia.

Se plantea si las condiciones de solvencia pueden servir, a su vez, de base para la valoración de las ofertas. Planteada en términos generales, es evidente que no cabe admitir tal posibilidad. Cita el Tribunal su

resolución 187/2012, de 6 de septiembre, en la que afirma ser necesario distinguir dos fases procedimentales:

> *«dos fases del procedimiento de licitación, por un lado la de valoración de la solvencia de las empresas y por otro la de valoración de sus ofertas. A estos efectos conviene traer a colación el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que, con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se expone que: "El Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios de que he han de disponer para la ejecución del contrato (solvencia) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes"».*

Alude al informe de la JCCA 45/2002 el cual concluye que acoge la misma tesis.

> «La valoración de la solvencia de las empresas y la valoración de las ofertas son dos operaciones distintas que se rigen por normas diferentes, por lo que se ha de reiterar el criterio mantenido por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en anteriores informes que se han citado, en el sentido de que los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de la solvencia y que tienen por finalidad determinar la capacidad económica y técnica de las empresas para la ejecución del contrato, no pueden ser valorados para determinar la mejor oferta. »

Cita asimismo la Resolución del TACRC 220/2012, de 3 de octubre, en la que enfatizan en la necesidad de distinguir entre criterios de solvencia de la empresa que constituyen características de la misma y los criterios de adjudicación que deben referirse a las características de la oferta, habiéndose utilizado esta diferenciación, fundamentalmente, para excluir la utilización como criterios de adjudicación de cuestiones tales como la experiencia de la empresa en la ejecución de contratos similares y otros de naturaleza análoga, que nada aportan en relación con la determinación de la calidad de la oferta efectuada por el licitador.

Y ello porque lejos de referirse a cualidades de ésta última, lo hacen a circunstancias de la empresa licitadora considerada en su conjunto.

Concluye el Tribunal que los criterios que sirven para de verificar la aptitud de los licitadores para contratar y los medios que los órganos de contratación pueden utilizar como acreditativos de tal aptitud no deben servir de base para determinar la oferta económicamente más ventajosa. Sin embargo, en este caso el recurso se desestima pues el Tribunal estima apropiada la existencia de una valoración que exceda del mínimo exigido.

> «Este no es el caso que analizamos en la presente resolución. Expresamente declara el pliego de cláusulas, en aquella que es objeto de impugnación en el presente recurso, que la valoración versará sobre "el mayor volumen de oficinas ofertado, que exceda del exigido como mínimo". Es decir, no se valoran los medios cuya adscripción a la ejecución del contrato se considera indispensable para acreditar que se dispone de la solvencia técnica suficiente, sino precisamente los que exceden de ello.
>
> .. no se trata de características de la empresa lo que se pretende valorar con ellos, sino de características que afectan clara y directamente a la oferta, por cuanto, es evidente, que cuanto mayor y mejor sea la red de oficinas, unidades de reparto, centros de tratamiento de los envíos y un control sobre los plazos de entrega, mejor será la prestación del servicio, lo cual incide claramente en la calidad del mismo.»

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Concordia Bus Finland despejó toda duda a este respecto al permitir que criterios medioambientales, que se configuran por la Directiva como elementos definidores de la solvencia técnica, puedan, sin embargo, tenerse en consideración para valorar la oferta siempre que en ellos concurra la condición de vinculación con el objeto del contrato.

El Acuerdo 4/2013 de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra enjuicia la valoración del criterio de adjudicación consistente en la atribución de 20 puntos a quien adscribiera al equipo «*más de 2 personas*». La recurrente obtuvo tan solo 10 puntos y considera que debió ser valorada con 20 puntos. El Tribunal considera que es un criterio de adjudicación válido porque supone un añadido, un

plus de valor al equipo mínimo establecido como criterio de solvencia técnica.

Ese mismo Tribunal intentó diferenciar estos 3 conceptos (solvencia técnica, criterio de adjudicación y condición de ejecución o prescripción técnica) en el Acuerdo 49/2013 de 17 de diciembre.

Según dicho tribunal, la solvencia técnica garantizaría que el licitador concurrente reúne la adecuada capacidad técnica y profesional y, en definitiva, que dispone de la aptitud necesaria para la ejecución de los contratos. Los medios que cabe exigir para ello son exclusivamente los previstos en el artículo 14 de la LFCP que derivan de los enumerados en el artículo 48 de la Directiva 2004/18/CEE (sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1982, asunto 76/1981, Transporoute). Sería la primera fase del procedimiento de adjudicación que consiste en verificar la aptitud de los operadores económicos admitidos al procedimiento de contratación mientras que la segunda consiste en la adjudicación del contrato, que debe realizarse basándose en los criterios de adjudicación establecidos (Informe 6/2011, de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña). Los criterios de solvencia deben reunir los siguientes requisitos: figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio del contrato, ser criterios determinados y no meras generalidades, estar relacionados con el objeto y el importe del contrato, y asegurar que en ningún caso, puedan producir efectos de carácter discriminatorio. Además, el nivel de solvencia será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación y al importe de aquel. Véase al respecto el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 36/07, de 5 de julio de 2007.

Por su parte, los criterios de adjudicación tienen como función servir de base para seleccionar a las ofertas más ventajosas de las admitidas. El Tribunal Supremo los define –Sentencia de 18 de febrero de 2002– como las pautas, parámetros o directrices según los cuales la Administración va a valorar y seleccionar la oferta que en su conjunto ofrezca mayores ventajas para la ejecución del contrato.

Como peculiaridad de la legislación de Navarra, quizás interesante a efectos de incorporación a la legislación estatal es el artículo 51 de la LFCP . Permite adjudicar el contrato tomando en cuenta exclusiva-

mente el precio ofertado u otros criterios que permitan determinar la oferta más ventajosa. En este segundo caso requiere que los criterios estén definidos de forma precisa, especificando su importancia relativa y obliga a que estén vinculados con el objeto del contrato y obliga a que un mínimo del 50% del total pueda obtenerse por la mera aplicación de fórmulas. No deberán hacer referencia a características de las empresas licitadoras –pues entonces estaríamos ante un criterio de capacidad o solvencia– y en definitiva, deberán ir dirigidos a determinar cuál de las ofertas o proposiciones presentadas es la más ventajosa.

En cuanto a las condiciones de ejecución del contrato que pueden venir previstas tanto en el pliego de condiciones administrativas como, más normalmente, en el pliego de prescripciones técnicas, que son obligaciones que se introducen para el adjudicatario del contrato y cuya razón de ser es su necesidad para la ejecución correcta del mismo o por la introducción de mejoras fundamentales con respecto a su objeto.

En relación con la adscripción de medios como plus de solvencia es de mucho interés el Acuerdo 42/2013, de 7 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón donde se estima el recurso por entender que solamente se le puede exigir a la UTE que acredite que cuenta con los medios personales a los que se refiere el compromiso de adscripción de medios si resulta adjudicataria del contrato, por lo que para su admisión a la licitación basta con la mera aportación del compromiso, en este caso en concreto mediante certificación de la empresa licitadora.

1.1.6. La Mesa debe verificar, cuando proceda, la solvencia

Las Resoluciones 152/2013 de 2 de octubre, y 187/2013, de 20 de noviembre del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ponen de manifiesto que la Mesa de contratación y el órgano de contratación no pueden limitarse a admitir la declaración presentada por las empresas a los efectos de probar la solvencia económica, o en su caso el cumplimiento de criterios de desempate sin contrastar el alcance de tales declaraciones. Afirma el Tribunal que «*la acreditación de los criterios de solvencia debe hacerse por cualquier medio que permita al órgano de contratación conocer su veracidad. Aunque inicialmente la Ley admite una declaración responsable, la misma ha de ser susceptible de comprobación*».

Al respecto de esta cuestión es obligado aludir a la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización. Esta norma, modifica, una vez más el TRLCSP, en concreto, en lo que aquí interesa, el 146 en sus apartados 4 y 5 permitiendo al órgano de contratación, si lo estima conveniente, que establezca en los pliegos que la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 (personalidad jurídica y representación, clasificación – solvencia técnica o profesional y económica o financiera, no incursión en prohibición de contratar, cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas) se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. Más que una potestad es un derecho de licitador cuando se trate de contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 euros y de suministros y servicios con valor estimado inferior a 90.000 euros.

Al respecto, la medida es muy favorable, especialmente para las PYMES y reduce los costes de licitación que revertirá en una mayor participación y en que, en definitiva, las empresas se centren en preparar sus ofertas y no en cuestiones formales que carecen, salvo para el adjudicatario de relevancia en el momento procedimental inicial.

Sin embargo, hay que poner el acento en que esta previsión que ahora se realiza no es desconocida en nuestro país. Navarra, ya desde el año 2006 no tiene entre sus medios de acreditación la solvencia y además permite con carácter general que los pliegos contemplen la declaración responsable en sustitución de esa documentación (artículo 54.4 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos). El problema que se ha venido verificando en Navarra, es únicamente el relativo a la solvencia. Si ligamos la sustitución de la documentación acreditativa de la solvencia por la declaración responsable al aumento del importe en que es exigible la clasificación empresarial y a los nuevos medios de exigencia de solvencia –teniendo también en cuenta la modificación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica[21], el problema de alguien que declara ser solvente y luego no lo es– a pesar de que el momento para apreciar la concurrencia de los requisitos de capa-

21. Sobre la no entrada en vigor de la Ley 25/2013 a la espera del desarrollo reglamentario del TRLCSP, véase la Circular 1/12014 de la Abogacía General del Estado.

cidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración es el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones está servido. En este sentido, la norma estatal prevé cuando comprobar la realidad de la declaración –que es a lo que apelan las resoluciones citadas–.

> «En todo caso el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato. »

Omite este precepto cuestiones importantes que sí aborda el artículo 54.4 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos:

> « En tal caso, el licitador a cuyo favor vaya a recaer la propuesta de adjudicación deberá acreditar la posesión y validez de los documentos exigidos en el plazo máximo de siete días desde que la mesa de contratación o la unidad gestora del contrato, en su caso, le notifiquen tal circunstancia.
>
> La falta de aportación de la documentación necesaria en dicho plazo supondrá la exclusión del licitador del procedimiento, con incautación de las garantías constituidas para la licitación o con abono por parte de éste de una penalidad equivalente al 5 por 100 del importe estimado del contrato e indemnización complementaria de daños y perjuicios en todo lo que exceda dicho porcentaje. »

Las diferencias entre uno y otro precepto, son básicamente el establecimiento de un plazo para la entrega de la documentación acreditativa, y en caso de falta de aportación o de aportación insuficiente una penalidad del 5% del valor estimado e indemnización complementaria. Existe por tanto una laguna por parte del legislador estatal que debiera ser completada, pues no parece oportuno que si no se prestó garantía provisional se haga una interpretación analógica para requerir tal cuantía.

Se plantea en todo caso un grave problema. ¿A quién se adjudica el contrato que deja el contratista incapaz o insolvente? ¿Hay que efectuar una nueva valoración de las ofertas en todos sus apartados-criterios obtenidos con fórmula y los sometidos a un juicio de valor? ¿Hay que efectuar una interpretación analógica a los supuestos de resolución y adjudicar el contrato al siguiente clasificado? El mayor problema viene

a mi juicio por la presentación de ofertas simuladas, o sin llegar a tal extremo, por el hecho de que en la valoración general hayan influido aspectos de la oferta excluida que hayan desvirtuado los criterios. Mi opinión más justificable es que la adjudicación recaiga en el siguiente. Pero, sinceramente, considero que si hay diferencias sustanciales en las puntuaciones producidas por el licitador excluido debería volverse a repuntuar las ofertas.

1.2. LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

Uno de los contenidos más importantes de los Pliegos de los contratos públicos son los criterios de adjudicación. En relación con los mismos, diferentes órganos de recurso han manifestado en varias resoluciones que su función en relación con los mismos 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 resulte racional y razonable.

Los Tribunales de recurso han realizado una labor de depuración conceptual sobre la forma de prever y valorar estos criterios. En cuanto al otorgamiento de las valoraciones tras la aplicación de los mismos, estos órganos han enfatizado en que su control es formal cuando la evaluación responde a criterios estrictamente técnicos.

Estos criterios técnicos no pueden ser corregidos mediante la aplicación de criterios jurídicos por el Tribunal que no puede, en definitiva, sustituir el juicio técnico de la Mesa en tanto se cumplan las formalidades jurídicas, exista motivación y la misma resulte racional y razonable.

1.2.1. La forma de valorar los criterios de adjudicación. La necesidad de determinación previa

Los criterios de adjudicación, su ponderación y la forma en que su valoración se llevará a cabo, deben hacerse constar expresamente en el Pliego. El OARCC critica en sus Resoluciones 15/2013, 24/2013,28/2013, 31/2013, 42/2013, 44/2013, 58/2013, 64/2013, 69/2013, 90/2013, 95/2013, 108/2013, 109/2013, 114/2013 que los criterios de adjudicación queden sin delimitarse perfectamente en su contenido y sus parámetros de va-

loración y cuestiona la práctica de que se atribuya a las empresas licitadoras la carga de elaborar su oferta sin conocer el alcance de estos criterios.

Por otra parte, la Resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 75/2013 de 21 de junio de 2013, analizaba la adjudicación del contrato enjuiciando si la valoración que se ha realizado de las ofertas se ha realizado con arreglo a los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, y dentro de ello si se han cumplido las reglas o límites que rigen la valoración propia de la doctrina de la discrecionalidad técnica.

Afirma que sobre los criterios de adjudicación y su ponderación es preciso citar la Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2008 SIC (STJUE 2008,10) en el asunto Alexandroupulis, que recoge la doctrina mantenida en anteriores sentencias señalando que 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.

Y ello en virtud de respeto a los principios de igualdad de trato y transparencia, que «exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa a los mismos».

> «En este caso, se observa que el PCAP ha establecido los criterios de adjudicación y la ponderación relativa entre ellos como exige el artículo 150 del TRLCSP, sin embargo, el criterio de la valoración cuestionado puede inducir a confusión, puesto que del tenor literal del mismo no resulta cómo ha hecho la valoración el órgano de contratación, puesto que el PCAP no indica que se valorará la reducción del tiempo máximo de recepción de las muestras recogidas en los laboratorios de determinación de todos los indicadores, sino que se refiere sólo a "en los laboratorios de determinación de los indicadores" y añade que se valorará de O a 10 puntos y "a 10 horas o menos le corresponde la máxima puntuación".

Así, en el caso del recurrente se le otorgaron o puntos en este criterio porque, según el informe técnico de valoración, "la empresa no cuenta con laboratorio de recepción de muestras acreditado en estos parámetros a menos de lo h desde cualquier toma de muestra (considerando unas cuatro estaciones en una jornada de campo) de ningún grupo de cuatro estaciones. El laboratorio de Sevilla no cuenta con el 80% de las acreditaciones exigidas. La UTE cuenta con otros laboratorios acreditados, pero no se entregan en ellos ninguna de las muestras tomadas ese día, por lo que la puntuación debe ser o". La valoración de tal criterio, respetando siempre el ámbito de la discrecionalidad técnica de los órganos de contratación y sin que se pretenda hacer una valoración alternativa por este Tribunal, no se ha realizado de acuerdo con el tenor del PCAP, sino atendiendo a criterios que no fueron los que se recogieron en el mismo. Los criterios deben garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad de trato a los licitadores y de transparencia por lo debería haberse hecho la valoración de acuerdo con lo indicado en el PCAP y en su caso, haber realizado la graduación con que debía puntuarse tal criterio en función de la reducción del plazo de entrega de las muestras en los distintos laboratorios acreditados para cada uno de los parámetros correspondientes. A este respecto se recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 2002, en el asunto C-470199 Universale-Bau contra Entsorgungsbetriebe Simmering GMBH, donde indica, en relación con la obligación de incluir en el pliego de cláusulas administrativas los criterios de adjudicación, que esta obligación «tiene por objeto, precisamente, hacer posible que los licitadores conozcan, antes de preparar sus ofertas, los criterios de adjudicación a los que éstas deben responder así como su importancia relativa, garantizando de esta forma el respeto a los principios de igualdad de trato a los licitadores y de transparencia(..) hay que estar al tenor del PCAP para puntuar los criterios de adjudicación valorables mediante juicio de valor, y aun respetando el margen de discrecionalidad técnica en la valoración de los mismos, lo que no puede hacerse es valorarlos de forma diferente a lo que indica el propio PCAP, de acuerdo con lo expuesto, lo que es contrario a los principios de igualdad de trato y transparencia"».

El Acuerdo 5/2013, de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, enjuiciaba un expediente donde la Mesa había alterado los criterios de valoración establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en particular, como gráficamente afirmaba el recurrente «*las puntuaciones indicadas en el PCAP estaban desmenuzadas con una puntuación inferior que, en la suma del resultado final, no variaba del que se había señalado de manera pública en el PCAP*». Señala al respecto el Tribunal que:

> «la jurisprudencia tiene declarados de forma reiterada (por todas la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –STJUE– de 24 de enero de 2008) los siguientes principios: a) Las directivas imponen a las entidades adjudicadoras velar por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios. El principio de igualdad de trato, consagrado de este modo, comporta también una obligación de transparencia. b) Cuando el contrato deba adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, las entidades adjudicadoras mencionarán, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar, si fuera posible en orden decreciente de importancia atribuida.
>
> *E*sta disposición, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos.
>
> Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores. El Tribunal dice en la misma Sentencia que estas afirmaciones no contradicen la interpretación realizada por el mismo Tribunal en su Sentencia de 24 de noviembre de 2005, en un asunto en el que tanto los criterios de adjudicación y sus coeficientes de ponderación como los subcriterios relativos a dichos criterios habían sido previamente fijados y publicados en el pliego de condiciones

> y, no obstante, la entidad adjudicadora en cuestión fijó a posteriori, poco antes de la apertura de las plicas, los coeficientes de ponderación de los subcriterios.»

En este caso, el Tribunal declaró que no se opone a tal forma de proceder si cumple tres condiciones muy precisas, que:

- no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de la licitación;
- no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; y
- no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.

En consecuencia, concluye que conforme a la STJUE de 24 de enero de 2008, la Directiva 2004/18 interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos y de la obligación de transparencia que se deriva de dicho principio, se opone a que, en un procedimiento de licitación, la entidad adjudicadora fije a posteriori coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.

Puede verse en el mismo sentido el Acuerdo 64/2013, de 6 de noviembre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

La inalterabilidad de los pliegos y la imposibilidad de modificarlos con carácter previo a la adjudicación so riesgo de nulidad se enfatiza en la Resolución Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 1/2013.

> «la valoración realizada de la documentación técnica presentada por x para cuya evaluación se emplearon criterios que variaron durante el procedimiento de licitación, no debería considerarse como válida ni admisible, habiendo incurrido en muestras evidentes de falta de rigor.
>
> Por otro lado los pliegos son inalterables, de manera que una vez que estos han sido definitivamente aprobados y publicados deben ser observados por los licitadores y no pueden ser modificados por los órganos de contratación ni durante

> la licitación, ni mucho menos, como en este caso, una vez adjudicado el contrato y por lo tanto conocidas las proposiciones de los licitadores. En caso contrario se atentaría contra el principio de libre concurrencia que debe presidir la contratación administrativa, así como el de transparencia, vulnerando además del procedimiento de contratación, el procedimiento legalmente establecido para la modificación de los actos administrativos.(..)
>
> Los pliegos son inalterables, de manera que una vez que estos han sido definitivamente aprobados y publicados deben ser observados por los licitadores y no pueden ser modificados por los órganos de contratación ni durante la licitación, ni mucho menos, como en este caso, una vez adjudicado el contrato y por lo tanto conocidas las proposiciones de los licitadores. En caso contrario se atentaría contra el principio de libre concurrencia que debe presidir la contratación administrativa, así como el de transparencia, vulnerando además del procedimiento de contratación, el procedimiento legalmente establecido para la modificación de los actos administrativos. Por lo tanto resulta claro que en este caso la modificación de los pliegos se ha realizado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, lo que determina la nulidad de tal modificación, ex artículo 32 del TRLCSP en relación con el artículo 62.1. e) de la LRJ-PAC, y en consecuencia por aplicación de lo dispuesto en el artículo 64 del mismo texto legal, también resultaría nula la Resolución de 27 de julio de 2012, en cuanto deja sin efecto la adjudicación efectuada a favor de la recurrente. »

1.2.2. La solicitud de aclaraciones a los licitadores

La resolución del OARCC 134/2013 pone de manifiesto que la solicitud de aclaraciones es excepcional y deben respetarse los límites que ha determinado la jurisprudencia del TJUE al respecto.

1.2.3. La valoración de las mejoras

El criterio de adjudicación consistente en la posibilidad de «mejorar» las previsiones del condicionado no es ni más ni menos que una forma de permisión de variantes. Ya en el año 2012 hicimos referencia

expresa a los requisitos que debe reunir su previsión en el condicionado.

En esta edición pondremos énfasis en la consecuencia de su defectuosa previsión: la nulidad de pleno derecho y en consecuencia la posibilidad de ser cuestionadas en fase de adjudicación del contrato aunque el pliego no hubiera sido recurrido.

Los pliegos son la Ley del contrato, y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, por lo que, en virtud del principio de congruencia, y teniendo en cuenta que la entidad recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes (Resoluciones del TACRC 152/2013 de 18 de abril de 2013, 142/2012, de 28 de junio y 271/2012, de 30 de noviembre).

En consecuencia, teniendo en cuenta que los pliegos no han sido impugnados, la acreditación de la solvencia económica por la recurrente habrá de ajustarse a lo indicado en el pliego, pero ante una cláusula nula de pleno derecho todos los tribunales se pronuncian a favor del conocimiento y de la posibilidad de anulación del condicionado aun ante la adjudicación del contrato.

En este sentido la Resolución del TACRC 69/2012 de 21 de marzo de 2012. En el caso que se enjuiciaba la admisión como mejoras de las ofertadas por los licitadores y la determinación del valor atribuible a cada una de ellas queda al arbitrio del órgano de contratación sin más limitación que la derivada del propio pliego al exigir que las mejoras ofertadas no impliquen incremento del precio.

> «En tales términos es evidente que en la aplicación de las cláusulas del pliego no queda garantizada la necesaria igualdad ni el trato no discriminatorio de las diferentes ofertas presentadas. En consecuencia, debemos plantearnos la cuestión de si tal cláusula es, de aplicación obligatoria a pesar de todo o si, por el contrario, debe considerarse como no puesta. Aplicando esta doctrina al caso presente debemos destacar que en las cláusulas cuyo contenido se ha transcrito previamente queda manifiesta la insuficiente regulación de las mejoras habida cuenta de que ni figuran detalladas, ni se expresan sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente quedando

> claro asimismo que tampoco figuran los criterios a seguir para su valoración, lo que ha obligado a fijar a posteriori reglas y subcriterios de valoración a la comisión designada para llevarla a cabo en franca contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia mencionada anteriormente.
>
> ...Siguiendo una insistente doctrina del Tribunal Supremo, los pliegos que rigen la licitación y ejecución de los contratos constituyen la ley de los mismos. Ello significa, en principio, que de no haber sido impugnados en tiempo y forma y declaradas nulas algunas de sus cláusulas deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto en todo momento las que sean nulas de pleno derecho....
>
> Atendidos los razonamientos que preceden resulta claro que sólo debe declararse la nulidad de pleno derecho de las cláusulas del pliego correspondiente que se refieren a las mejoras y a su valoración debiendo acordar la improcedencia de su aplicación.
>
> Asimismo, el Tribunal, al apreciarla, no debe hacerla extensiva al resto de las cláusulas que integran el pliego afectado, puesto que, dada la plena independencia de unas respecto de las otras pueden, permanecer invariables a pesar de la anulación que acordamos. En consecuencia, procede la aplicación del artículo 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a cuyo tenor: "El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción" y en base de lo en él dispuesto declarar la conservación de todos los restantes actos y trámites del procedimiento (...). »

En el mismo sentido el Acuerdo 6 /2013, de 16 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra enjuiciaba un recurso dirigido expresamente ante el alcance del siguiente criterio de adjudicación: «*Mejoras u otros servicios, que puedan interesar a la Universidad, referentes al mantenimiento objeto del contrato: 15 puntos. Se valorarán*

especialmente las referidas a la mejora de la centralización y automatización del riego automático»[22].

El Tribunal ponía de relieve que «*la discrecionalidad administrativa no es un ámbito exento o excluido del orden jurídico, sino que se enmarca en éste, y, en este sentido, resulta incuestionable la necesidad de que los pliegos fijen sobre qué elementos y en qué condiciones pueden presentarse mejoras por los licitadores, así como cual vaya a ser la ponderación de las mismas*».

> «la existencia de una valoración de mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados supone una infracción material del principio de igualdad que debe ser conocida por este Tribunal sin que pueda aceptarse que la no impugnación del pliego obliga a los licitadores a estar y pasar por cualquier valoración de las mejoras, afirmación esta última que no puede entenderse como una contradicción de la doctrina jurisprudencial antes mencionada en relación con la impugnación de los pliegos pues dicha doctrina contempla como excepción el supuesto de que la cláusula afectada sea nula de pleno derecho. Y no de otra forma debe ser calificada a tenor de lo dispuesto en el artículo 32.1 del Texto Refundido de la Ley de contratos del sector público en relación con el 62.2 a) de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre una cláusula de la que puede derivar, sin miedo a violentarla, una valoración de las ofertas contraria al principio de igualdad y de trato no discriminatorio. En efecto dicho precepto declara nulos de pleno derecho los actos administrativos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, entre los cuales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española, debe considerarse incluido el derecho a la igualdad ante la Ley. »

Igualmente la Resolución 5/2014, de 20 de enero de 2014, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi califica de nulo de pleno derecho todo el pro-

22. El Acuerdo 43/2013, de 22 de noviembre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra pone de relieve que no es posible cuestionar la aplicación de las cláusulas de un condicionado cuando éste no ha sido recurrido en plazo, por devenir firme y consentido por éste. Ello siempre que se trate de un vicio de anulabilidad, pues los vicios de nulidad, como han entendido todos los tribunales de recurso de España, puede ser apreciado, incluso de oficio por el Tribunal –como hemos efectuado en varias ocasiones durante 2013–.

cedimiento de licitación al no preverse elemento alguno sobre el que podían versar las mejoras.

1.2.4. Criterios de adjudicación inadmisibles

Diversas Resoluciones de órganos de recurso se han centrado en el análisis de la admisibilidad de algunos criterios de adjudicación incluidos en los Pliegos de cláusulas administrativas de los contratos.

La Sentencia de 7 de marzo de 2013 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, rectificó el criterio mantenido por el Tribunal sobre la utilización del sorteo para el desempate entre ofertas al señalar que tal opción es un procedimiento inaplicable fuera de las subastas.

Por otra parte, el Acuerdo 64/2013, de 6 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón pone de relieve una mala práctica al señalar los criterios pero no afirmar cómo se va a proceder a valorar las ofertas. El Tribunal afirma que los criterios deben ser suficientemente transparentes tanto en su finalidad y vinculación con el objeto del contrato, como con la fórmula de puntuación, que debe ser previamente conocida por los licitadores. Esto supone que no es suficiente la simple determinación de la puntuación a otorgar a un criterio.

> *«Es necesario que los distintos coeficientes de ponderación y subcriterios relativos a los criterios de adjudicación se establezcan en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación de forma clara e indubitada, como bien advirtiera la STJUE 24 enero 2008 (Lianakis). De lo contrario, queda en entredicho el principio de transparencia en relación al principio de igualdad de trato, debiendo justificar su decisión sobre la base de criterios objetivos. Por otra parte, la STJUE de 24 de noviembre de 2005 (TI EAC Srl y Viaggi di Maio Snc) ya destacó que el Derecho comunitario no se opone a que una Mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones, siempre que tal decisión: a) no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación; b) no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de*

> *las ofertas, habrían podido* influir en tal preparación; c) no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores.
>
> Sin cumplir estos requerimientos en la concreción de la función y ponderación de los criterios objetivos se incumple la exigencia de una debida transparencia, lo que imposibilitaría la armonización de dos principios básicos, como son el respeto a la competencia exclusiva de las entidades contratantes para valorar la propuesta de los particulares en relación con el fin público y, por otro, salvaguardar el derecho de los licitadores a conocer de antemano los baremos que regirán la adjudicación del contrato. »

En cuanto a los criterios para la resolución de empates, la Resolución 31/2014, de 17 de enero del TACRC, se considera que el sorteo es la solución adecuada, al no haberse establecido en los pliegos criterio alguno de desempate ni hacer referencia, aunque fuera indirecta, a los criterios opcionales indicados en la Disposición adicional cuarta del TRLCSP. Fundamenta su conclusión en que al «*adoptar la mesa de contratación un criterio de desempate, después de conocidas todas las valoraciones, tal criterio debe estar exento de cualquier duda de posible arbitrariedad*». De la misma manera que la Mesa de contratación opta para dirimir el desempate por considerar el número de criterios de valoración en que gana cada oferta (la propuesta como adjudicataria ganaba en tres de los cinco criterios) «*se podría haber optado por una solución contraria, igualmente razonable, si la preferencia se hubiera establecido tomando como referencia los criterios evaluables automáticamente que la ley considera preponderantes... Con este segundo criterio, el contrato debiera de haberse adjudicado a la UTE recurrente por cuanto su oferta económica, evaluable automáticamente y que pondera el 60% del total, es la mejor*».

2. LA NO EXCLUSIÓN DE OFERTAS. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ERRORES SI FUERON CAUSADOS POR EL PODER ADJUDICADOR

La Mesa de contratación, es el órgano competente para la valoración de ofertas (artículo 320.1 del TRLCSP), y tiene atribuida por el artículo 22.1.b) del Real Decreto 817 /2009, de 8 de mayo, por el que se

desarrolla parcialmente la LCSP, la función de determinar los licitadores que deben de ser excluidos del procedimiento, por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos, debe actuar de forma que no limite la concurrencia, evitando en la medida de lo posible, excluir a los licitadores por cuestiones formales.

El artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre relativo a la actuación de la Mesa de contratación en relación con la apertura de proposiciones, establece que «*si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio y omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o lo otro no altere su sentido no será causa bastante para el rechazo de la proposición*».

Las resoluciones 47/2013, 22 de marzo, 72/2013, 14 de mayo, 102/2013, 3 de julio y 180/2013 de 30 de octubre, entre otras, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid dan cuenta de que debe conjugarse el error en las ofertas con la finalidad de la contratación de lograr la mayor concurrencia posible con el hecho de que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación.

Todo ello teniendo presente que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores, de manera que si de algún modo tal aplicación implica una modificación de algún extremo consignado en la proposición presentada, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición.

Por otra parte, la Resolución Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 54/2013 de 2 de mayo de 2013 enjuiciaba la exclusión de un licitador por no haber constituido aval por el importe que la Mesa consideraba que el pliego requería. El Tribunal considera que el defecto que se imputa al recurrente no es imputable al mismo.

> «El PCAP no fijaba el importe de la garantía provisional pudiendo hacerlo para evitar inseguridad jurídica, y dicho importe lo fijó el recurrente calculándolo sobre el presupuesto base que fijaba el PCAP (140.000€), lo cual tampoco fue un error notorio y evidente si se tiene en cuenta la dicción literal del TRLCSP y del propio pliego sobre el importe para el cálculo de la garantía provisional. Pero además, según el recurrente, cuestión que no ha sido negada por el órgano de contratación, preguntó al mismo sobre qué importe debía constituir la garantía provisional, y se le indicó por teléfono que era sobre el presupuesto base indicado, por lo que se le indujo a error. Además el recurrente mostró en todo momento su voluntad de subsanar la insuficiencia en el importe de la garantía provisional, y por ello, subsanó en plazo el defecto que se le imputó constituyendo un aval por el importe complementario de aquélla. »

El Acuerdo 65/2013, de 12 de noviembre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón aborda el carácter subsanable del bastanteo para licitar si se tiene en cuenta que tal falta no afecta a la existencia del poder y a su suficiencia –pues el poder puede existir y ser suficiente, aunque le falte el requisito meramente formal de su bastanteo, por lo que, subsanado éste, el poder puede y debe desplegar los efectos inherentes al mismo– que ya existían desde el momento de su otorgamiento

3. LAS RESOLUCIONES DE ADJUDICACIÓN

La adjudicación pone fin al proceso, y como tal, se desvelan en él todas las cuestiones que durante el proceso han influido en la determinación de la oferta más ventajosa. Varias resoluciones han constatado la variación de criterios de adjudicación en fase de estudio de las ofertas y distintas incidencias como los criterios para la determinación de las ofertas anormalmente bajas.

3.1. LA MOTIVACIÓN. FUNDAMENTO ESENCIAL EN LA ADJUDICACIÓN

Una cuestión recurrente ha sido la motivación de las adjudicaciones. En particular, la necesidad de que la notificación de la adjudicación contenga la motivación necesaria para que permita la interposición de

un recurso suficientemente fundado, conforme exige el artículo 151.4 del TRLCSP.

Este fue el supuesto examinado por la Resolución 465/2013, de 23 de octubre del TACRC se concluye que dentro del concepto de información necesaria a incluir en una notificación de adjudicación han de incluirse, «*no sólo los aspectos sustantivos relativos a la calificación de la documentación y valoración de las ofertas presentadas, sino también los aspectos formales relativos a la forma de impugnación de la decisión de adjudicación, es decir, recurso o reclamación procedente, plazo para su interposición y órgano ante el que ha de interponerse*».

La resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 106/2013 de 9 de agosto de 2013 puso énfasis en determinar que las frases hechas, cláusulas estereotipadas o alusiones genéricas previstas en el PCAP no son suficientes y la discrecionalidad técnica debe completarse con una motivación suficiente que permita conocer las razones que motivan la adjudicación.

> «Este Tribunal ha venido aludiendo en reiteradas resoluciones, así en la resolución 20/2013, de 4 de marzo, entre otras muchas, a varias sentencias del Tribunal Supremo en las que se señala que "la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones", ya que "la Administración ha de expresar las razones que le inducen a otorgar preferencia a uno de los solicitantes frente al resto de los concursantes, haciendo desaparecer así cualquier atisbo de arbitrariedad y permitiendo, al mismo tiempo, que el no beneficiario pueda contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto y el órgan*o judicial apreciar si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos. (...) el análisis que procede realizar en esta sede es si el órgano técnico de la Administración contratante ha rebasado o no los límites de dicha discrecionalidad técnica que le es reconocida jurisprudencialmente*"».

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre 2013 (as. T-165/12). En el marco del procedimiento administrativo previo se facilitó a la demandante un cuadro con las puntuaciones que le fueron atribuidas por cada uno de los criterios y subcriterios. No obstante, no se contenía una información paralela en

relación con la oferta del adjudicatario, por lo que el recurrente era incapaz de conocer en qué aspectos la oferta seleccionada mejoraba la suya.

Pero, además, las puntuaciones del cuadro mencionado, en sí mismas, no permitían al demandante conocer las razones por las que habían sido atribuidas a su oferta. Y aunque en algunos casos se habían acompañado de comentarios de la Comisión (por ejemplo «valoración general insuficiente sobre problemas clave»), los mismos no eran lo suficientemente precisos.

La sentencia también analiza si la negativa por parte de la Comisión de facilitar el informe de evaluación constituye una vulneración del principio de transparencia. Y se concluye que esta negativa no ha hecho que fueran desiguales las oportunidades del demandante y de los demás licitadores. De esta forma, ha de concluirse que la Comisión Europea no está obligada a facilitar copia íntegra del informe de evaluación en el marco de los procedimientos de licitación[23].

3.2. EL DESISTIMIENTO DE UNO DE LOS INTEGRANTES UTE NO ES ÓBICE PARA ADJUDICACIÓN EN FAVOR DE LOS RESTANTES COMPONENTES

La Resolución del TACRC 215/2013 de 12 de junio de 2013 reitera la doctrina fijada en sus resoluciones 107/2012 de 11 de mayo y 131/2012 de 13 de junio, según la cual el desistimiento de uno de los integrantes de una UTE que haya concurrido a una licitación no es, en principio y con abstracción de otras consideraciones, óbice insalvable para que pueda realizarse la adjudicación en favor de los restantes componentes si ostentan la clasificación o la solvencia económica, financiera y técnica exigida en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares y cumplen con el resto de los requisitos previstos para los adjudicatarios, siempre que ello no implique una modificación sobrevenida de la oferta en su momento presentada por la UTE, lo cual sería contrario a los principios de igualdad y no discriminación consagrados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP[24].

---

23. Gallegó Córcoles, «Motivación insuficiente de la adjudicación del contrato», Monitor Jurisprudencia OBCP ,7 de enero de 2014.
24. Señalan las resoluciones del OARCC núm. 1/2013, 74/2013 que en la interpretación de los pliegos no puede llegarse a conclusiones que pugnen con la aplicación de

No existe inconveniente, en principio y siempre que se cumplan los requisitos citados (cumplimiento de los requisitos de aptitud para contratar y no exista modificación sobrevenida de la oferta en su momento presentada por la UTE), para admitir el desistimiento de la otra entidad que conformaba la UTE y adjudicar el contrato.

3.3. OFERTAS ANORMALES O DESPROPORCIONADAS

En diversas resoluciones del TACRC (por ejemplo, en la Resolución 303/2013, de 17 de julio) se ha señalado que para conjugar el interés general en la contratación pública con la garantía de los principios de libre concurrencia, no discriminación y transparencia, la Ley establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente la posibilidad de su cumplimiento.

La justificación de una baja presuntamente anormal debe entenderse encaminada a explicar que se puede cumplir la proposición. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Y para rechazar la oferta se exige de una resolución «reforzada» que desmonte las justificaciones aducidas por el licitador.

En numerosos casos los tribunales ha considerado que los órganos de contratación no fundamentaban suficientemente el rechazo de las justificaciones aportadas por los licitadores, sino que se limitaban a rechazar uno de los elementos de coste en que se requirió desglosar la oferta. Se debe entender que la oferta económica a justificar es la oferta global y que el análisis no puede reducirse a uno de los elementos sin considerar la totalidad de la oferta.

En varios supuestos además, aunque no fuera objeto de controversia, el TACRC se ha pronunciado sobre la inapropiada definición en los pliegos del umbral de oferta anormal o desproporcionada, de modo que se desnaturaliza la figura al extender el régimen establecido en el artículo 152 del TRLCSP a proposiciones con un margen de baja que, de

---

los principios propios de la contratación pública, como la igualdad, la transparencia y la concurrencia competitiva.

acuerdo con las reglas de la práctica comercial y la situación del mercado, no pueden ser tachadas como temerarias.

Así, por ejemplo, en la Resolución 034/2014, de 17 de enero (correspondiente al Recurso 986/2013) se deja constancia de que «*el umbral para apreciar la posible temeridad de las ofertas se ha definido, no en relación con la media de las mismas (de las ofertas), sino en relación con el presupuesto de licitación y, además, lo cifra en sólo el 5% de desviación respecto a ese precio. El resultado concreto en la licitación impugnada es que... todas las ofertas estaban por debajo de ese umbral... Como hemos indicado en otras resoluciones... al establecer un umbral de temeridad tan bajo como el formulado en el supuesto examinado, se puede llegar a desnaturalizar la propia finalidad de la figura de las ofertas con valores anormales o desproporcionados*».

La Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi 102/2013, de 30 de octubre de 2013 pone de relieve que no es posible aplicar el parámetro de apreciación de oferta anormal o desproporcionada previsto en el PCAP sin incurrir en arbitrariedad pues se trata de una cláusula que permite a la Administración interpretarla arbitrariamente en perjuicio de los principios de igualdad y trato no discriminatorio. Este órgano declaró la nulidad de pleno derecho de la citada cláusula y conservación de las restantes.

En el Acuerdo 69/2013, de 11 de diciembre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se aborda la reiterada problemática planteada en relación a las ofertas consideradas «anormalmente bajas o desproporcionadas», oferta condicionada en este recurso por la obtención de una ayuda de Estado como Centro Especial de Empleo.

En primer lugar, el Tribunal aclara que la consideración como injustificada de una oferta anormal no corresponde a la Mesa de contratación, sino al órgano de contratación (artículo 152.4 TRLCSP). Y, aunque en principio, dicha actuación sería una irregularidad no invalidante –en la medida que podría entenderse subsanada por convalidación del órgano de contratación–, no puede entenderse así, en este caso, pues aunque el procedimiento material ha seguido el camino establecido en la ley y, en consecuencia, ninguna objeción cabe plantear desde ese punto, se ha hurtado al órgano de contratación la posibilidad de requerir un mayor asesoramiento técnico, a la vista de las aclaraciones efectuadas

por la empresa para justificar la oferta. Y, esa omisión, no puede considerarse una mera irregularidad.

Respecto del fondo del asunto, el Tribunal enfatiza en que en la documentación aportada por la recurrente se argumenta, entre otros, que dispone de una subvención salarial mensual (del 50% del salario mínimo interprofesional por cada uno de los trabajadores del centro que tienen la minusvalía) proveniente de INAEM para la colaboración en el sostenimiento de los CEE, que se viene percibiendo desde hace mas de diez años, con cita y remisión a la normativa de aplicación. Se señala también que los trabajadores que empleará en la ejecución del servicio, caso de resultar adjudicataria, serán minusválidos (atendiendo a su finalidad, a su mantenimiento como CEE y a la propia exigencia del contrato licitado). A partir de las nuevas incorporaciones, la subvención que se solicitará al INAEM se incrementará en un mínimo de 1.850 euros mensuales, lo que supondrán 22.000 euros adicionales a lo que se facture por la prestación del servicio. Se acompaña, además, la última concesión de la ayuda salarial percibida (correspondiente al mes de febrero de 2013). Se señala, también, que el plazo medio de pago de estas ayudas es de 90 días desde su aprobación, y que el gasto financiero de este plazo de cobro ya se ha considerado en los gastos financieros. Se concluye con la expresión de que «no se trata de una subvención que ya se encuentre concedida en estos momentos a nombre del CEE. Sino que es una parte mas de los ingresos recurrentes de ADOINTEGRA dentro de su actividad normal».

El Tribunal entendió, tras un amplio estudio en la materia, que, en este caso que una interpretación tan rigorista como la llevada a cabo por la Mesa de contratación supone desconocer el funcionamiento de los CEE, únicos posibles adjudicatarios de un contrato como el planteado, que si bien no está calificado como «contrato reservado» en los términos de la Disposición adicional quinta TRLCSP, su objeto «explotación operativa del Centro Provincial de Coordinación del Servicio de Extinción de Incendios con métodos y prácticas que fomente el acceso al mercado de trabajo a discapacitados» determina, en la práctica, que únicamente concurran al mismo CEE.

3.4. LA FALTA DE ADJUDICACIÓN EN PLAZO NO ES SUSCEPTIBLE DE RECURSO ESPECIAL

La Resolución Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 26/2013 pone de manifiesto que la falta de adjudicación en plazo no es susceptible de recurso especial, y da derecho a la retirada de la oferta y en su caso a las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios ocasionado.

> «Entiende este Tribunal que en este caso, debe aplicarse como ley especial el TRLCSP, de manera que la falta de resolución del procedimiento en el plazo establecido, considerando su naturaleza denegatoria, tiene únicamente el efecto previsto en el artículo 161 "De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición", sin que por lo tanto sea dado a este Tribunal examinar la adecuación a derecho o no de la denegación presunta, que como decimos solo puede producir el efecto legalmente previsto en el TRLCSP, como ley especial aplicable al supuesto, de liberar a los licitadores de la propuesta efectuada. Todo ello sin perjuicio en su caso de una eventual indemnización por los perjuicios ocasionados de acuerdo con el régimen general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, de ejercitarse la correspondiente pretensión. Por último respecto de la posibilidad interponer recurso especial contra la inactividad de la Administración, aplicando la Ley 29/1889, de 13 de junio, reguladora del recurso contencioso administrativo, que permite tal posibilidad en su artículo 25.2, aunque el recurso especial en materia de contratación puede ser considerado como cuasi jurisdiccional, lo cierto es que se trata de un recurso especial procedente solo contra determinados actos dictados en los procedimientos de contratación pública, sin que le sean de aplicación directa las normas de la jurisdicción contencioso administrativa, no siendo posible extender el ámbito objetivo de aplicación del recurso a actos no contemplados en el TRLCSP, expresamente o por analogía, como susceptibles del mismo. »

4. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA VERSUS CONTRATACIÓN PÚBLICA

El pasado 15 de enero fueron aprobadas las nuevas directivas sobre contratación pública. Este cuarto paquete de directivas, hace una enorme apuesta por lo electrónico. El Considerando 52 reconoce que los medios de información y comunicación electrónicos pueden simplificar enormemente la publicación de los contratos y aumentar la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de contratación. Y lo que es más llega a afirmar que «*deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior*».

Los medios que se empleen deben estar disponibles, no estando justificada su utilización cuando la utilización de medios electrónicos requiriera instrumentos especializados o formatos de ficheros que no estuvieran disponibles de forma general o cuando la comunicación en cuestión solo pudiera manejarse utilizando equipos ofimáticos especializados.

> « *los poderes adjudicadores no deben estar obligados a exigir la utilización de medios electrónicos de comunicación en el proceso de presentación de ofertas en determinados casos, que se deben enumerar* exhaustivamente. La Directiva debe estipular que entre dichos casos han de figurar aquellas situaciones que exigirían la utilización de equipos ofimáticos especializados no disponibles en general para los poderes adjudicadores, como ocurre con las impresoras de gran formato. En algunos procedimientos de contratación, los pliegos de la contratación puede requerir la presentación de un modelo físico o a escala que no pueda ser transmitido a los poderes adjudicadores utilizando medios electrónicos. En estos casos, el modelo debe enviarse a dichos poderes por correo u otro conducto apropiado. »

El artículo 22 de la Directiva de contratación pública obliga a que los Estados miembros garanticen 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[25].

El Comisario Barnier, europeo de Mercado Interior, ha afirmado: «*Es hora de actuar la contratación electrónica representa un importante potencial sin explotar para la economía de la UE. Se puede simplificar la forma de contratación que se lleva a cabo, reducir las cargas y los costes, aumentar la participación de las PYME y ofrecer una mejor calidad y precios más bajos... Cuanto antes se inicie la transición, más pronto vamos a cosechar los beneficios que ofrece la contratación electrónica*».

Reiteradamente escuchamos que la contratación generaría unos beneficios para los poderes adjudicadores de entre un 5% y un 20% (se barajan cifras de ahorro a nivel de la Unión Europea de más de cien mil millones de euros), pero no hay un impulso en España. Países como Portugal donde la contratación es obligatoria para contratos SARA han demostrado que es posible adoptar ya un modelo responsable de contratación electrónica. El mercado posee además las herramientas para hacerlo. Traemos aquí, algunas resoluciones que se relacionan con esta cuestión.

4.1. NOTIFICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

La Resolución 60/2013, de 6 de febrero del TACRC analiza el caso en que el órgano de contratación no tuvo constancia de la recepción del correo electrónico enviado a la mercantil recurrente y no considera suficiente el mensaje automático emitido por su servidor que indica que «*su mensaje se ha transferido a un servidor que no acepta la responsabilidad de generar notificaciones sobre el estado de la entrega cuando ésta se ha realizado correctamente...*». Por otra parte, «*la mercantil recurrente ni emitió un mensaje de fallo en la recepción ni tampoco otro que permitiese confirmar la recepción, tampoco su servidor fue habilitado para catalogar el mensaje procedente del (órgano de contratación) como mensaje seguro, cuando ya había sido utilizada esta dirección en ocasiones anteriores*».

25. Vidorreta Berdonces E., «Análisis de las medidas de impulso para la implantación de contratación electrónica», OBCP, 25 de noviembre de 2013. *http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.122/relcategoria.208/relmenu.3/chk.cc824e27040b6b590edc713864a588a1*

La falta de recepción del correo por motivos imputables a ambas partes, implicó que la recurrente no pudiese subsanar en plazo con la aportación la documentación requerida, por lo que se limitó la concurrencia. El Tribunal acordó retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior a la exclusión y otorgar nuevo plazo de subsanación.

4.2. ¿PUEDE OBLIGARSE A LA PRESENTACIÓN EXCLUSIVAMENTE ELECTRÓNICA DE OFERTAS?

La resolución 92/2013 de 31 de mayo de 2013 enjuiciaba un recurso frente a un acuerdo marco para el suministro de medicamentos, suero, nutrición parental y contrastes con destino a los asociados del Consorcio de Salud y Social de Cataluña (expediente CSC 4/12) donde el poder adjudicador solo permitía la presentación en formato electrónico (a través de una plataforma de contratación pública). Existía una condición de suscripción impuesta por la propietaria del portal que textualmente dice «*El cliente autoriza a x (EMPRESA PROVEEDORA DE SERVICIO DE CONTRATACION ELECTRONICA) a usar, como referencia comercial de los Contratos en curso, facturación, Cantidad totales, bien o Servicios, marcas o productos vendidos o negociados, así como apoyo adhesiones a los Servicios acordados o suscripciones*».

Se afirmaba por el recurrente que no se garantiza la integridad de los datos ni la confidencialidad de las ofertas y de las solicitudes de participación, y solicita que se acuerde suprimir del PCAP la cláusula 10 que impone al licitador la obligación de presentar las proposiciones únicamente a través de la plataforma X (EMPRESA PROVEEDORA DE CONTRATACION ELECTRONICA)

La resolución se apoya en la necesidad exigida por la Directiva 2004/18 que se respeten los principios de igualdad de trato y no discriminación, y en artículo 42 que establece que «*Los medios de comunicación elegidos deberán estar disponibles de forma general y, por tanto, no deberán restringir el acceso de los operadores económicos al procedimiento de adjudicación*».

Se alude por la resolución a la Ley 11/07 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que configura como un derecho la elección del medio electrónico y concluye, en definitiva, que es un derecho concurrir en formato electrónico.

> «En definitiva, a día de hoy, las empresas deben poder escoger el medio con el cual quieren relacionarse con la administración, de entre las posibles, sin que se le pueda imponer una en concreto. Y como hemos visto, por ahora y de acuerdo con la normativa vigente, el licitador tiene derecho a presentar su oferta en el formato que el crea conveniente.
>
> Así las cosas, aceptar que sólo pueden licitar a través de una plataforma electrónica supondría una vulneración grave del artículo 1 de la LCSP, que establece que "esta Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos..." y de El articulo 139 LCSP que establece que "Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustar su actuación al principio de transparencia"».

5. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

5.1. EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO

En el año 2011 fue cuando se dictó la Resolución 50/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales que pretendía poner fin a una de las prácticas más habituales en la gestión de la contratación, utilizar el procedimiento negociado y además sin negociar.

Esta resolución anulaba una adjudicación donde no existían criterios de negociación y donde tampoco existían fases de negociación, elementos diferenciadores de este procedimiento. En el año 2013, cabe citar el Acuerdo 10/2013, de 14 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra que enjuicia un procedimiento «negociado» en el que no se fijaron las condiciones de negociación ni existió, en consecuencia, procedimiento de negociación.

> «Al contrario, del condicionado se desprende que la adjudicación del contrato se realizará como si se tratase de un procedimiento abierto, sin que existan 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. Tan solo se invitó a determina-

> das empresas a participar, se abrieron simultáneamente las ofertas y se aplicaron los criterios de adjudicación, quedando fijados con carácter inalterable los términos del contrato sin negociación».

Lo relevante del Acuerdo es que califica la ausencia de negociación como nulidad de pleno derecho lo que posibilita que pese a que a pesar de que ninguna de las partes alegaron esta infracción el Tribunal conoce de oficio y anula el pliego en fase de recurso frente a la adjudicación.

> «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 República Francesa establece que "las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato...". Igual consecuencia se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2011(C- 401/09 P) Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai contra Banco Central Europeo.
>
> Resulta claro que el elemento diferenciador del procedimiento negociado, en relación con los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, sin que pueda quedar fijada con carácter inalterable la oferta, a diferencia de lo que ocurre en las proposiciones correspondientes a los abiertos y restringidos. Por ello deberá existir cuanto menos una ronda de negociación tras recibirse la primera proposición. En otro caso no puede entenderse que exista negociación y se estarán vulnerando las reglas fundamentales para la adjudicación del contrato mediante procedimiento negociado, incurriendo en nulidad de pleno derecho, al omitirse un trámite esencial de este procedimiento. Trámite que, reiteramos, sirve, precisamente, para diferenciar este procedimiento respecto de otros.
>
> En este sentido se pronuncia la Resolución nº 050/2011 de 24 de febrero de 2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la cual considera además "la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta

obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas."

En el mismo sentido que los anteriores informes se pronuncia el informe 16/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: "la razón de ser de su utilización, es la selección del contratista mediante una negociación entre el órgano de contratación y las empresas invitadas o candidatas, proceso que va delimitando las condiciones del contrato a partir de una primera oferta presentada por cada licitador. Lo que diferencia a este procedimiento del abierto y el restringido es que en este procedimiento, la selección de la oferta económicamente más ventajosa se realiza mediante la negociación con los licitadores(...)La singularidad de la aceptación de la negociación en la contratación pública adquiere relevancia si se considera que, efectivamente, en los procedimientos abierto y restringido está prohibida cualquier negociación con los licitadores que entregan sus proposiciones en contenedores cerrados (sobre cerrado, sobre electrónico) y ya no tendrán más contacto ni relación con el órgano de contratación hasta el acto público de apertura de proposiciones y tampoco luego, en absoluto, durante todo el proceso valorativo de sus ofertas".(...)

El Tribunal de Cuentas ha criticado 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. Como ya ha puesto de manifiesto este Tribunal con esta práctica se desnaturaliza el procedimiento negociado, que se vacía del contenido que le es propio para asimilarse formalmente al procedimiento abierto" (…)la ausencia de negociación configura la omisión de un trámite esencial de este procedimiento. El artículo 126.2.a) de la LFCP considera como causas de nulidad de derecho administrativo,

las establecidas en la legislación general del procedimiento administrativo. En particular, en el caso que nos ocupa, nos encontramos con la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 62.1.e) de la LJRPAC, ("e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados."

La sentencia del mismo Tribunal de 21 de mayo de 1997 exige que "para que un acto administrativo sea nulo de pleno derecho es necesario que la Administración haya omitido los requisitos sustanciales para la formación del acto de que se trate".

Por su parte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de julio de 2006 indicó lo siguiente: "La configuración jurisprudencial de lo que por precisión total del procedimiento legalmente establecido ha sido finalista y, en consecuencia, progresiva. Por prescindir totalmente del procedimiento legalmente establecido no se entiende que se haya prescindido de cualquier procedimiento –lo que reduciría la nulidad radical a los actos adoptados "de plano"–, sino del procedimiento legalmente establecido para ese género de actuación administrativa. Como quiera que la construcción de los llamados procedimientos especiales se hace en nuestro ordenamiento jurídico sobre la base de un procedimiento común o unas reglas comunes de procedimiento añadiendo al mismo algún trámite específico, la omisión de ese trámite específico va a parificarse con la omisión total del procedimiento, siempre que pueda considerarse esencial –esto es, con un valor singularizado en orden a la instrucción del expediente o a la defensa de los interesados– y no un mero ritualismo configurado en ese procedimiento especial por la razón concreta de que se trate (cláusula de estilo en la materia específica o residuo histórico de un uso administrativo en ese sector); en otros términos, va a entenderse que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido para ese acto concreto, siempre que se pueda afirmar que la ausencia de algún o algunos trámites determina la identificación del procedimiento específico establecido para ese acto concreto"».

5.2. CLÁUSULAS DE SUBROGACIÓN

En la Resolución 608/2013, de 4 de diciembre del TACRC se considera la situación derivada de que pueda existir obligación de subrogación de los trabajadores, pero no corresponde al órgano contratante ni al Tribunal pronunciarse sobre la existencia y alcance de esa obligación laboral. En este caso, el Tribunal concluye *que «el órgano de contratación está obligado, en aplicación de tal art. 120, a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación; y a hacer constar tal información en el propio pliego o en la documentación complementaria; siendo aconsejable que se haga igualmente constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado art. 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación».*

5.3. LA POSIBILIDAD DE INCLUIR DENTRO DE UN MISMO CONTRATO OBJETOS DISTINTOS. LOS CONTRATOS DE GESTIÓN INTEGRAL

Como ya explicábamos en la anterior edición la tendencia en contratación de servicios es agruparlo para conseguir economías de escala, trasladar la gestión integral a una empresa y con ello conseguir grandes ahorros. Citábamos la Resolución del TACRC 58/2012 de 22 de febrero de 2012, para ello se apoyaba en su Resolución 188/2011 de 20 de julio de 2011.

> «De esta manera, la integración de todas las prestaciones de servicios recogidos en el contrato, tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración, en línea con el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público, constituyendo las diversas prestaciones que forman parte del objeto, materia de la misma naturaleza, como también se analiza a continuación. A mayor abundamiento, es el informe 57/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la que aborda con acierto el tema y es citada parcialmente por el recurrente».

Sin embargo, es de obligada mención la resolución 346/2013 de 4 de septiembre del TACRC que resuelve varios recursos presentados frente a la licitación para la contratación de la «Prestación, en régimen de concesión administrativa, del contrato de gestión integral de determinados servicios públicos en edificios municipales» del Ayuntamiento de Guadalajara.

Se trataba de una contratación que incluía la limpieza viaria y recogida y transporte de Residuos Sólidos Urbanos, limpieza y mantenimiento de parques y jardines, gestión del alumbrado público y de la regulación semafórica y el mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público. Se seleccionaría un único adjudicatario por importe anual de 3.047.749,66 €.

El propio perfil del contratante en su desistimiento, con motivo de la anulación por el TACRC, resume las causas de tal decisión*: «Incorrecta aplicación del artículo 25.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público respecto a la posibilidad de fusionar prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto, al haberse fusionado prestaciones que no están vinculadas materialmente entre sí ni existe respecto de ellas una relación de complementariedad que las configure como una unidad funcional».*

El Tribunal comienza cuestionando que el informe de contratación no se encuentre firmado por personal del Ayuntamiento sino por un despacho de abogados. Según el TACRC el informe afirma que «*han sido motivos políticos los que han justificado la interposición del presente recurso, puesto que han sido las fuerzas políticas contrarias a la actualmente gobernante en el Ayuntamiento de Guadalajara las que han interpuesto el recurso».*

El informe sostiene que las prestaciones contenidas en el contrato sí que se encuentran vinculadas entre sí y, por tanto, no se vulnera lo establecido en el artículo 25.2 del TRLCSP. Añade que la calificación de la naturaleza jurídica del contrato es correcta, puesto que estamos ante un contrato de naturaleza mixta en el que predomina la prestación del contrato de gestión de servicios públicos (la cláusula 45 del pliego de cláusulas administrativas particulares se configura un sistema retributivo que establece un precio variable en función del cumplimiento de una serie de estándares de calidad vinculados al contrato.

Además se incluyen una serie de penalidades por incumplimiento o por cumplimiento defectuoso del contrato que podrían llegar a ser impuestas al contratista, por lo que su retribución, en ningún caso, podría calificarse como fija).

Sobre la naturaleza del contrato el Tribunal considera que el contrato no es de gestión de servicios sino de servicios porque no existe explotación. En apoyo de ello cita sus resoluciones 204/2013, 80/2013, 176/2011,172 y la 116/2011 efectúa un gran excurso al respecto:

> «Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como 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 (art. 1.4). Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia: a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma. b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal, que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario, no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.
>
> c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. (...) Este criterio ha sido mantenido también en dictámenes previos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros en los informes 22/09 y 64109».

Afirma que dado que no existe explotación y tampoco existen riesgos derivados de inversiones pues no existen, sólo puede verificarse si es o no una concesión a la forma de retribución.

> « En la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación del mismo, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio».

Los pliegos recurridos establecen que la contraprestación del adjudicatario será fija (cláusula 45) y se percibirá mediante abonos a buena cuenta. El Tribunal rechaza que la variación de la retribución por mala ejecución pueda considerarse transferencia del riesgo de disponibilidad.

> «Por eso, aunque dicha retribución pueda variar en alguna medida, siendo cierto, como dice el órgano de contratación, que una parte de la retribución dependerá de la calidad con la que se preste el servicio, esta variación no puede implicar la transmisión del riesgo de explotación al contratista. (...) Por eso, aunque dicha retribución pueda variar en alguna medida, siendo cierto, como dice el órgano de contratación, que una parte de la retribución dependerá de la calidad con la que se preste el servicio, esta variación no puede implicar la transmisión del riesgo de explotación al contratista.
>
> (...) es verdad que ese riesgo de explotación puede dividirse en un riesgo de disponibilidad y en un riesgo de demanda, pero ocurre que, conforme a lo que antes hemos señalado, parece patente que el riesgo de disponibilidad no se ha transmitido en el presente contrato, porque la ejecución del contrato con la calidad determinada en los pliegos es una obligación esencial del mismo, y porque el hecho de que pueda disminuirse hasta un 6% la retribución del contratista en caso de mala ejecución del contrato, no puede suponer que éste asuma el riesgo del mismo, puesto que la disminución de la retribución es Sólo una consecuencia de la mala calidad en la ejecución del contrato y no de factores externos como el uso que del servicio hagan los ciudadanos.

> (...)Esta conclusión es congruente con el contenido de la Directiva 1812004CE y con la jurisprudencia del Tribunal comunitario. Además, para justificar la existencia de una concesión de servicios no es suficiente con la utilización de los criterios contables establecidos por la Unión Europea, puesto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no los ha tenido en cuenta a la hora de determinar la verdadera naturaleza del contrato desde el punto de vista jurídico. Y es que el órgano de contratación confunde la posible mitigación de los riesgos del concesionario (que es un elemento presente en el proyecto de Directiva sobre Concesiones) con la ejecución del contrato sujeta a determinados paradigmas de calidad, que es lo que acontece en el presente caso.
>
> (...) Por otro lado, hay que recordar que, aplicando la tesis del órgano de contratación podríamos llegar a una cierta contradicción, puesto que si lo que se trasmite es únicamente el riesgo de construcción (aunque en este caso no hay inversiones) o el riesgo de disponibilidad, podríamos no estar en presencia de una concesión administrativa sino de un contrato de colaboración público privada».

Asimismo, cuestiona la calificación de contrato mixto de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.2 del TRLCSP.

> «sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante».

Sobre la multiplicidad de objetos del contrato (limpieza viaria, recogida y gestión de residuos, zonas verdes, alumbrado público, semáforos, bicicletas) el Tribunal ve difícil una conexión entre todos los objetos.

> «Un análisis racional de las prestaciones que componen el presente contrato nos debe hacer concluir que es difícil atisbar cuál pueda ser la relación existente entre la gestión del alumbrado público, por ejemplo, y la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos. Igualmente, resulta

> difícil considerar que se puedan encontrar vinculadas entre sí, por ejemplo, el mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público, la gestión del alumbrado público, o la limpieza y mantenimiento de parques y jardines.
>
> Ello es así porque, a juicio de este Tribunal, cuando el artículo 25.2 establece que debe existir una vinculación entre las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, no se está refiriendo a una mera vinculación subjetiva por razón de la entidad contratante ni está diferenciando entre prestaciones concretas. Si así fuera, el precepto resultaría del todo estéril y sería posible acumular en un contrato mixto cualquier tipo de prestación que fuera propia de la entidad contratante aunque su naturaleza fuera muy diferente. (..) las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas
>
> (...)las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas (...)las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas (...)las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas».

Concluye afirmando que es posible acumular prestaciones en un contrato mixto, pero siempre que se encuentren vinculadas materialmente y cumplan estrictamente las condiciones legales *(«lo que ocurre es que, en el presente caso, esas condiciones no se cumplen, produciendo un efecto negativo en la libre competencia y en el principio de concurrencia»).*

Finalmente considera que existe una violación de los principios de libre competencia y de concurrencia. Critica además el plazo del contrato que presentaba una duración inicial de 17 años y el establecimiento de una prórroga de tres años, que puede hacer llegar al contrato hasta los 20 años. Sobre ello afirma que no puede considerarse congruente con la naturaleza de la mayoría de las prestaciones contenidas en él.

5.4. LA CESIÓN DEL CONTRATO COMO MODIFICACIÓN SUBJETIVA

La nueva Directiva de contratación pública dispone en su artículo 72.1.d) que cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de:

(i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a);

(ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva; o bien

(iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71.

La Ley Foral la 32/2013, de 31 de octubre, modificó el artículo 111 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra que regulaba la cesión del contrato. La modificación tiene como fin evitar que de la cesión de contratos se puedan derivar restricciones efectivas a la libre concurrencia y para proporcionar una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia. La reforma tiene por finalidad salvo en los supuestos en que el pliego de condiciones lo prevea –remitiéndose a la regulación de modificaciones previstas– , transformación de empresas o insolvencia. Según la Disposición transitoria única de la Ley Foral 32/2013, la modificación introducida será de aplicación a todos los contratos en ejecución y no extintos al tiempo de su publicación, con independencia de su fecha de adjudicación. La finalidad de esta Disposición Transitoria puede encontrarse en el temor a que las cesiones contractuales que pudieran llevarse a cabo bajo el paraguas de la normativa anterior fueran impugnadas por considerarse contrarias a los principios rectores de la contratación pública. En particular, el precepto señala que:

> «1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato solo podrán ser cedidos a un tercero cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias y siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato o tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Ley Foral o restringir de forma efectiva la competencia en el mercado:
>
> a) Que la cesión se produzca como consecuencia de la aplicación de una cláusula inequívoca prevista en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación en los términos y con los límites previstos en el apartado 2.a) del artículo 105 de esta Ley Foral.
>
> b) Por sucesión universal o parcial en la posición del contratista inicial, a raíz de la reestructuración o modificación estructural de sociedades, incluidas las de adquisición, fusión, segregación, escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de empresa o actividad o por encontrarse el contratista inicial en situación de concurso. Incluso abierta la fase de liquidación.
>
> En el supuesto de situación de concurso, la propuesta de cesión del contrato deberá comunicarse a la Administración contratante para que esta posibilite ser cesionarios del contrato a los restantes participantes en la licitación y por su orden de clasificación. Si estos rechazasen tal posibilidad, podrá el cedente escoger libremente al cesionario.
>
> El cesionario deberá disponer, al menos, de igual solvencia económica y financiera, técnica o profesional exigida al cedente y no deberá estar incurso en causa de prohibición para contratar».
>
> 2. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

Resulta de interés el Dictamen del Consejo de Estado 1748/211 y el Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Xunta de Galicia 8/2012 de 27 de noviembre de 2012 que en el estudio de un supuesto de cesión del contrato aluden de forma directa a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Pressetext de 19 de junio de 2008 y de 5 de octubre de 2000, Comisión Contra Francia, en cuanto a considerar que el concepto de modificación sustancial debe ser el determinado por la jurisprudencia europea. En particular se refieren

a la imposibilidad de que la cesión constituya una modificación esencial del contrato que hubiera permitido participar a distintos licitadores aparte de los inicialmente admitidos o seleccionar una oferta distinta; se alude también a la imposibilidad de que la modificación presente características sustancialmente distintas a las iniciales.

Sin embargo, el TACPA consideró en su Acuerdo 59/2013, de 28 de octubre que no existe una adjudicación ilegal, sino una cuestión incidental de ejecución de un contrato válidamente celebrado, que cumple las reglas de cesión del contrato regula. Se presentó por varios concejales del Ayuntamiento de Zaragoza una cuestión de nulidad frente al Acuerdo del Gobierno de Zaragoza de 31 de mayo de 2013, de autorización previa de la cesión de un contrato. Afirma el Tribunal al respecto de la cesión que «*se trata de un incidente relativo al cumplimiento de un contrato válidamente celebrado, donde, mediante un contrato privado entre empresas, una sustituye a la otra en el cumplimiento del contrato público que se cede*».

> «No es, por si, un supuesto de modificación contractual ex artículo 105 TRLCSP, como bien explica el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón».

Se exige, en primer lugar, que la razón determinante de la adjudicación del contrato al cedente no hayan sido sus cualidades técnicas o personales. En segundo lugar, dado el carácter personalista de los contratos públicos, que se celebran con una determinada persona física o jurídica por reunir unos determinados requisitos de capacidad y solvencia, y tras haberse seguido un procedimiento público en el que se garantiza el respeto de los principios de igualdad y libre concurrencia, la cesión de los contratos aparece condicionada por el artículo 226 TRLCSP (que reproduce análoga regulación a la contenida en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) al cumplimiento de una serie de requisitos estrictos:

a) Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no esté incurso en una causa de prohibición de contratar.

d) Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

Concluyen que en consecuencia, la cesión de un contrato es un negocio privado sometido, como garantía del interés público causa del contrato, a la preceptiva autorización de carácter constitutivo. Consideran además que no altera nada este razonamiento la doctrina del TJUE alegada por los recurrentes. La STJUE de 19 de junio de 2008 (Asunto Pressetext Nachrichtenagentur GMBH), que delimita en qué casos puede existir una nueva adjudicación en la modificación de los términos de un contrato.

Quizás la clave de este acuerdo sea la siguiente «*habrá una nueva adjudicación, y ésta será ilegal, si tal posibilidad, en tanto modificación del elemento personal del contrato, no se encontraba expresamente prevista. Pero en el supuesto objeto del recurso, tal cesión sí se encontraba prevista tanto en el Pliego como en la ley, por lo que la cesión del contrato, por sí, no puede considerarse una modificación sustancial de la licitación, ni un fraude a los principios de la contratación pública. La cesión del contrato es, en definitiva, una cuestión de ejecución del contrato, y no una nueva adjudicación, por lo que no existe objeto para la cuestión de nulidad. Solo el incumplimiento manifiesto de los requisitos exigidos para "validar" la cesión podría posibilitar la existencia de un nuevo contrato ilegal*».

V. Anexo

Reunión de coordinación de tribunales de recursos contractuales. Sevilla, 7 noviembre 2013

SUMARIO: 1. RECALIFICACIÓN DE CONTRATOS YA FORMALIZADOS Y TRAMITACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL. ALCANCE DE LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO. ANULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN Y DEL CONTRATO FORMALIZADO. SUPUESTOS DE DESLINDE ENTRE LA CUESTIÓN DE NULIDAD Y EL RECURSO ESPECIAL EN LOS CASOS DE CONTRATO FORMALIZADOS. 2. EXTENSIÓN DEL RECURSO ESPECIAL A LOS ACTOS PREVIOS A LA APROBACIÓN DE LOS PLIEGOS Y QUE PUEDEN SER DETERMINANTES DE LA NULIDAD DE TODO EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN. 3. ÁMBITO DEL RECURSO ESPECIAL: CONOCIMIENTO DE CUALQUIER INFRACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO O SOLO DE INFRACCIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONTRACTUAL. 3. APLICACIÓN DE LAS MEDIAS ARITMÉTICAS PARA LA VALORACIÓN DEL PRECIO COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN. 4. MEDIDAS PROVISIONALES. SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA DEL PROCEDIMIENTO. 5. RESOLUCIONES DE INADMISIÓN POR INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL. LEVANTAMIENTO O NO DE LA SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA DEL PROCEDIMIENTO. 6. LUGAR DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL. PRESENTACIÓN EN LA SEDE DE OTRO TRIBUNAL DENTRO DEL MISMO TERRITORIO. 7. PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO ESPECIAL. SENTENCIA 3295/2013 DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO POR CORREO. 8. IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. EMPLAZAMIENTOS Y REMISIÓN DEL EXPEDIENTE AL ÓRGANO JUDICIAL.

Asistentes del:

- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. El presidente: Juan José Pardo García-Valdecasas
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. La presidenta: Elena Hernáez Salguero:
- Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. El Vocal: Juan Martínez Martínez.
- Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco. Los asesores jurídicos: Javier Serrano Chamizo y Begoña Arroitajauregi Jaio
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. El presidente: José María Gimeno Feliú
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. La Presidenta María José Santiago Fernández y la Secretaria del Tribunal Lourdes Ruiz-Cabello Jiménez
- Juan Antonio Gallo Sallent: del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña. El presidente: Juan Antonio Gallo Sallent
- Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, el Secretario José Ignacio Sobrini Lacruz y las letradas María García Fonseca, Paz Pisonero Pisonero y Beatriz Martín Lorenzo
- Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra. El presidente: Javier Martínez Eslava y el Vocal Javier Vázquez Matilla

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL ORDEN DEL DÍA DE LA REUNIÓN:

1. RECALIFICACIÓN DE CONTRATOS YA FORMALIZADOS Y TRAMITACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL. ALCANCE DE LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO. ANULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN Y DEL CONTRATO FORMALIZADO. SUPUESTOS DE DESLINDE ENTRE LA CUESTIÓN DE NULIDAD Y EL RECURSO ESPECIAL EN LOS CASOS DE CONTRATO FORMALIZADOS

Se analizó el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el que el Tribunal califica, como contrato de servicios sujeto al recurso especial en materia de contratación, un contrato tramitado por el órgano de contratación como contrato de gestión de servicios públicos no susceptible del citado recurso.

En el citado Acuerdo, una vez recalificado el contrato como de servicios, se estimó el recurso y se anuló la adjudicación. Asimismo, se anuló el contrato formalizado de conformidad con lo establecido en el artículo 35 del TRLCSP.

La posibilidad de recalificación de los contratos a efectos de determinar la competencia del Tribunal es criterio compartido por todos los asistentes. No obstante, la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid plantea que la recalificación del contrato a los solos efectos de fijar la competencia del Tribunal puede plantear serios problemas al órgano de contratación, toda vez que el régimen jurídico del contrato conforme a los pliegos puede no coincidir con el régimen jurídico a aplicar según la calificación contractual efectuada por el Tribunal e incluso en determinados casos podría generar situaciones en que se produjera un efecto no deseado por el recurrente contrario al fundamento de sus pretensiones, que podría hacer que tuviera interés en desistir del procedimiento.

Se plantean dos soluciones posibles:

– Efectuar la recalificación a los solos efectos de determinar la competencia, sin alteración del régimen jurídico del contrato fija-

do en los pliegos. Este argumento se basa en que la fijación de la competencia del Tribunal es una cuestión de orden público que debe apreciarse de oficio. Ello permite que el Tribunal, a los solos efectos de determinar su competencia, pueda calificar contratos cuya naturaleza jurídica se ha determinado indebidamente por el órgano de contratación. No obstante, el régimen jurídico del contrato previsto en los pliegos es una cuestión ajena al Tribunal y no puede ser alterado por éste, posición defendida por el órgano de recursos contractuales de Euskadi.

– Efectuar la recalificación del contrato a efectos de determinar la competencia del Tribunal y en el supuesto de que el régimen jurídico del contrato recalificado resulte incompatible con el régimen previsto en los pliegos aprobados, dar un plazo de audiencia al recurrente y al órgano de contratación para que se pronuncien sobre la anulación de los pliegos y de la licitación, posición intermedia que sostiene como posible el Presidente del Tribunal de Aragón .

Se debaten ambas alternativas y se adopta finalmente como pauta de actuación coordinada la última solución expuesta, es decir, si como consecuencia de la recalificación del contrato y a falta de impugnación expresa por el recurrente, el Tribunal apreciara causa de invalidez o nulidad del pliego por establecer un régimen jurídico contractual incompatible con el del contrato recalificado, antes de anular la licitación, debe concederse un plazo de alegaciones al órgano de contratación y al recurrente para que se pronuncien sobre la anulación de los pliegos y del procedimiento. No obstante, habrá que estar a cada caso concreto con el fin de no alterar el principio de congruencia, ni lesionar los derechos de los interesados en supuestos en que pudiera concurrir causa que conlleve un interés en el recurrente de desistir del procedimiento.

Por otro lado, con carácter general, se admite el recurso especial en materia de contratación cuando, pese a haberse formalizado el contrato, concurren dos circunstancias:

– Que el recurso resulte procedente conforme al artículo 40 del TRLCSP y

– Que el motivo en que el recurso se ampare no sea subsumible en ninguno de los supuestos tasados de la cuestión de nulidad previstos en el artículo 37 del TRLCSP.

2. EXTENSIÓN DEL RECURSO ESPECIAL A LOS ACTOS PREVIOS A LA APROBACIÓN DE LOS PLIEGOS Y QUE PUEDEN SER DETERMINANTES DE LA NULIDAD DE TODO EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

El recurso especial es procedente contra actos producidos en el seno del procedimiento de adjudicación, que comienza con la convocatoria de la licitación y finaliza con la adjudicación del contrato. En consecuencia, los actos previos al procedimiento de adjudicación no son susceptibles de recurso especial salvo que tengan conexión con alguna cláusula de los pliegos, al ser estos impugnables conforme a lo estipulado en el artículo 40.1 a) del TRLCSP.

3. ÁMBITO DEL RECURSO ESPECIAL: CONOCIMIENTO DE CUALQUIER INFRACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO O SOLO DE INFRACCIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONTRACTUAL

En el recurso especial se puede invocar y el Tribunal puede analizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico – se trate o no de vulneración de normas contractuales– siempre que tal infracción afecte a cualquiera de los actos susceptibles del recurso conforme al artículo 40.2 del TRLCSP.

3. APLICACIÓN DE LAS MEDIAS ARITMÉTICAS PARA LA VALORACIÓN DEL PRECIO COMO CRITERIO DE ADJUDICACIÓN

El asunto se ha llevado al orden del día de la reunión porque, según el presidente del Tribunal de Aragón, un reciente informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en concreto el informe 42/2012, podría dar carta de naturaleza a la ponderación del criterio del precio desde la media del mercado.

Todos los asistentes, partiendo de la jurisprudencia comunitaria, recientemente refrendada en la Sentencia del Tribunal General de la

Unión Europea, de 16 de septiembre de 2013, Asunto T-402/06, consideran que el precio debe ponderarse de modo que la oferta más baja obtenga siempre la mejor puntuación y si lo que pretende la técnica del «precio medio» es eludir las ofertas anormales o desproporcionadas, la ley ya arbitra soluciones para impedir la adjudicación a proposiciones que tengan dicho carácter. La sentencia del Tribunal General no sólo desautoriza la atribución de más puntos a la oferta que más se acerca a la media o a la media corregida, sino también las fórmulas que dejan de puntuar las rebajas del importe de licitación a partir de un determinado porcentaje (ver los apartados 92 y siguientes de la sentencia), es decir, el llamado «saciamiento».

No discute ni se intenta llegar a un acuerdo sobre cuál sea la fórmula más correcta para la valoración de las ofertas económicas; cuestión que sólo podrá ser abordada por estos Tribunales en caso de que se impugne ese aspecto concreto de los Pliegos.

Por parte del Presidente del Tribunal de Aragón se facilita el informe de la Junta Consultiva del Estado 42/12, de 13 de mayo a todos los asistentes, así como el documento elaborado por el mismo al respecto.

4. MEDIDAS PROVISIONALES. SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA DEL PROCEDIMIENTO. LEVANTAMIENTO:

- Momento en que el órgano de contratación puede solicitarlo: en el plazo de dos días desde el conocimiento del recurso o en cualquier momento del procedimiento.
- Traslado a recurrente de la solicitud de levantamiento.

Todos los asistentes están de acuerdo en que el órgano de contratación puede solicitar el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento en cualquier momento del procedimiento de recurso mientras no haya recaído resolución expresa. No obstante, si la solicitud se formula cuando ya se ha tramitado el procedimiento de recurso y éste se halla en plazo de resolución, el Tribunal puede no pronunciarse expresamente sobre la solicitud formulada, habida cuenta que la resolución del recurso produce el levantamiento de la suspensión automática (artículo 47.4 del TRLCSP).

Asimismo, todos los asistentes se muestran de acuerdo en que, antes de dictar resolución manteniendo o levantando la suspensión automática del procedimiento, debe darse traslado al recurrente de la petición de levantamiento formulada por el órgano de contratación.

5. RESOLUCIONES DE INADMISIÓN POR INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL. LEVANTAMIENTO O NO DE LA SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA DEL PROCEDIMIENTO

El artículo 47.4 del TRLCSP señala que la resolución del recurso debe acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación. No obstante, dicho levantamiento es predicable de las resoluciones que entran a analizar el fondo del recurso, estimándolo o desestimándolo, pero no de aquéllas que declaran su inadmisión por incompetencia del Tribunal para resolver, puesto que en estos casos corresponderá el levantamiento de la suspensión al Tribunal competente (en caso de incompetencia territorial) o al órgano de contratación, en los casos en que así proceda.

6. LUGAR DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL. PRESENTACIÓN EN LA SEDE DE OTRO TRIBUNAL DENTRO DEL MISMO TERRITORIO

Esta cuestión atañe al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid al tener ambos su sede en Madrid. También puede afectar al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía con sede en Sevilla ya que el Ayuntamiento de Sevilla ha creado su propio Tribunal.

En este punto, se llega a la conclusión de que, al tratarse de órganos administrativos con la misma función aunque distinto ámbito subjetivo de actuación, no debería inadmitirse el recurso si el mismo se presenta en plazo en el registro del Tribunal que no es competente para su resolución.

7. PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO ESPECIAL. SENTENCIA 3295/2013 DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO POR CORREO

La sentencia citada, aplicando lo dispuesto en el artículo 37.6 de la LCSP, considera que no hay extemporaneidad en el recurso especial si el mismo se presenta en plazo en la oficina de correos.

En este punto, los asistentes consideran que puede seguir aplicándose el criterio general adoptado por los propios Tribunales de recursos contractuales, en el sentido de que ha de estarse a la fecha de presentación del recurso en el registro del órgano de contratación o en el registro del órgano encargado de resolverlo para determinar si aquel se ha interpuesto en plazo.

Los asistentes consideran que la norma aplicable al supuesto analizado por la sentencia fue la LCSP antes de su modificación por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. En cambio, tras la reforma operada por esta última norma, se incorpora ya el término «necesariamente» a la presentación del recurso en cualquiera de los dos registros anteriores, lo que hace más patente la exigencia de su interposición en plazo atendiendo exclusivamente a la fecha de entrada del recurso en cualquiera de aquellos dos registros.

8. IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE RECURSOS CONTRACTUALES ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. EMPLAZAMIENTOS Y REMISIÓN DEL EXPEDIENTE AL ÓRGANO JUDICIAL

El artículo 21.3 de la LJCA señala que los órganos encargados de resolver el recurso especial no tendrán la consideración de parte demandada en el procedimiento contencioso-administrativo. Ello plantea la cuestión de quién debe efectuar los emplazamientos y remitir el expediente administrativo al órgano judicial.

Aún cuando el órgano encargado de resolver el recurso especial no tiene la consideración de demandado en el procedimiento judicial y no tendría que efectuar los emplazamientos, por razones prácticas y de eficacia algunos tribunales vienen emplazando en cumplimiento del requerimiento del órgano judicial. Sobre este punto, cada Tribunal decide mantener la dinámica de funcionamiento que ya tiene asentada al respecto.