

**I Seminario sobre Transparencia administrativa y protección de los intereses
financieros de la Unión Europea en la Eurorregión Galicia-Norte de Portugal**

***Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y
transparencia en la contratación por parte del sector público***

José María Gimeno Feliu.

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

Presidente Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

(gimenof@unizar.es)

I.- INTRODUCCIÓN. MOTIVOS DE LA REFORMA

La Unión Europea acaba de culminar un nuevo proceso de adaptación de la normativa de contratación pública (con fecha de publicación prevista en el DOUE para el 28 de marzo de 2014). Se trata de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación, que pretenden un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas¹. Si bien las Directivas de 2004 han supuesto un notable avance², se constata la insuficiencia de su regulación en un contexto de crisis económica y de “redefinición” de políticas públicas, lo que aconsejaba un nuevo paquete legislativo, que debería ser ambicioso tanto en sus principios como en la concreta arquitectura jurídica que se propusiera para poder contribuir así a la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020³. La revisión de las directivas sobre contratación pública que ha iniciado la Comisión se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de

¹ Sobre el contenido de las nuevas Directivas me remito a mi trabajo “Las nuevas Directivas – cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, REDA núm. 159, 2013, pp 25-89 y de 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. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II.

² Desde el año 2004, las Directivas vigentes en materia de contratación pública son las Directivas 2004/18/CE («sectores clásicos») y 2004/17/CE («sectores especiales»), ambas aprobadas el 31 de marzo de 2004, que coordinan, respectivamente, los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, así como de los contratos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DOUE L 134, de 30 de abril de 2004).

³ La presente iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020], así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 «Una Agenda Digital para Europa» [COM(2010) 245], «Unión por la innovación» [COM(2010) 546], «Una política industrial integrada para la era de la globalización» [COM(2010) 614], «Energía 2020» [COM(2010) 639] y «Una Europa que utilice eficazmente los recursos» [COM(2011) 21]. Aplica también el Acta del Mercado Único [COM(2011) 206], y en particular su duodécima medida clave: «Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos». Sobre la transposición de las anteriores Directivas en los Estados miembros resulta de gran interés el libro colectivo coordinado por M. SÁNCHEZ MORÓN, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea y sus Estados miembros*, Les Nova, Valladolid, 2011.

contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica⁴. Lo que no significa una liberalización “sin restricciones” a la política de contratación pública. La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2011, sobre la igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones (publicada en el DOUE 7 de diciembre de 2012), se insiste en los comentarios incluidos en su Resolución del 18 de mayo de 2010 sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, en el que, si bien se opone enérgicamente a las medidas proteccionistas en el ámbito de la contratación pública a escala mundial, cree firmemente en el principio de reciprocidad y proporcionalidad en dicho ámbito y, en este sentido, pide a la Comisión que realice un análisis detallado de las posibles ventajas y problemas asociados con la imposición de restricciones proporcionadas y específicas al acceso a determinados sectores de los mercados de contratación pública de la UE, una evaluación de impacto que analice cuándo pueden aplicarse, así como una evaluación del fundamento jurídico que requeriría este instrumento, para aquellos socios comerciales que se benefician de la apertura del mercado de la UE pero que no han demostrado intención alguna de abrir sus mercados a las empresas de la UE, alentando a la vez a los socios de la UE a que ofrezcan a las empresas europeas

4 El ‘Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública’ (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

condiciones de reciprocidad y proporcionales en el acceso al mercado, antes de proponer cualquier otro nuevo texto en el ámbito de la contratación pública.

Asimismo, el Parlamento pide a la Comisión que evalúe los problemas asociados con las ofertas extraordinariamente bajas y que proponga soluciones adecuadas; recomienda a las autoridades contratantes que faciliten información temprana y suficiente a otros licitadores en caso de ofertas anormalmente bajas, con el fin de que puedan valorar si existen motivos para iniciar un procedimiento de recurso; y considera urgente que la UE alcance una mayor coherencia entre su política comercial exterior común y la práctica existente en los Estados miembros de aceptar ofertas excepcionalmente bajas de empresas cuyos países de origen no son signatarios del Acuerdo de Contratación Pública (ACP), en perjuicio de empresas de la Unión Europea y de las normas laborales, sociales y medioambientales de los Estados miembros de la Unión⁵.

En este contexto, la aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas, que aun conocidas, merecen un comentario. La primera, que el objetivo principal de esta normativa comunitaria garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 e diciembre de 2000, ARGE). Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de

⁵ Con fecha 23 de marzo de 2013 la Comisión Europea presentó la propuesta para la decisión Consejo relativa a la conclusión formal del Protocolo que modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), el único acuerdo legalmente vinculante en la OMC relativa a la contratación pública. Por otro lado, en relación con la modernización de la política de contratación pública de la UE, apoya la petición de que se clasifiquen por prioridades las cuestiones tratadas en el Libro Verde y, en este sentido, pide a la Comisión que examine en primer lugar las cuestiones de la simplificación de las normas, el acceso equilibrado a los mercados del sector público, y la mejora del acceso de las PYME, y que emprenda como un segundo paso la revisión de la contratación pública y las concesiones, con el fin de obtener la necesaria y completa participación, no solo del Parlamento Europeo y los Estados miembros, sino también de los ciudadanos y las empresas. En fecha 7 de marzo de 2014 se ha publicado en el DOUE el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994. En concreto, reemplaza el Preámbulo, los artículos I a XXIV y los Apéndices del Acuerdo de 1994, por las disposiciones establecidas en su anexo.

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. Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como recuerda la STJUE 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 dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, *ANAV* apartado 21). Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (*Comisión contra Reino de España*), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública:

«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse,

en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

De ahí necesidad de evitar que mediante fraccionamiento –que “alteran” el nivel de publicidad- se eludan los principios de publicidad y concurrencia⁶. Y lo mismo

⁶ Me remito a mi opinión en www.obcp.es de marzo de 2012: “Unidad de mercado y contratación pública: redefiniendo los perfiles de contratante”. Por otra parte, como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 1/2009, de 25 de septiembre, existe fraccionamiento, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa.

con una inadecuada tipificación de la prestación, lo que aconseja la extensión de la aplicación de los códigos CPV⁷.

La segunda que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede –y debe, diría- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁸.

Esto significa que como se ha apuntado en anteriores trabajos, los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras⁹. Esta visión instrumental

⁷ Por todos, A. RUIZ DE CASTAÑEDA, “La nomenclatura CPV en la contratación”, en la obra colectiva *Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 203 y ss.

⁸ Me remito a mi trabajo “Compra pública estratégica”, en libro colectivo *Contratación pública estratégica* / coord. por J. Pernas García, Aranzadi, 2013, Cizur Menor, págs. 45-80.

⁹ GIMENO FELIU, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, pp. 15-21 y Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº. 9, 2010, págs. 50-55. También ORDOÑEZ SOLIS, *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 162-182, MORENO MOLINA, J.A., *Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo*, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 83, 2009, pp. 37 y ss. y L. ORTEGA ALVAREZ, “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3 de 2009. Igualmente, en esta línea, pueden citarse a: MELERO ALONSO E.: “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid* núm.1, 1999, (artículo firmado junto a Maravillas ESPÍN SÁEZ) y BLAZQUEZ ROMÁN, J.A. Y RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Revista contratación Administrativa Práctica* núm. 42, 2005, p. 39. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en

de la contratación pública nos conduce, como bien indica T. MEDINA, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato¹⁰.

La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja a que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social¹¹, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente rentables¹². En esta línea debe recordarse que criterios relacionados con la protección del medio ambiente (ecoetiquetas, productos reciclables, sistemas de depuración de vertidos, etc.) son admitidos como válidos por la Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2001. Y ello porque guardan relación con la política ambiental prevista en el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 45 de nuestra Constitución. Muy especialmente –dentro del marco que posibilitan los Acuerdos GATT– debe regularse un sistema que evite deslocalización empresarial y que no penalice a las empresas europeas ni a las PYMEs. Otro tanto sucede con los criterios que integren aspectos sociales, admitidos cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o

su Informe 17/2008, de 21 de julio. Y es que, como bien advirtiera MESTRE DELGADO, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo-o fomento- para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones –no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas- contempladas en normativas sectoriales, “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, REALA núm. 291, 2003, p. 707.

¹⁰ T. MEDINA, “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94.

¹¹ Una posición contraria a la valoración en la contratación de criterios relativos a otras políticas de la Unión Europea –como cláusulas sociales o medioambientales– es sostenida por ARROWSMITH, S., “The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for anew approach”, *European Law Review*, vol. 21, núm. 1 de 2002, pp. 11-13.

¹² Como destaca G. VARA ARRIBAS, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales. “Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública”, *Revista Española de Derecho comunitario* núm. 26, 2008, 128.

servicio objeto del contrato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001)¹³, lo que refleja la idea de que la contratación pública es una herramienta para la efectividad de políticas públicas¹⁴.

¹³En un caso que la Comisión tuvo que examinar, el poder adjudicador se basó principalmente en los elementos siguientes para adjudicar un contrato a la empresa local de transporte: la implantación de la empresa en la localidad tenía, por una parte, repercusiones fiscales y suponía, por otra, la creación de puestos de trabajo estables; además, la adquisición en ese mismo lugar de un importante volumen de material y servicios por parte del proveedor garantizaba una serie de empleos locales. La Comisión consideró que los poderes adjudicadores no podían basarse en este tipo de criterios para evaluar las ofertas, dado que no permitían valorar una ventaja económica propia de la prestación objeto del contrato y que beneficiara al poder adjudicador. Esta primera objeción venía motivada por la violación de las normas sobre adjudicación contenidas en el artículo 36.1 de la Directiva 92/50/CEE. Asimismo, estos elementos habían llevado a discriminar a los demás licitadores, puesto que, al comparar las ofertas, se dio preferencia al único proveedor establecido en la localidad considerada. En consecuencia, se había infringido el principio general de no discriminación entre proveedores de servicios enunciado en el artículo 3 de la Directiva 92/50/CEE. A favor de esta posibilidad también se había posicionado en España el Consejo de Estado en su Dictamen 4464/98, de 22 de diciembre. En la doctrina Sin animo exhaustivo pueden citarse los siguientes trabajos: M.A. BERNAL BLAY, “Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, en libro col. *El Derecho de los contratos públicos*, Monográficos de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008; J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 516 y ss.; S. VÈRNIA TRILLO, “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 20, 2002, pp. 429-454; J. F. MESTRE DELGADO, “Contratos...”, ob. Cit., pp. 705-730; H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia administrativa* núm. 20, 2003, pp. 27-67; P. LÓPEZ TOLEDO, «Contratación pública y medio ambiente», *Contratación Administrativa Práctica*, 33, 2004, pp. 25 y ss.; P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS, “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, dir. J. M. Gimeno Feliu, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; J. M. GIMENO FELIÚ, “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, dir. J. M. Gimeno Feliu, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 y ss.; F. VILLALBA PÉREZ, “La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 74, 2009, pp. 49 y ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico”, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009; J. A. VÉLEZ TORO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local”, *Contratación Administrativa Práctica*, 10, 2002, pp. 32 y ss.; J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, 42, 2005, pp. 39 y ss.; A. GONZÁLEZ ALONSO, “La contratación pública ecológica”, *Justicia Administrativa* núm. 47, 2010, pp. 31 y ss.; y T. MEDINA ARNÁIZ, “Social Considerations in Spanish Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, págs. 56 - 79.

¹⁴Vid. T. MEDINA ARNAIZ, “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, 2011, pp. 43-104.

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

Lo anteriormente expuesto explica porque la reforma de la legislación sobre contratación pública constituye una de las doce acciones prioritarias inscritas en el Acta del Mercado Único, adoptada en abril de 2011 (IP/11/469)¹⁵. En efecto, para todos los Estados miembros, la eficacia del sistema público de pedidos ha pasado a ser una prioridad, habida cuenta de las limitaciones presupuestarias actuales. Así pues, es necesario disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos y a sus proveedores adjudicar contratos transparentes y competitivos lo más fácilmente posible, para poder comprar con la mejor relación calidad/precio («value for money»)¹⁶.

Para iniciar el trámite de la reforma la Comisión publicó en enero de 2011 un *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE*, con el que puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos. La consulta pública finalizó en abril de 2011, recibiendo en total 623 respuestas, procedentes de una gran variedad de grupos de partes interesadas, como Gobiernos, empresas, asociaciones industriales, personalidades del mundo académico,

¹⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva*, de 27 de octubre de 2010, COM(2010) 608.

¹⁶ Bajo este concepto se pone de relieve la necesidad de que los bienes que se adquieran a través de los contratos públicos sean los adecuados para cubrir las necesidades públicas, pero también que el contratista esté capacitado para cumplir las condiciones del contrato en los términos previstos. Vid., por todos, ARROWSMITH, S., LINARELLI, J. y WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, págs. 28 a 30.

organizaciones de la sociedad civil (incluidos los sindicatos) y ciudadanos particulares¹⁷.

Posteriormente, el Parlamento Europeo dicta la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), mediante la que solicita a la Comisión que:

a) aclare el marco reglamentario relativo a la contratación pública, en particular con respecto a la fase de ejecución de los contratos (por ejemplo, en relación con las «modificaciones sustanciales» de un contrato durante su periodo de vigencia, los cambios relacionados con el contratista y la terminación de los contratos);

b) Lamenta que los licitadores cuenten únicamente con posibilidades limitadas de rectificar omisiones en sus ofertas; pide por ello a la Comisión que dé detalles sobre qué omisiones podrían rectificar los licitadores, qué ajustes adicionales están permitidos y cómo garantizar la transparencia y la igualdad de trato;

c) Pide a la Comisión que aumente la sensibilización sobre la importancia de dividir los contratos en lotes, y que considere la aplicación del principio «cumplir o explicar», que implica que las normas relativas a cuestiones como la división en lotes deben respetarse o, en caso de que no se respeten, explicarse;

d) Señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes.

Tras los trabajos previos de consultas y redacción del articulado, el DOUE de 5 de abril de 2012 publicaba los proyectos de nuevas Directivas e iniciaba su

¹⁷ El mayor número de respuestas procedió del Reino Unido, Alemania y Francia. En el libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 459-516) se recogen las contribuciones presentadas por el grupo de investigación español compuesto por J.M. Gimeno, J.A. Moreno, I. Gallego, M.A. Bernal y T. Medina.

tramitación¹⁸:

— Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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.

— Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública [Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD)].

— Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión [Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 897 final. 2011/0437 (COD)].

Tras el debate parlamentario se han adoptado unos nuevos textos con importantes novedades, estableciendo un plazo de trasposición de dos años. Son las Directivas, 23; 24 25 de 2014, de 26 de febrero, respectivamente. Son las Directivas “de cuarta generación”, que vienen a superar la lógica “armonizadora” de sus predecesoras y optan, como señala G.A. BENACCHIO por prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos de simplificación y eficiencia¹⁹.

Detallaremos brevemente los aspectos más destacados de la nueva regulación, que obligará a reformar nuestra legislación contractual en ese plazo (abril 2016)²⁰.

II.- CONTENIDO DE LA NUEVA DIRECTIVA DE CONTRATACION PUBLICA

La nueva Directiva 2014/23, relativa a la contratación pública, contiene 94 artículos y, por primera vez, se ocupa de aspectos de la ejecución del contrato

¹⁸ De interés es el Dictamen del Comité Económico y Social europeo sobre la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales», la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación pública», y la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, de 29 de junio de 2012), y el Dictamen del Comité de las Regiones — Paquete en materia de contratación pública (2012/C 391/09), publicado en DOUE de 18 de diciembre de 2012.

¹⁹ Vid. “Verso le Direttive di quarta generazione”, en G.A. BENACCHIO/M. COZZIO Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali, Egea, Milano, p. 8.

²⁰ Como ya ha anunciado el Ministerio de Hacienda se han iniciado los trabajos de transposición, con un grupo de expertos.

relacionados con la adjudicación como son las cuestiones relativas a la modificación y a la resolución²¹.

Aparecen artículos totalmente novedosos y otros se adaptan o modifican. Son varias las novedades; cabe destacar el artículo 12 (encargos y convenios), el 24 (conflictos de intereses), el 29 (procedimiento de licitación con negociación, generalizando esta forma de contratación), el 31 (asociaciones para la innovación, otra nueva fórmula para contratar), el 34 (los catálogos electrónicos como una forma para presentar ofertas), el 46 (división del objeto en lotes), el 57 (declaraciones responsables para acreditar la solvencia) el 59 (documento europeo de contratación para acreditar las condiciones de capacidad y solvencia), el 68 (el criterio de adjudicación de coste del ciclo de vida), el 72 (modificación de los contratos), el 73 (resolución de los contratos), los artículos 74, 75 y 76 (régimen de contratación particular para los servicios sociales que permite que los estados miembros puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad del servicio), los artículos 83, 84 y 85 (sobre gobernanza y supervisión).

Los principales cambios que parecen derivar de esta nueva normativa se pueden sintetizar en los siguientes aspectos, siguiendo el diseño explicativo del propio texto de la propuesta normativa:

1) Depuración conceptual, simplificación y flexibilización de los procedimientos de contratación.

La Directiva de contratos públicos pretende clarificar ciertos conceptos que han planteado dudas interpretativas. En concreto pueden destacarse las siguientes cuestiones

a) Se **precisa el concepto de organismo de derecho público**, al incorporar la doctrina del TJUE²². Así, los requisitos que se contienen ahora y que permiten una más fácil constatación son:

²¹ Vid. Borja COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, "Hacia una nueva Directiva de Contratos Públicos" revista digital Noticias jurídicas, mayo 2012 (http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/20120511-hacia_una_nueva_directiva_de_contratacion_publica.html)

²² Me remito a mi trabajo "El ámbito subjetivo de aplicación TRLCSP: luces y sombras", RAP 176, 2008, pp. 9-54. Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y

1.- que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; a tal efecto, un organismo que opera en condiciones comerciales normales, tiene por objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad, no tiene la finalidad de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Es decir, que sin riesgo empresarial en la gestión se cumplirá siempre este requisito (interpretación fijada por la STJUE de 16 de octubre de 2003, en relación a la empresa pública española SIEPSA);

2.- que esté dotado de personalidad jurídica propia. Resultando, indiferente, el

uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27). En relación a la sentencia de 15 de mayo de 2003 que condena al Reino de España (y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005) pueden consultarse en la doctrina española los siguientes trabajos: J.L. PIÑAR MAÑAS, “La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJUE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 585, 2003, J.A. MORENO MOLINA, “Reciente evolución del Derecho Comunitario de la Contratación pública. El asunto C-214/2000”, en GIMENO FELIÚ José María (Coord.) *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004; B. NOGUERA DE LA MUELA, “El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”, en J.M. GIMENO FELIÚ (Coord.) *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, , y también en su estudio “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el Ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, en *Revista Andaluza de Administración Pública* nº 53, 2004, págs.17-45; J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, “El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el Ordenamiento jurídico interno”, *Revista Jurídica de Navarra* nº 37 Enero/Junio 2004, págs. 205-238, J., CARRILLO DONAIRE, “Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 51, 2003, pp. 127-151 y M. A. BERNAL BLAY, “Acerca de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJUE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03 (Comisión Vs. Reino de España) y el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo”, *RAP* núm. 168, 2005, pp. 167-185.

que sea pública o privada, como ha determinado el TJUE (Así se expresa de forma clara en la STJUE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España).

3.- que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público²³.

²³ La STJUE de 11 de junio de 2009 (Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik) determina una interpretación “amplia”, al resolver la cuestión de si un acuerdo celebrado con la caja pública del seguro de enfermedad, de calzado ortopédico fabricado y adaptado individualmente es o no un contrato público sometido a la Directiva 2004/18. En la sentencia se afirma que una financiación, como la analizada, de un régimen público del seguro de enfermedad que tiene su origen en actos del Estado, está, en la práctica, garantizada por los poderes públicos y está asegurada mediante una forma de recaudación de las cotizaciones correspondientes regulada por las disposiciones de Derecho público, cumple el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos. Este dato -sin valorar si su actividad es o no de interés general o industrial o mercantil- lleva al TJUE a afirmar que tales cajas del seguro de enfermedad deben considerarse organismos de Derecho público y, por consiguiente, poderes adjudicadores a efectos de la aplicación de las normas de esta Directiva. La reciente STJUE de 12 de septiembre de 2013 (Asunto IVD GmbH) ha resuelto, en relación aun colegio profesional, de derecho público, que no cumple ni el criterio relativo a la financiación por parte de los poderes públicos cuando dicho organismo está mayoritariamente financiado por las cuotas abonadas por sus colegiados estando facultado por la ley para fijar las cuotas y cobrar su importe, en el caso de que dicha ley no determine el alcance ni la modalidades de las acciones que el mencionado organismo lleva a cabo en el marco de cumplimiento de sus funciones legales, que las mencionadas cuotas debe financiar, ni el criterio relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos por el mero hecho de que la resolución en cuya virtud el mismo organismo fijan importe de las citadas cuotas de base aprobada por una autoridad de supervisión. En todo caso, la necesaria interpretación funcional de este criterio implica que donde exista influencia dominante, al margen de la participación efectiva, existirá control y se entenderá cumplido este requisito. Esa ha sido la doctrina del TJUE: sentencia de 1 de febrero de 2001, que considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización y de sociedades de vivienda de alquiler moderado; y la sentencia de 27 de febrero de 2003 (Adolf Truley). En definitiva, como recuerda BAÑO LEON (“La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP núm. 151, 2000, p. 15) lo que importa al derecho comunitario (desde criterios funcionales), es si la actividad es o no empresarial y si sobre ella tiene influencia determinante el Estado u otro poder adjudicador. También S. GONZALEZ-VARAS, *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 24. Esto puede significar que una empresa pública sin participación superior al cincuenta por ciento de su accionariado, sea poder adjudicador si existe influencia dominante, que siempre existirá si hay de facto un derecho de veto (por ejemplo, empresas públicas con participación público-privada al cincuenta por cien).

Esta nueva definición ha de permitir corregir ciertos problemas interpretativos, aclarando quienes se encuentran sometidos a estas prescripciones. Especial interés tiene, como ha puesto de relieve M.A. BERNAL BLAY, que en el art. 10, precepto dedicado a las “exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios”, se contempla un apartado (j) en el antecitado precepto según el cual quedarían expresamente excluidos del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva:

“los contratos de servicios para campañas electorales identificados en el Reglamento CPV con los códigos 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando fueran adjudicados por un partido político en el marco de una campaña electoral” (Traducción propia del original: *Contracts for political campaign services, falling within CPV 79341400-0, 92111230-3 and 92111240-6, when awarded by a political party in the context of an election campaign*).

Y es que, como bien argumenta, “únicamente partiendo de la consideración de los partidos políticos como “poderes adjudicadores” tiene sentido plantearse con posterioridad otras cuestiones que evoca la excepción a la aplicación de la Directiva que se contempla en el apartado j) de su artículo 10, y que guardan relación con el alcance de la misma. A este respecto debe indicarse que la exclusión se refiere a “contratos celebrados en el marco de una campaña electoral”, de lo cual cabe inferir que, fuera de ese contexto, la celebración de los contratos de servicios relacionados en dicho precepto (servicios de campañas de publicidad, así como la producción de películas de propaganda y la producción de videocintas de propaganda,) no quedaría excluida de la aplicación de la Directiva. La excepción puede tener sentido debido a que el tiempo que duran esas campañas electorales viene legalmente determinado, resultando incompatibles los plazos de campaña con los plazos mínimos que para la presentación de ofertas o solicitudes de participación se contemplan, en función de cada procedimiento”²⁴. Sin duda un cambio de indudable interés, máxime en el actual

²⁴ Vid. M. A. BERNAL BLAY, “Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos”, publicado en www.obcp.es (21 de enero de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/relcategoria.208/relmenu.3/chk.aaaa00f4aae47b021abbfe36d026f5fe>. Es verdad que el considerando 29 parece limitar esta posibilidad. Sin embargo, el mismo reconoce que hay países en que sí pueden tener consideración de poder adjudicador, en tanto exista una mayoría de financiación pública. Está lógica justificaría en España la aplicación de las previsiones de contratación pública tanto por

contexto de falta de transparencia de la gestión política que cuestiona la propia legitimidad de las instituciones administrativas.

b) Se insiste en la **técnica de la compra conjunta** bien mediante centrales de compras o mediante la posibilidad de que varios entes contratantes sumen sus necesidades y tramiten un único procedimiento de licitación, lo que a comportar evidentes economías de escala (artículos 37 a 39)²⁵. En este último caso, la cooperación no exige una estructura estable ni esfuerzo económico. Esta solución plantea como ventaja la innecesaridad de crear una nueva estructura profesional, utilizando los servicios existentes de cada corporación local. Además, no obliga a su utilización de forma ordinaria sino solo para los contratos que así se convenga por los Ayuntamientos interesados. Como inconveniente es que no puede figurar como poder adjudicador la entidad mancomunada²⁶.

c) Especial interés tiene la **supresión de la distinción tradicional entre los servicios denominados prioritarios y no prioritarios (servicios «A» y «B»)** que se contemplan en el Anexo II de la Directiva 2004/18. A juicio de la Comisión ya no está justificado restringir la aplicación plena de la legislación sobre contratación a un grupo limitado de servicios²⁷. La evaluación del impacto y la eficacia de la legislación sobre

las organizaciones políticas que cumplan estos requisitos así como sindicatos y organizaciones empresariales.

²⁵ Centrales de compras llamadas a convertirse en un claro instrumento de colaboración administrativa y que debe traducirse en simplificación de la política de compras públicas para muchos de los sujetos sometidos a esta Ley, especialmente, los pequeños municipios. Me remito a mi trabajo “La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de la organización en el modelo local” , en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2013.

²⁶ Esta técnica de cooperación prevista como agregación de demandas se contempla en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente* (COM(2011) 15 final), de 27 de enero de 2011. Resulta de interés la contribución a dicho documento del grupo de investigación Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España sobre «Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva» (Ref. DER JURI 2009-12116). IP: José M. Gimeno Feliu. Puede consultarse en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 459-516 (en especial, pp. 478-479). Esta misma opinión es sostenida por R. RIVERO ORTEGA, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, 2012, pp. 109.

²⁷ El CESE - Dictamen del Comité Económico y Social europeo sobre la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales», la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación pública», y la

contratación pública de la UE ha puesto de manifiesto que los servicios sociales, de salud y de educación tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada en esos casos. Estos servicios se prestan normalmente en un contexto específico que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a la existencia de distintas circunstancias administrativas, organizativas y culturales. Los servicios tienen, por naturaleza, una dimensión transfronteriza muy limitada. Por lo tanto, los Estados miembros deben disponer de amplias facultades discrecionales para organizar la elección de los proveedores de servicios. La nueva Directiva lo tiene en cuenta y establece un régimen específico para los contratos públicos destinados a adquirir estos servicios, con un umbral más elevado, de 1 00 000 euros, imponiendo únicamente el respeto de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato²⁸. Además, en estos contratos los pliegos de condiciones de las licitaciones podrán contener reglas dirigidas a garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la “responsabilización” de los usuarios y la innovación²⁹. En todo caso, la elección del proveedor de servicios deberá tener en

«propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, de 29 de junio de 2012)-es partidario de mantener la diferencia entre los servicios A y B siempre que exista seguridad jurídica, y la posibilidad de prorrogar los contratos transfronterizos de servicios B. Ya en el Dictamen INT/570 se preconizaba una revisión periódica de la lista de servicios B por parte de la Comisión, al objeto de determinar si algunos servicios B pueden, de manera ventajosa, transformarse en servicios A. En todo caso, el CESE muestra su preocupación en relación con los diversos contratos de servicios públicos que se encontraban previamente en la lista de servicios B y que ahora se han eliminado del anexo XVI y del anexo XVII, según el caso, de las propuestas, anexos dónde se recogen los servicios para los que resultará aplicable el procedimiento regulado en los artículos 74 a 76 o 84 a 86 de ambas propuestas. Por otro lado, el CESE entiende que la referencia a los servicios religiosos y a los prestados por sindicatos que actualmente se incluyen en el anexo XVI y en el anexo XVII de las propuestas debe ser eliminada (apartado 1.16.).

²⁸ A juicio de la Comisión, un análisis cuantitativo del valor de los contratos para la adquisición de este tipo de servicios, adjudicados a operadores económicos extranjeros, ha mostrado que los contratos por debajo de este valor no tienen, en general, interés transfronterizo.

²⁹ Resulta de interés el Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público. Posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen

cuenta la base de la oferta que presente la mejor relación calidad-precio, ponderando criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales .

d) Por otra parte, y con el fin de permitir la mayor concurrencia de licitadores, la nueva regulación propone una revisión y clarificación de los **motivos para la exclusión de candidatos y licitadores** (artículo 57). Los poderes adjudicadores estarán facultados para excluir a los operadores económicos que hayan mostrado deficiencias significativas o persistentes en la ejecución de contratos anteriores. La nueva directiva prevé asimismo la posibilidad de «autocorrección»: los poderes adjudicadores podrán aceptar candidatos o licitadores aunque exista un motivo de exclusión, si estos han tomado las medidas apropiadas para corregir las consecuencias de un comportamiento ilícito e impedir de manera efectiva que se repita la mala conducta. Prima ahora el carácter funcional y no formalista en aras a permitir una mayor concurrencia entre operadores económicos que justifican su solvencia y capacidad.

Asimismo, con arreglo a la Directiva, un poder adjudicador podrá excluir del procedimiento a operadores económicos si detecta infracciones de las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o de las disposiciones internacionales de Derecho laboral. Además, cuando los poderes adjudicadores constaten que una oferta es anormalmente baja debido a infracciones de la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental, estarán obligados a rechazarla.

e) En la línea de la simplificación **procedimental -denominada “caja de herramientas”-**, se habilitan dos tipos básicos de procedimiento ya conocidos: abierto y restringido pero se han acortado los plazos para la participación y la presentación de ofertas, lo que permite una contratación más rápida y más racional.

Además, podrán prever, sujetos a determinadas condiciones, el procedimiento de licitación con negociación, el diálogo competitivo o la asociación para la innovación, un nuevo tipo de procedimiento para la contratación innovadora (artículo 26). El procedimiento de licitación con negociación, regulado en el artículo 29, está contemplado en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del

jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios

Comercio (ACP) , siempre que se contemple en el anuncio de licitación³⁰. Pero esta opción, como bien advierte J.A. MORENO MOLINA, debe estar supeditada a la condición de que se cumplan los principios de no discriminación y procedimiento justo³¹. Las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas. Por ello, sería recomendable residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación. Los elementos que en ningún caso se podrán modificar en el transcurso de la negociación son la descripción de la contratación, la parte de las especificaciones técnicas que defina los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación. Por supuesto, durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato, por lo que no podrán no facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Y tampoco revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este³².

Como bien ha advertido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010, (C-337/1998) Comisión de las Comunidades

³⁰ Los considerados de la Directiva reconocen que existe una necesidad generalizada de mayor flexibilidad y, en particular, de un acceso más amplio a un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones, como las que regula el ACP explícitamente para todos los procedimientos. Por ello plantea que, salvo disposición en contrario en la legislación del Estado miembro de que se trate, los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de utilizar un procedimiento de licitación con negociación conforme a lo establecido en la Directiva, en situaciones diversas en las que no es probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación.

³¹ Vid. J.A. MORENO MOLINA, "La apuesta europea por un mayor recurso a la negociación en la contratación pública", en obcp.es (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1>).

³² Este acuerdo no podrá adoptar la forma de una renuncia general, sino que deberá referirse a la comunicación intencionada de soluciones específicas u otra información confidencial.

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 efectivamente³⁴. 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 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."

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.

f) Interesa destacar el importante cambio normativo en lo relativo a la **anormalidad o desproporción de las ofertas**³⁵. Pues bien la nueva regulación que contiene la Directiva viene a alterar la práctica habitual de esta técnica con una regulación que va a limitar su ejercicio³⁶. Su regulación se encuentra en el artículo 69. Con la nueva regulación (que elimina la previsión que se contenía en el proyecto de limitar esta técnica, al menos a cinco ofertas admitidas y que las diferencias sean de un veinte por ciento con la segunda o de un cincuenta global), se podrá excluir, desde la lógica de la proporcionalidad, a las ofertas que resulten anormalmente bajas. Y para constatar la adecuación se determinan en el artículo 69.3 los siguientes criterios:

a) el ahorro que permite el método de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;

b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;

c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;

d) el cumplimiento, al menos de forma equivalente, de la obligaciones establecidas en el artículo 18.2 (principios) y 71 (subcontratación) de la Directiva;

e) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

Nótese la importancia de los fines sociales, que trata de evitar ofertas muy económicas a costa del deterioro de derechos sociales. El poder adjudicador deberá verificar la información proporcionada consultando justifiquen el bajo nivel de los

³⁵ Esta técnica se fundamenta en la previsión del artículo XIII.4 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio que establece que «...En caso de que una entidad haya recibido una oferta anormalmente más baja que las demás ofertas presentadas podrá pedir información al licitador para asegurarse de que éste puede satisfacer las condiciones de participación y cumplir lo estipulado en el contrato».

³⁶ Sobre esta técnica, por todos, dado su interés práctico, pueden consultarse los trabajos M.A. NARVAEZ JUSDADO, “El precio del contrato y la apreciación de las ofertas anormales” y de f: BLANCO LOPEZ, “La oferta anormalmente baja en la contratación pública. La oferta inaceptable”, en núm. Monográfico *Cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local*, en Revista Estudios Locales núm. 161, 2013, pp. 353-378 y 379-406, respectivamente.

precios o costes, teniendo en cuenta los elementos ya citados³⁷. En consecuencia, los poderes adjudicadores rechazarán la oferta cuando hayan comprobado que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o por las disposiciones internacionales de Derecho social y medioambiental enumeradas en el anexo XI.

Esto no significa libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, exigiéndose un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa —lógicamente— por la normativa. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

Mediante el procedimiento de verificación contradictoria, se tratará de comprobar, por el órgano de contratación, la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones³⁸.

Además, los poderes adjudicadores tendrán a su disposición un conjunto de seis técnicas y herramientas de contratación específicas concebidas para la

³⁷ La oferta que contiene valores anormales o desproporcionados es un indicio para establecer que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ello y que, por tanto, no debe hacerse la adjudicación a quien la hubiera presentado. De acuerdo con ello la apreciación de si es posible el cumplimiento de la proposición o no, debe ser consecuencia de una valoración de los diferentes elementos que concurren en la oferta y de las características de la propia empresa licitadora, no siendo posible, como ya advirtiera la STJUE 27 de noviembre de 2001 (Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni), su aplicación automática.

³⁸ El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al igual que otros órganos de recursos contractuales, tiene sentada una abundante doctrina sobre los fundamentos de la baja anormal o desproporcionada, (entre otros, Acuerdo 14/2011, 4/2013, 5/2013 y 8/2013), de la que deben extraerse dos conclusiones principales. En primer lugar que cuando para la adjudicación deban tenerse en cuenta varios criterios de valoración, los que deben servir de base para determinar si una oferta es o no anormalmente baja deben hacerse constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y, en segundo lugar, que la finalidad de esta apreciación es determinar «que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados».

contratación agregada y electrónica: acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición, subastas electrónicas, catálogos electrónicos, centrales de compras y contratación conjunta. En comparación con la Directiva existente, estas herramientas se han mejorado y aclarado con el fin de facilitar la contratación electrónica, en tanto la misma permite el ahorro, y consecuentemente el beneficio, tanto para las Administraciones como para las empresas. La contratación pública a través de Internet ofrece, además de los beneficios financieros, un acceso más sencillo a los mercados mundiales al proporcionar más visibilidad y unos procesos administrativos más simples. Estos nuevos horizontes pueden ser particularmente beneficiosos para las PYME, al permitirles buscar oportunidades fuera de su entorno más inmediato. En el caso de las administraciones públicas, la licitación electrónica puede posibilitar un proceso integrado, desde la preparación y notificación electrónica y publicación de la licitación, al pago final y cierre del contrato³⁹.

Una importante novedad, junto a los procedimientos ya conocidos la nueva Directiva 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 central⁴⁰. 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 aparte antes de poner en marcha el procedimiento de contratación. Asimismo, pueden fijar algunos límites temporales con mayor flexibilidad previo acuerdo con los participantes. Esta simplificación, en el contexto de una política de “better regulation”, debe favorecer la aplicación de las reglas de la contratación pública, evitando trámites burocráticos innecesarios.

La Directiva, en su artículo 59, prevé la obligación de aceptar las declaraciones responsables de los licitadores como prueba suficiente a efectos de selección (opción

³⁹ Por todos, Vid. J. DOMINGUEZ MACAYA, “La contratación electrónica TRLCSP. Análisis y una respuesta ¿es posible obligar a los licitadores a licitar por medios electrónicos?”, en libro col. *El Derecho de los contratos del Sector Público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008, pp. 194-200.

⁴⁰ Esta opción ya se ha contemplado en el artículo 10 de la Ley 3/2011, de medidas de contratos del Sector Público de Aragón. Vid. A.I. BELTRAN GOMEZ, “Medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos”, *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, ob. Cit., pp. 121-122.

ya contemplada en el artículo 6 de la ley de Aragón 3/2011 de medidas de Contratos del Sector Público)⁴¹. Se confirma así la tesis de que son aplicables los principios de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, porque la aparente exclusión no lo es para las otras previsiones del artículo 5 (simplificación administrativa)⁴². En nada se cuestiona las reglas de capacidad del contratista con este modelo, pues los criterios de solvencia lo son para poder contratar y no para poder licitar. Esto justifica que exista ahora un primer trámite de declaración responsable para posterior comprobación antes de la adjudicación al licitador seleccionado. En pleno siglo XXI y en un contexto de simplificación parece lógico posponer aun trámite posterior más sencillo la comprobación documental, lo que se traduce en un ahorro de costes no solo para la administración sino para los potenciales licitadores, facilitando el que puedan presentar ofertas y funciones adecuadamente el principio de economías de escalas (advuértase que las PYMEs no suelen disponer de gran capacidad administrativa especializada, por lo que resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos). Por otra parte, 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.

⁴¹ Me remito a mi trabajo “La Directiva Servicios y la contratación pública: hacia la simplificación administrativa”, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XII, 2010, pp. 409-443.

⁴² Así debe entenderse el considerando 57 de la Directiva “Servicios”. No en vano ambas Directivas –impulsadas por el mismo Comisario europeo- tienen o persiguen un mismo objetivo: la consecución efectiva del mercado interior europeo mediante la simplificación, flexibilización y modernización. Vid. T.MEDINA ARNAIZ, “Impacto sobre la Administración autonómica en cuanto a la simplificación de los trámites a los prestadores de servicio”, en Libro colectivo Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León, núm. 13, dedicado al IMPACTO DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN CASTILLA Y LEÓN dirigido por D.J. Vicente Blanco y R. Rivero Ortega, 2010, p.435. También A. SANMARTIN MORA defiende la necesidad de simplificación del marco de la contratación pública. “Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias”, en libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*. Zaragoza, 2010 p. 419

Así, la nueva normativa comunitaria pretende un sistema completamente electrónico, al menos en lo referente a la presentación telemática de ofertas o solicitudes en todos los procedimientos de contratación en un plazo de transición de dos años. La Directiva 2014/23 establece la obligación de transmitir los anuncios en formato electrónico, poner la documentación de la contratación a disposición del público por medios electrónicos y adoptar una comunicación totalmente electrónica, en particular por lo que respecta a la presentación electrónica de ofertas o solicitudes, en todos los procedimientos de contratación. 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.

2) Utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos.

El nuevo paquete legislativo comunitario, como se ha explicado al comienzo de este trabajo, se basa en un planteamiento de capacitación consistente en proporcionar a los poderes adjudicadores los instrumentos necesarios para contribuir a la realización de los objetivos estratégicos de Europa 2020 –lo que acredita la vinculación de contratación pública a otras políticas sectoriales–, utilizando su capacidad de compra para adquirir bienes y servicios que promuevan la innovación, el respeto del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático mejorando al mismo tiempo el empleo, la salud pública y las condiciones sociales⁴³.

a) En relación a **los criterios de adjudicación**, el artículo 67 de la Directiva establece que los criterios de adjudicación de los contratos públicos se adjudicarán a ofertas económicamente más ventajosas. La oferta económicamente más ventajosa se determinará sobre la base del *precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales* vinculados al objeto del contrato público de que se trate. *Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:*

⁴³ Por su interés, me remito al libro colectivo dirigido por J. PERNAS, *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, *las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;*

b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, *en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato; o*

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

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

En definitiva, se busca un elemento de comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala a fin de conseguir una óptima eficiencia de fondos públicos que ponga en valor la relación calidad/precio. El elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse, tal como los que se citan expresamente, a la naturaleza de los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán⁴⁴. Debe, además, exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato. La previa concreción de los distintos criterios de adjudicación que serán objeto de valoración es un requisito esencial pues como ha recordado STJUE de 24 de noviembre de 2008, *Alexandroupulis*, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores⁴⁵. Conviene insistir en la necesidad de que los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJUE de 4 de diciembre de 2003 (*EVN y Wienstrom*), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores.

En todo caso, como bien recuerda la STJUE de 24 de enero de 2008 (*Lianakis*) cuya doctrina confirma la STJUE de 12 de noviembre de 2009, Comisión República

⁴⁴ Vid. G. DOMENECH PASCUAL, “La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos Públicos”, Revista General de Derecho Administrativo núm. 30, 2012. En este trabajo se realiza un exhaustivo repaso de la jurisprudencia en la materia.

⁴⁵ La Resolución 107/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 15 de abril de 2011, analiza la cuestión de la necesaria precisión en el Pliego de cláusulas Administrativas particulares sobre los criterios concretos que se seguirán por el órgano de evaluación de ofertas en relación con la determinación de los criterios de adjudicación, siendo insuficiente la simple mención en los Pliegos de la puntuación máxima a otorgar.

Helénica, no pueden confundirse los criterios de aptitud con los de oferta económicamente más ventajosa:

“26 Se desprende de la jurisprudencia que, si bien es cierto que la Directiva 92/50 no excluye, en teoría, que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente, no lo es menos que ambas operaciones son operaciones distintas y que se rigen por normas diferentes (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 15 y 16).

27 En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados en los artículos 31 y 32 de dicha Directiva (véase, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 17).

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

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

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

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

Por otra parte, debe recordarse que estos criterios deben ser conocidos con carácter previo y ser claros a fin de garantizar el principio de igualdad de trato. La Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, contra Reino de España, ha declarado que:

“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 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).”

Además, la nueva Directiva, como principal novedad, ofrece a los poderes públicos la posibilidad de **justificar sus decisiones de adjudicación, en tanto oferta económicamente más ventajosa, en el coste del ciclo de vida** de los productos, los servicios o las obras que se van a comprar (artículo 68). El ciclo de vida abarca todas las etapas de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento o la finalización. Los costes que deben tenerse en cuenta no incluyen solo los gastos monetarios directos, sino también los costes medioambientales externos, si pueden cuantificarse en términos monetarios y verificarse. En los casos en que se haya elaborado un método común de la Unión

Europea para el cálculo de los costes del ciclo de vida, los poderes adjudicadores deben estar obligados a utilizarlo.

En consecuencia, los poderes adjudicadores podrán hacer referencia a todos los factores directamente vinculados al proceso de producción en las especificaciones técnicas y en los criterios de adjudicación, siempre que se refieran a aspectos del proceso de producción que estén estrechamente relacionados con la producción de bienes o la prestación de servicios en cuestión. Esto excluye los requisitos no relacionados con el proceso de producción de los productos, las obras o los servicios a los que se refiera la contratación, como los requisitos generales de responsabilidad social corporativa que afectan a toda la actividad del contratista (en tanto son criterios de solvencia).

b) Igualmente, los poderes adjudicadores podrán exigir que las obras, los suministros o los servicios **lleven etiquetas específicas que certifiquen** determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo, siempre que acepten también etiquetas equivalentes (artículo 43). Esto se aplica, por ejemplo, a las etiquetas ecológicas europeas o plurinacionales o a las etiquetas que certifican que un producto se ha fabricado sin trabajo infantil. Estos regímenes de certificación deben referirse a características vinculadas al objeto del contrato y estar basados en información científica, establecida en un procedimiento abierto y transparente y accesible para todas las partes interesadas⁴⁶. Con este sistema se pretende introducir un modelo de certificación sobre criterios de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos (ya admitido y fomentado por la Comunicación de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos de 15 de octubre de 2001 - COM(2001) 566 final-)⁴⁷, protección del medio ambiente (admitidos como

⁴⁶ Obviamente, no puede establecerse criterios que bajo la apariencia de objetivos no tengan otra intención que la de la participación final de una determinada empresa, pues se vulnera el principio de igualdad de trato referido en el artículo 18.2 de la Directiva.

⁴⁷ El Parlamento Europeo, en su resolución sobre el Libro Verde de la Comisión sobre la contratación pública en la unión Europea: reflexiones para el futuro (COM(96)0583 -C4-0009/97) insiste en la necesidad de incorporar adecuadamente los aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública y, en general, en los distintos fines inherentes al proceso de integración comunitaria por referencia a los contratos públicos. Sobre esta cuestión es de interés el reciente trabajo de T. MEDINA ARZAIZ, "La contratación pública

válidos por la Comunicación de la Comisión sobre contratación pública y cuestiones medioambientales de 28 de noviembre de 2001 - COM (2001) 274 final-)⁴⁸.

c) La **investigación y la innovación desempeñan un papel central** en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador⁴⁹. 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. Con este fin, la Directiva establece la asociación para la innovación, un nuevo procedimiento especial para el desarrollo y la ulterior adquisición de productos, obras y servicios nuevos e innovadores, que, no obstante, deben suministrarse dentro de los niveles de prestaciones y de costes acordados⁵⁰. Además, la nueva regulación mejora y simplifica el procedimiento de diálogo competitivo y facilita la contratación conjunta transfronteriza, un instrumento importante para realizar adquisiciones innovadoras.

Esta estrategia de compra pública innovación se articula a través de dos tipos de medidas: mediante un incremento en la demanda de productos y servicios innovadores, y a través de la llamada «contratación precomercial», entendida ésta como perteneciente a la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización y que cubre actividades como la exploración de soluciones que son propias de las fases de diseño, creación de prototipo, productos de prueba y preproducción, deteniéndose antes de la producción comercial y venta⁵¹.

socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, REDA núm. 153, 2012, pp. 213-240.

⁴⁸ Estos supuestos son citados, a modo ejemplificativo, por Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública. Y es que, como acertadamente destaca PRIETO ALVAREZ, resulta evidente la ventaja comercial derivada de un certificado de garantía ecológica como es la ecoetiqueta. “Medio ambiente...”, ob. Cit., p. 129.

⁴⁹ En el Libro Verde *Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE*, COM (2011) 48 final, de 15 de febrero de 2011, se indica que el logro de los objetivos ampliamente respaldados de crecimiento inteligente, sostenible e integrador fijados en Europa 2020 depende de la investigación y la innovación, que constituyen los motores fundamentales de la prosperidad social y económica, así como de la sostenibilidad del medio ambiente.

⁵⁰ Especial interés tiene el estudio de 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”, *Observatorio de Contratos Públicos 2010 (...)*, op. cit., págs. 43- 101.

⁵¹ Sobre la contratación precomercial resulta de interés la Comunicación de la Comisión *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles*, COM (2007) 799, de 14 de diciembre de 2007 y la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de febrero de 2009 (2008/2139 (INI), publicada en el DOUE C 67E,

Una característica propia de la contratación precomercial es el reparto de riesgos y beneficios según las condiciones de mercado, ya que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su 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. En este caso, es decir, cuando la entidad del sector público efectúa el reparto de riesgos y beneficios a precios de mercado, los servicios de I+D pueden prestarse sin someterse a la normativa contractual en virtud de una de las exclusiones recogidas en las Directivas de la UE sobre contratación pública. Concretamente se trata del artículo 16.f) de la Directiva 2004/18/CE por el cual “La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios: (...) f) 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” y del artículo 24.e) de la Directiva 2004/17/CE que señala que “La presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios: [...] e) referentes a los servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan 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”⁵².

de 18 de marzo de 2010. Acerca de su incidencia en la legislación española, CORTÉS MORENO, Á., “La contratación precomercial y la Ley de Contratos del Sector Público. Su reflejo en la Ley de Economía Sostenible”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 9, 2011, págs. 1109 - 1119.

⁵² A este respecto, ha de señalarse que la «contratación precomercial» se incorpora a la legislación contractual española a través de la reforma de la LCSP por parte de la LES. Así, el artículo 38 LES persigue fomentar la contratación pública de actividades innovadoras mediante contratos de investigación y desarrollo. Estos contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP al incorporarse a la Ley de Contratos un nuevo supuesto al artículo 4.1 LCSP - concretamente la letra r -. Esta reforma de la LCSP se concreta en la Disposición final decimosexta LES que amplía el elenco de estos negocios al señalar que están excluidos de la aplicación de la LCSP “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. 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”. Asimismo, en nuestro derecho, la promoción de la innovación desde la contratación pública además de tener encaje en la LES, tiene reconocimiento en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación y

Este procedimiento específico y novedoso 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 (...) sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición⁵³. Aunque tiene ciertas semejanzas con el procedimiento negociado, su función permite afirmar que tiene autonomía y significado propio. Y de ahí su distinción (lo que exige conocer bien como aplicar el procedimiento negociado).

En la asociación para la innovación, al ser único el procedimiento, el socio que presente la mejor oferta tecnológica será el adjudicatario de la obra, suministro o servicio. En su primera fase (pre-comercial), la asociación se equipara a una contratación pre-comercial de grado mínimo, puesto que la tecnología buscada o ya existe –y pretende mejorarse– 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»; artículo 31.2).

en la Estrategia Estatal de Innovación (e2i) 2010. Véase, T. MEDINA ARNÁIZ, T., “Las principales novedades en la normativa contractual (...)”, *Comentarios a la ley de economía sostenible*, libro coord. por Santiago A. Bello Paredes, La Ley, 2011, pp.119-163.

⁵³ Este nuevo procedimiento no debe confundirse con la compra pre-comercial. La contratación pre-comercial fue expresamente excluida del ámbito de aplicación de la normativa contractual comunitaria (artículo 16 f) de la Directiva 2004/18/CE). La asociación para la innovación contiene un solo procedimiento dividido en dos fases principales. Por el contrario, el punto y final de la contratación pre-comercial en el diseño de los bienes o servicios reclamados por el órgano de contratación. Su producción o prestación se licitará en un procedimiento separado. Esta técnica es analizada en el Informe 2/2010, de 17 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón: características donde se advierte que estos contratos tienen ciertas singularidades: a) El interés público perseguido es la obtención de recursos y el fomento de la investigación. b) La regla general es la aleatoriedad del contrato, que no responde a una necesidad previa del ente público. c) El impulso e iniciativa del contrato procede de fuera de la Administración, por tanto no cabe promover concurrencia y la falta de ellos no compromete fines esencialmente administrativos. Como ha advertido A. LOPEZ MIÑO, que analiza de forma excelente las diferentes formas de compra innovadora. la falta de un marco jurídico europeo sobre compra pre-comercial 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, de ahí que haya que extremar el cuidado en la elección de esta modalidad contractual “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública” en J. PERNAS GARCÍA (Dir.) *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2013, pp. 213-248.

En cuanto al procedimiento, el órgano de contratación iniciará el procedimiento mediante la publicación de la convocatoria de licitación. Es conveniente la consulta del mercado para obtener información sobre la estructura y la capacidad de un mercado, al mismo tiempo que informa a los agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos. Sin embargo, los contactos preliminares con los participantes del mercado no deben dar lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia⁵⁴.

La Directiva enfatiza el deber de motivación que incumbe a la autoridad contratante, y que afecta a tres elementos: la necesidad de los productos innovadores; la elección del procedimiento y la participación en el mismo. Motivación que no puede ser sucinta y que debe acomodarse a los parámetros de razonabilidad y racionalidad (en el fondo, 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).

En la documentación de la contratación el poder adjudicador precisará, en primer lugar, *«la necesidad de productos, servicios y obra innovadores que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios y obras ya disponibles en el mercado»*. Es decir, frente a la compra ordinario, donde se determina un concreto objeto, en este procedimiento se prevé una necesidad. Motivo por el que no existe un PTT clásico, sino un pliego de prescripciones funcionales⁵⁵.

Los operadores económicos dispondrán de un plazo no inferior a treinta días para presentar sus solicitudes de participación, a contar desde la fecha de envío del anuncio de licitación.

⁵⁴ Al respecto es interesante la descripción que se realiza en el trabajo ya citado de A. LOPEZ MIÑO, “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública” en J. PERNAS GARCÍA (Dir.), *ob.cit.*, pp, 229-237.

⁵⁵ Con fecha 20 de noviembre de 2013 se ha publicado una nueva Norma UNE-EN 16271:2013 *Gestión del Valor. Expresión funcional de necesidades y pliego de especificaciones funcionales. Requisitos para la expresión y validación de las necesidades a satisfacer por un producto en el proceso de adquisición u obtención del mismo*. Esta Norma es la versión oficial en español de la Norma Europea EN 16271:2012, y ha sido elaborada por el comité técnico AEN/CTN 144 *Gestión del Valor. Análisis del Valor. Análisis Funcional*, cuya Secretaría desempeña IAT. El PEF es compatible con las normas aplicables a contratos públicos y aporta gran valor en los mecanismos de Compra Pública Innovadora (CPI), 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, en la medida en que en las licitaciones deben expresarse las necesidades requeridas en términos funcionales.

Los criterios de selección son, al igual que en la Directiva 2004/18/ CE, la habilitación para ejercer la actividad profesional, la solvencia económica y financiera y la capacidad técnica y profesional aunque con la especialidad de que debe valorarse en la admisión de la experiencia de la empresa y de sus recursos humanos como criterio de solvencia técnica y profesional. Se impone al órgano de contratación que priorice los criterios de selección relativos a la capacidad de los candidatos en el ámbito de la investigación y el desarrollo, así como en lo que se refiere al desarrollo y la aplicación de soluciones innovadoras. Y se prevé la posibilidad de reserva a favor de PYMES innovadoras, lo que nos ofrece la visión estratégica que debe tener este procedimiento.

Tras la selección se invita a presentar oferta (solo los seleccionados) y es posible determinar un número máximo de licitadores a invitar (mínimo de 3). A la hora de sustanciar la adjudicación del contrato, la Directiva se remite a las normas del procedimiento negociado. Y deben ser decisivos los aspectos técnicos, lo que exige formular las especificaciones técnicas de manera funcional para no limitar indebidamente las soluciones de innovación.

Por supuesto, la confidencialidad, principio inherente a toda contratación pública, debe ser especialmente vigilada por cuanto hay que evitar políticas de competencia desleal o uso indebido de la información obtenida en el procedimiento⁵⁶.

La adjudicación debe realizar a favor de la oferta económicamente más ventajosa: rentabilidad y ciclo de vida aunque una característica muy especial –y quizá difícil de asumir por los gestores poco iniciados- es que puede haber varios adjudicatarios del contrato, y estos podrán estar ocupados, en paralelo y de manera competitiva, en el desarrollo de las soluciones innovadoras. Es por ello que, al finalizar cada una de las fases de investigación, y tras evaluar los resultados alcanzados por cada uno de los adjudicatarios, la entidad contratante podrá reducir el número de contratistas procediendo a la extinción de los contratos individuales. Obviamente, el uso de tal potestad deberá haberse contemplado previamente en la documentación del contrato, definiendo además el procedimiento para hacerla efectiva.

⁵⁶ Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información.

El valor y la duración de un contrato para la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes deberán mantenerse dentro de los límites apropiados (sin las rigideces de la compra ordinaria), teniendo en cuenta la necesidad de recuperar los costes contraídos, en concreto los derivados del desarrollo de una solución innovadora, y de conseguirse un beneficio razonable. A su vez, debe tenerse en cuenta que la nueva regulación comunitaria ha previsto, de forma lógica al fundamento y función de este procedimiento, la necesidad de regular el régimen aplicable a los derechos de propiedad intelectual durante la ejecución y al término de la asociación para la innovación. En aras del principio de igualdad de los licitadores, el órgano de contratación determinará dicho régimen en los documentos preparatorios de licitación, de manera que todos los candidatos tengan conocimiento del mismo en el momento de realizar sus ofertas. Es este un elemento clave pues del mismo depende en éxito de la asociación. Y en un procedimiento con riesgos, como es este, la seguridad del modo de retribución en una exigencia.

d) En esta nueva visión estratégica **es objetivo fundamental la mejora del acceso al mercado para las PYME y las empresas incipientes**. Esta es una de las estrategias en las que viene insistiendo desde hace un tiempo la Comisión y que debe aconsejar redefinir el modelo normativo de la contratación pública⁵⁷. Decisión que no es de proteccionismo, sino que pretende asegurar una efectiva concurrencia entre todos los operadores económicos dentro del marco normativo nacional-comunitario⁵⁸.

Es elocuente el Considerando 78 de la nueva Directiva:

“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las pymes. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las pymes. A tal efecto y para

⁵⁷ En extensión, me remito a mi trabajo “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación de la economía”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Ob. Cit., pp. 59-84.

⁵⁸ En extenso me remito a mi trabajo “La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 59 a 84.

aumentar la competencia, se animará a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las pymes, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las pymes o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos.

.....

Los Estados miembros deber seguir gozando de libertad para prolongar sus esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños, exigiendo a los poderes adjudicadores que aporten una justificación de la decisión de no dividir los contratos en lotes o haciendo obligatoria la división en lotes bajo ciertas condiciones. A este mismo respecto, los Estados miembros deben gozar también de la libertad de facilitar mecanismos para efectuar pagos directos a los subcontratistas”.

Sin duda, la mayor participación de las PYMEs en las compras públicas generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que ofrecerá a las entidades adjudicadoras una mejor relación calidad-precio en sus adquisiciones. Por otra parte, la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública permitirá a las PYMEs desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía⁵⁹. Las posibilidades para facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos pueden agruparse en torno a dos grandes estrategias. La primera es la reserva de contratos. Y la principal exponente de esta estrategia es Estados Unidos donde su Small Business Act reserva el 25 % de los contratos públicos federales a las PYMEs estadounidenses⁶⁰. No obstante,

⁵⁹ Vid. mi trabajo 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, Cizur Menor, 2010, pp. 360 a 363. También J.A. MORENO MOLINA defiende una nueva regulación más eficiente que favorezca el acceso de las PYMEs a los mercados públicos, “El nuevo TRLCSP”, núm 115 Revista Contratación Administrativa Práctica, La Ley, 2012, p. 19.

⁶⁰ El texto de la *Small Business Act* puede consultarse desde la página web <http://www.sba.gov/regulations/sbaact/sbaact.pdf> de la Small Business Administration. un

en el ámbito de la UE no se plantea la cuestión de fijar cuotas a favor de las PYMEs, puesto que, de una parte, se calcula que aproximadamente el 42 % del volumen global de contratos públicos (datos de 2005) se adjudica a empresas consideradas PYMEs, y de otra, se considera que la adopción de medidas proteccionistas similares a las anteriores no contribuiría a alcanzar el objetivo general que debe perseguir la Unión Europea consistente en abrir los mercados⁶¹.

Conviene recordar que en el ámbito de la UE, la Comisión Europea presentó el 25 de junio de 2008 una Comunicación al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «Pensar primero a pequeña escala»: «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas⁶². La «Small Business Act para Europa» aspira a mejorar el enfoque político global con respecto al espíritu empresarial, a fin de fijar irreversiblemente el principio de «pensar primero a pequeña escala» en la formulación de políticas, desde la elaboración de normas hasta los servicios públicos, y promover el crecimiento de las PYMEs ayudándolas a afrontar los problemas que siguen obstaculizando su desarrollo⁶³.

Como complemento de lo anterior, los Servicios de la Comisión Europea presentaron también el 25 de junio de 2008 un documento de trabajo (orientativo, que muestra la opinión de los Servicios de la Comisión, pero que no puede

agencia federal creada en 1953 para ayudar, aconsejar, asistir y proteger los intereses de los pequeños empresarios (-en español- <http://www.sba.gov/espanol/>).

⁶¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 29 de mayo de 2008 sobre el tema «Contratos públicos internacionales» (2008/C 224/06).

⁶² COM(2008) 394 final. La denominación simbólica de «Act» de esta iniciativa subraya la voluntad política de reconocer el papel central de las PYMEs en la economía de la UE y de articular por primera vez un marco político completo para la UE y sus Estados miembros.

⁶³ El DOUE de 22 de diciembre de 2011, publica el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Revisión de la “Small Business Act” (SBA) para Europa» COM(2011) 78 final (2011/C376/09). El Comité afirma en dicho dictamen, en materia de contratación pública:

"3.3 Acceso a los mercados

3.3.1 La SBA reconoce la necesidad de facilitar el acceso de las PYME a la contratación pública. Para fomentar su participación en la contratación pública, no sólo se deben simplificar los procedimientos, sino también crear políticas favorables a las PYME en los Estados miembros, algo que por el momento sólo ocurre en algunos de ellos.

3.3.2 El CESE considera urgente aplicar plenamente el «Código Europeo de Buenas Prácticas» (3) en la contratación pública; exhorta a la Comisión y a los Estados miembros a adoptar políticas favorables para facilitar un acceso más eficaz de las PYME y las microempresas a los contratos públicos

considerarse vinculante para la Institución) que podría ser el embrión de un CÓDIGO EUROPEO DE BUENAS PRÁCTICAS para facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos⁶⁴. El «Código de buenas prácticas» se presenta con la intención de ayudar a las autoridades públicas a desarrollar «estrategias», «programas» o «planes de acción», con el objetivo específico de facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos⁶⁵. El objetivo general del «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos» es permitir a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores aprovechar plenamente el potencial de las Directivas sobre contratación pública, a fin de garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas. Concurrencia que debe ser perfilada desde el cumplimiento del marco normativo social, ambiental, etc. exigible a las empresas del contexto comunitario con el objetivo de no fomentar la deslocalización empresarial y poder comparar ofertas económicas desde el requisitos previo de empresas “equivalentes” en lo relativo al cumplimiento de las políticas sectoriales articuladas por lo distintos estados de la Unión, lo que no debe entenderse como un proteccionismo sino como un instrumento de tratamiento de igualdad entre las empresas (amparado, por demás en el vigente Tratado GATT). Y es que en modo alguno puede justificarse que la propia recesión económica, en una aplicación absoluta del principio del valor económico de la oferta como elemento de decisión en la compra pública, se traduzca en un proceso de destrucción del tejido productivo empresarial español y europeo, en tanto con tal opción se incrementarán los efectos de la crisis creando una fractura social de difícil recomposición⁶⁶. Es momento de exigir la “calidad” empresarial como parámetro previo para la participación de un proceso de licitación pública, exigiendo como requisito ciertos estándares sociales y ambientales (lo que se traducirá en un ajuste del mercado público a empresas “responsables” aunque el precio final que se obtenga por la prestación sea mayor).

⁶⁴ SEC (2008) 2193. Este documento tiene por objetivos: 1) proporcionar a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores orientaciones sobre cómo pueden aplicar el marco jurídico comunitario de manera que facilite la participación de las PYMEs en los procedimientos de adjudicación de contratos, y 2) destacar las normas y prácticas nacionales que potencian el acceso de las PYMEs a los contratos públicos.

⁶⁵ Para más información puede consultarse la página web: http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/public_procurement.htm

⁶⁶ Así lo he defendido en mi trabajo “La necesidad...”, ob. Cit., pp. 64-65.

Los problemas que las PYMEs encuentran para acceder a los contratos públicos se encuentran localizados, principalmente, en el ámbito de la capacidad/solvencia que se exige para concurrir a las licitaciones, el acceso a la información sobre los contratos, las cargas administrativas y burocráticas que deben superarse en la tramitación de los expedientes de contratación y los retrasos en el cumplimiento de sus obligaciones (de pago, fundamentalmente) por parte de las entidades adjudicadoras. Para superar estos problemas, las propias PYMEs han llegado a afirmar que lo más necesario para facilitar el acceso de las mismas a los contratos públicos no es tanto la introducción de modificaciones en la normativa sobre contratación pública, sino más bien un cambio en la mentalidad de los poderes adjudicadores.

Al hilo de cada uno de los problemas que se han identificado como obstáculos para el acceso de las PYMEs a los contratos públicos se presentan a continuación una serie de medidas a incorporar al Código de contratos Públicos que podrían servir para superar dichos problemas. Las medidas que se deberían adoptar, sucintamente, serían las siguientes:

1.- Las Directivas sobre contratación pública permiten que los contratos se adjudiquen por lotes separados (artículo 46). **La subdivisión de las compras públicas en lotes** facilita, evidentemente, el acceso de las PYMEs, tanto en términos cuantitativos (el tamaño de los lotes puede corresponderse mejor con la capacidad productiva de la PYMEs) como cualitativos (puede haber una correspondencia más estrecha entre el contenido de los lotes y el sector de especialización de la PYMEs). Una vez delimitados los lotes del contrato (siempre que se trate de prestaciones susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o cuando así lo exija la naturaleza del objeto) procederá determinar, en el Pliego de cláusulas particulares las posibilidades de licitación. En función del tipo de prestaciones, y del mercado de oferentes de las mismas, podrá optarse bien por no limitar las posibilidades de licitación, o bien por repartir la adjudicación de los lotes entre los distintos oferentes, determinando la incompatibilidad para ser adjudicatario de varios de los lotes licitados.

De una parte, conceder la posibilidad de licitar por un número ilimitado de lotes presenta la ventaja de no disuadir a los contratistas generales de participar ni desincentivar el crecimiento de las empresas (es la opción de Austria o Francia, por

ejemplo). Esta opción sería adecuada cuando no hay un mercado de oferentes del producto muy extenso. Sin embargo, presenta el inconveniente de que puede darse el caso de que una misma empresa resulte adjudicataria de un número elevado de lotes y que no se encuentre capacitada para ejecutarlos todos de forma simultánea.

De otra parte, en ocasiones (especialmente en los supuestos en los que hay una gran cantidad de oferentes de la misma prestación) los órganos de contratación pueden estar interesados en “orientar” la licitación por lotes para fomentar que accedan al contrato la mayor cantidad posible de ellos. Para ello, el órgano de contratación puede establecer en el Pliego de cláusulas particulares regulador de un contrato cuyo objeto haya sido dividido en lotes, que un licitador pueda licitar a uno o unos lotes determinados, pero no a otros, o que no puede licitar a todos los lotes en que se divide el objeto del contrato⁶⁷. La subdivisión de los contratos en lotes, además de favorecer la participación de PYMEs, intensifica la competencia entre los licitadores, lo que redundará en beneficio de los poderes adjudicadores, siempre que tal subdivisión sea viable y resulte adecuada a la luz de las obras, suministros y servicios de que se trate.

Una variante de la división en lotes es la licitación por artículos, y proporciona las mismas ventajas que la división en lotes del objeto del contrato. Cuando lo que se pretende es la adquisición de artículos funcionalmente independientes pero cuyas características técnicas determinan una innegable relación los unos con los otros (por ejemplo, suministros de oficina, mobiliario, etc.) puede licitarse cada categoría de

⁶⁷ La propia Dirección General del Servicio Jurídico del Estado avaló tal posibilidad en su Informe de 28 de julio de 2006 al razonar que “...el establecimiento de varios lotes y la posibilidad de adjudicar cada uno de ellos a contratistas distintos permite a la Administración contar con una mayor garantía de cumplimiento, pues si alguno de los contratistas no puede cumplir con la entrega del lote o lotes adjudicados, la circunstancia de que el resto de lotes hayan sido adjudicados a empresarios distintos evita que la Administración quede completamente desabastecida. De ahí que resulte lógico entender que lo que establece el artículo 67.5.a) del RGCAP es una facultad de la Administración de decidir si se admite la licitación de uno, varios, o todos los lotes, pues, según las concretas circunstancias de cada contrato, puede interesar a la Administración diversificar, mediante un reparto por lotes, el número de suministradores contratados...”

artículos de manera individual. Con ello no se produce un fraccionamiento contractual sino un agrupamiento de artículos en lotes que se tramitan en un único expediente⁶⁸.

2.- Otra posibilidad (modelo irlandés) sería, de manera simultánea con la convocatoria, licitación y adjudicación de contratos de obras (especialmente en los casos de obras de nueva planta, pero también en las de primer establecimiento, reforma o gran reparación), publicar, licitar y adjudicar los contratos correspondientes a alguno de los ámbitos especializados (instalaciones eléctricas, mecánicas, fontanería, alicatados, etc.) a distintos operadores por separado. En las condiciones de ejecución (que se harían constar en el Pliego de cláusulas particulares) de cada uno de estos contratos, así como en las del contrato principal, habría de señalarse la obligación del adjudicatario de estos contratos especializados de coordinarse con el adjudicatario del contrato principal de obras, así como con el resto de intervinientes. Para garantizar dicha coordinación, debería recurrirse a la figura del responsable del contrato (más bien del proyecto o Project Manager), licitando el oportuno contrato cuando dicha persona (física o jurídica) no se encuentre integrada en la estructura orgánica del Ente adjudicador. Idéntica solución puede adoptarse para la primera licitación de servicios auxiliares o complementarios de la obra construida (por ejemplo la limpieza, la seguridad o el mantenimiento de las instalaciones construidas).

3.- Se debe fomentar la posibilidad de que las PYMEs se agrupen y aprovechen su capacidad económica, financiera y técnica conjunta. Los operadores económicos pueden recurrir a la capacidad económica, financiera y técnica de otras empresas, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, a fin de demostrar que satisfacen el nivel de competencia o capacidad exigido por el poder adjudicador (artículo 63). No obstante, el operador económico debe demostrar que dispondrá de los recursos necesarios para la ejecución del contrato.

Los distintos poderes adjudicadores –al margen de su consideración como Administración Pública- están obligados a aceptar esas formas de cooperación entre PYMEs. A fin de favorecer la mayor competencia posible, conviene que los poderes adjudicadores pongan de manifiesto esa posibilidad en el anuncio de licitación.

⁶⁸ De esta manera, podrían acceder a la licitación PYMEs especializadas en cada categoría de productos que, cuando se licitan lotes, no pueden licitar por no disponer de la totalidad de los productos o artículos que integran cada lote.

Admitida de forma genérica en la normativa la posibilidad de acreditar la solvencia propia mediante el recurso a medios ajenos, convendría que los órganos de contratación orientaran al licitador sobre cómo debe materializarse la acreditarse ante el mismo la disposición efectiva de esos medios externos. El artículo 63 de la Directiva 2014/23 viene a aclarar la discrepancia sobre qué tipo de solvencia puede acreditarse utilizando recursos ajenos (existen criterios divergentes en cuanto a la posibilidad de acreditar la solvencia económica y financiera entre la JCCA del Estado -Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003- y la JCCA de Aragón -Informe 29/2008, de 10 de diciembre-), estableciendo la regla de que se pueden integrar todo tipo de solvencia, incluida la económica, *“un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar al poder adjudicador que dispondrá de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. En cuanto a su solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán exigir que el operador económico y dichas entidades sean responsables solidarios de la ejecución del contrato”*.

Por lo demás, y dado que la implantación de esas formas de cooperación entre PYMEs exige tiempo, los poderes adjudicadores deberían aprovechar la posibilidad de preparar el mercado para futuras contrataciones, publicando anuncios de información previa que den a los operadores económicos margen de tiempo suficiente para preparar ofertas conjuntas. Es evidente que todas estas disposiciones y prácticas facilitan la constitución de agrupaciones de PYMEs independiente.

4.- Una de las herramientas clave para incrementar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos es la extensión, en su concreta aplicación, de la figura de los acuerdos marco con varios operadores económicos y no exclusivamente con un único operador. A través de este procedimiento “precontractual” los poderes adjudicadores cuentan con la posibilidad de celebrar un acuerdo marco con varios operadores económicos y de organizar posteriores «mini licitaciones», abiertas a la participación de las partes en el acuerdo marco, a medida que se vayan haciendo patentes las necesidades de suministro del poder adjudicador. Frente a los mecanismos habituales de licitación, en los que el poder adjudicador busca un proveedor que le suministre

todos los bienes durante un período determinado —lo que podría favorecer a empresas de mayores dimensiones—, los acuerdos marco pueden brindar a las PYMEs la posibilidad de competir por contratos que se hallen en condiciones de ejecutar. Tal es el caso, en particular, de los acuerdos marco que abarcan a un gran número de operadores económicos y están subdivididos en lotes, o de los contratos basados en tales acuerdos marco que se adjudican por lotes. Estas “mini licitaciones” deberían apoyarse en medios electrónicos con plazos cortos y criterios muy reglados.

5.- Hay que **mejorar el acceso a la información por parte de las PYMEs** a través de las posibilidades que ofrece la contratación pública electrónica (e-procurement). Como ya se ha explicado en este trabajo, sin efectiva información no hay transparencia ni concurrencia y ello perjudica especialmente a las PYMEs. Aun siendo medidas muy interesantes debe avanzarse en la implementación de los medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos de contratos públicos. Obviamente la contratación pública electrónica favorece la competencia, ya que facilita el acceso a la información pertinente sobre oportunidades de negocio. Puede, además, resultar especialmente ventajosa para las PYMEs, ya que les permite una comunicación rápida y barata; así, por ejemplo, puede descargarse el pliego de condiciones y cualquier otra documentación complementaria, sin gasto alguno de copia y envío.

6.- En la línea de simplificación de trámites y ahorro de “costes” es necesario insistir en la implementación de la administración electrónica en la tramitación de los contratos públicos. La intercomunicación por medios electrónicos debe garantizar no sólo los extremos relativos al contenido íntegro de los actos sino también los que hacen referencia a su autoría, competencia del órgano y a su fecha de emisión, lo cual es especialmente relevante en relación con trámites como las certificaciones de existencia de crédito o los informes preceptivos de los órganos que tienen encomendada la fiscalización económica de los actos o el asesoramiento jurídico⁶⁹. Aquí debe tenerse muy en cuenta lo dispuesto por la Ley 11/2007 de 2 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que exime de presentar documentos que ya tienen las Administraciones Públicas y que da plena validez al envío de documentos escaneados acompañados con la firma digital del interesado. Un ejemplo claro son los Registros Electrónicos de Licitadores —bóveda del sistema para la

⁶⁹ J. DOMINGUEZ-MACAYA, “La iecontratación...”, ob. Cit., , pp. 52-54.

efectiva contratación Pública electrónica-, y cuya implantación condiciona todo el modelo⁷⁰.

Directamente ligado al objetivo anterior, y desde la perspectiva de la “ventanilla única” parece correcta y aconsejable la creación de Registro de licitadores de ámbito territorial autonómico, en tanto medida de simplificación y ahorro de costes para los licitadores (y también poderes adjudicadores) amén de dotar de más agilidad a los procedimientos. Registros que, lógicamente, sus certificados deberán tener validez y eficacia obligatoria para todas las Administraciones Públicas⁷¹. Recordemos que los certificados del actual Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma solo tienen validez para aquellas entidades que lo hayan reconocido previo el oportuno convenio⁷². El registro tendría que tener un formato electrónico y ser accesible por medios enteramente telemáticos. Esta dotará de mayor celeridad a los procedimientos proporcionando una mejor gestión de los mismos.

3) La integridad como elemento fundamental en la política de compras públicas

Se ha venido insistiendo en la idea de que ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto⁷³. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto,

⁷⁰ A modo de ejemplo el Registro Electrónico de Empresas Licitadoras, regulado por Decreto 107/2005, de 31 de mayo, de Cataluña, ofrece un Registro en formato electrónico, voluntario y gratuito que es único para todo el sector público de Cataluña y que colabora con otros registros de licitadores y que pone a disposición de todos los órganos de contratación un completo “dossier electrónico” de la empresa –con solvencia completa- que es accesible de manera segura y permanente.

⁷¹ La lógica de la colaboración administrativa impone esta solución. Solo así se evitan duplicidades y costes administrativos innecesarios superando una visión centralista de la función de los Registros. En esta posición, de carácter general, resulta de interés el trabajo de GONZALEZ BUSTOS “La cooperación administrativa como mecanismo de funcionamiento del mercado interior de servicios a la luz de la Directiva Bolkestein”, en libro col. Dirigido por R. Rivero *Mercado Europeo y reformas administrativas. La trasposición de la Directiva servicios en España*, Civitas, Cizur menor, 2009, p 219

⁷² Vid. GIMENO FELIU, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, ob.cit, pp. 361-362.

⁷³ Me remito a mi monografía *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, ob. cit. , pp. 297-313.

en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos⁷⁴. Los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de la contratación pública un ámbito expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción. La nueva normativa europea mejora las salvaguardias existentes contra tales riesgos y ofrece una protección suplementaria.

Para avanzar en la efectividad del principio de integridad, la nueva regulación comunitaria se articula sobre los siguientes conceptos⁷⁵:

a) La Directiva 2014/23 contiene en su artículo 24 una regulación específica **sobre los conflictos de intereses** (a desarrollar pormenorizadamente por los 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. El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación

⁷⁴ Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo *La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública*, REDA 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. 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.

⁷⁵ Vid. *La Integridad en la Contratación Pública. Buenas prácticas de la A a la Z*, INAP, Madrid, 2010.

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 interés⁷⁶. Por ello, la solución que se propone es que se podrá denegar de la participación del miembro del personal en cuestión en el procedimiento de contratación afectado o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades (abstención), pero si el conflicto de intereses no puede solucionarse de manera eficaz por otros medios, el candidato o el licitador en cuestión será excluido del procedimiento.

La Directiva ha eliminado la disposición específica contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento que si se contenía en la versión inicial (artículo 22)⁷⁷.

c) Importante resulta preservar la confidencialidad de las ofertas a fin de preservar los legítimos intereses empresariales (artículo 21). Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008(VAREC), el órgano que conozca este recurso deberá garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. La justificación es la siguiente:

“El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Resulta de especial interés la opinión de P. VALCARCEL “Acuerdos colusorios entre licitadores: un problema sin resolver en la normativa de contratación pública española” publicada en www.obcp.es es (11 de marzo de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.92/reلمenu.3/chk.ce79f7126b46baf20017646abf71e3f>. Las consultas del mercado son un instrumento que resulta útil a los poderes adjudicadores para obtener información sobre la estructura y la capacidad de un mercado, al mismo tiempo que informa a los agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos. Sin embargo, los contactos preliminares con los participantes del mercado no deben dar lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia. Por lo tanto, la propuesta contiene una disposición específica de protección contra el trato de favor injustificado a participantes que hayan asesorado al poder adjudicador o hayan participado en la preparación del procedimiento.

y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44).

Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.

Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.³⁷

Por dichas razones, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores⁷⁸.

d) Por motivos evidentes, **el sistema de control de la contratación continua siendo el principal eje sobre el que pivota la normativa comunitaria para preservar la integridad.** De ahí la importancia de las Directivas “recursos” , que tienen una vocación de mejora en la gestión de la contratación pública –más allá de instrumento para la tutela de los licitadores⁷⁹- como se refleja claramente en el Considerando 21 de Directiva de 2007/66, de reforma de las Directivas 89/665 y 92/13, al afirmar que: “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión

⁷⁸ 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. Vid. el trabajo de A. I. GOMEZ, “El derecho de acceso a un expediente de contratación y la confidencialidad de las propuestas”, en núm. Extraordinario Revista Estudios Locales núm. 161, 2013, pp. 287-308 y M. RAZQUIN LIZARRAGA, *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España)*, Iustel, 2013.

⁷⁹ Especial interés tiene la monografía de S. DIEZ, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, que analiza con detalle el régimen comunitario y su transposición en España.

Europea. En concreto, la presente Directiva tiene por objeto garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo de la Carta”⁸⁰.

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

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

Del sistema diseñado se infiere que los poderes adjudicadores estarán obligados a cancelar una adjudicación declarada ilegal por el órgano de control (STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN AG), sin que sea admisible la regla general de que un contrato nulo continúe su ejecución (STJUE de 3 de abril de 2008, Comisión/Reino de España). Y así debe interpretarse el régimen del recurso especial contenido en el TRLCSP, con el fin de garantizar su efecto útil. Es decir, dentro del plazo de recurso

⁸⁰ Me remito a mis trabajos, "El derecho a tutela judicial efectiva mediante recursos rápidos y eficaces: el modelo de los contratos públicos ", en Libro Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín Retortillo Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 2008, pp. 1473-1498 y El nuevo sistema de recursos en materia de contratación”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 211-258.

especial, el incumplimiento del plazo suspensivo de la formalización no puede derivar en una cuestión de nulidad. Así, la estimación del recurso especial dará lugar a la anulación de la adjudicación y “arrastrará a esa invalidez sobrevenida” lógicamente, al contrato indebidamente formalizado. Por lo tanto, la formalización del contrato sin esperar la resolución del recurso supone directamente incurrir en una nulidad absoluta de pleno derecho⁸¹. Con ello no solo se impide alcanzar el efecto útil del recurso

⁸¹ Así lo ha entendido el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, del TACPA, donde se afirma, ante un supuesto de formalización incumpliendo el periodo de espera que “En el diseño inicial de la «Directiva Recursos» de 1989 se establecía que los efectos de la declaración de invalidez de la adjudicación se determinarían con arreglo al Derecho nacional. Era, por tanto, este derecho el que determinaba la sanción que anudaba a la declaración de invalidez de los actos precontractuales (artículo 1.6), que, en consecuencia, podía ser bien la conservación del contrato, bien la declaración de ineficacia de los contratos celebrados con vulneración del Derecho europeo, como ha sido la solución tradicional en nuestro ordenamiento. Es decir, la Directiva permitía la declaración de invalidez de un contrato aun en impugnación de un acto de adjudicación. Sin embargo, las prácticas nacionales eludían el efecto del recurso, permitiendo que un contrato nulo pudiera continuar desplegando efectos, lo que fue considerado ilegal en la STJUE de 3 de abril de 2008, por la que se condenaba al Reino de España por este motivo.

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

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

Procede, en definitiva, una interpretación integradora del sistema de control por el Tribunal Administrativo de los distintos incidentes del contrato impugnado, con el fin de garantizar el

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

e) Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan⁸². La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad⁸³.

f) Conviene destacar la previsión inicial de regular una **nueva gobernanza** – aunque muy limitada en el texto definitivo tras las críticas de las autoridades nacionales- que obligaría a que los Estados miembros designasen a una única autoridad nacional, de naturaleza independiente, con funciones de supervisión y control de la contratación pública en lo que se pretende sea una nueva gobernanza de

derecho a la tutela judicial efectiva que deriva del artículo 24 CE y la eficacia del sistema de control administrativo diseñado por el TRLCSP (con fundamento en la Directiva 2007/66).

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

⁸² Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en:

<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>

⁸³ Ver GIMENO FELIU, J.M., La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, REDA, núm 147, pp. 518 y ss.

la contratación pública. Solo un organismo único en cada Estado, para proporcionar una visión de conjunto de las principales dificultades de aplicación, con competencia expresa para proponer soluciones adecuadas para los problemas de carácter más estructural. Entidad que asumiría, además, una competencia de vigilancia para los contratos de un valor relativamente elevado: 1 000 000 de euros para los suministros y los servicios, y de 10 000 000 de euros para el resto. A tal fin, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas -además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos- lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas -que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática- conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos públicos.

Este organismo de supervisión, en tanto pueda contar con medios y preparación suficiente, es un instrumento fundamental en el cambio de los paradigmas de la gestión de los contratos públicos en tanto sea capaz de proporcionar información real e inmediata sobre el funcionamiento de la política y los posibles defectos de la legislación y las prácticas nacionales, postulando con rapidez las soluciones más adecuadas.

4) Regulación de la ejecución del contratos: las modificaciones del objeto

Una importante novedad en la Directiva sobre contratación pública es que, junto a otras cuestiones propias de los efectos de los contratos (incluidas en el Capítulo IV denominado ejecución del contrato), se regula como elemento de las reglas de adjudicación del contrato las incidencias de la ejecución del mismo que obligan a una modificación del mismo. Regula así los supuestos en que podrá darse por válida una modificación sin que sea necesaria una nueva licitación. Y abre la posibilidad al control de esta potestad mediante los instrumentos de las Directivas “recursos”⁸⁴.

⁸⁴ Vid. mi trabajo “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable” , en libro colectivo coordinado por T. Cano y E. Bilbao *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, pp. 83-142. Un resumen general de la doctrina del TJUE y su impacto práctico puede verse en los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES, “Modificación de contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el

La nueva regulación encuentra su fundamento en la conocida Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta)⁸⁵, en la que el Tribunal aborda la cuestión al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato:

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

Derecho de la Unión Europea”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 109, 2011, pp. 52 a 58 y “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público? Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 110, 2011, pp. 56 a 66. También en J.M. GIMENO FELIÚ, “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 149, 2011; M. GARCES SANAGUSTIN, “El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos”, libro col. *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012; J. VAZQUEZ MATILLA “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, Revista Aragonesa Administración Pública núm. 37, 2010, pp. 317-351, T. MEDINA ARZAIZ, “Las principales novedades en la normativa contractual del sector público”, en libro col. *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 153 y ss; J. COLAS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”, REDA núm. 153, 2012 y P. CALVO RUATA, “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011, Fundación Sainz de Varanda, Zaragoza, 2012 .

⁸⁵ Los antecedentes de esta Sentencia vienen referidos a un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán, con el objeto de poder responder a las peticiones de zumo de frutas y confituras de los países beneficiarios, y preveía asimismo, que el pago al adjudicatario se realizará en especie, y más concretamente, en frutas que estaban fuera del mercado como consecuencia de operaciones de retirada, adjudicó varios lotes a la mercantil Trento Frutta. El motivo del recurso interpuesto por la mercantil Succhi di Frutta fue la modificación del aludido contrato, que permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan, aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos (en concreto nectarinas) retirados del mercado en las proporciones de equivalencia que señaló ex novo. A la vista de todo lo anterior, Succhi di Frutta, no resultó adjudicataria, ni recurrió la adjudicación del contrato, interpuso un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión que modificaba el contrato. La STPI (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 y T-10), CAS Succhi di Frutta SpA/Comisión, estimó el recurso de Succhi di Frutta Spa, manteniendo que se había producido una vulneración de los principios arriba aludidos, por lo que la Comisión interpuso el 5 de diciembre de 2006 recurso de casación frente a la STPI. El TJUE admitió la legitimación de Succhi di Frutta y estimó su recurso. Sobre el contenido de esta relevante Sentencia del TJUE resulta de interés el trabajo de J. VAZQUEZ MATILLA, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, ob. cit, en especial pp. 536 a 544.

Lo que se pretende con la doctrina de esta sentencia, en palabras del propio Tribunal es que:

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

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

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

- a) la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la adjudicación del contrato a otro licitador;
- b) la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista;
- c) la modificación amplíe de forma considerable el ámbito del contrato para abarcar suministros, servicios u obras no previstos inicialmente.
- d) la sustitución del socio contratista (salvo los casos de sucesión total o parcial por reestructuración empresarial en tanto se respeten los principios de la licitación).

En consecuencia, las modificaciones de un contrato serán posibles si no

afectan al contenido esencial. Y la Directiva prevé varios supuestos:

a) cuando hayan sido previstas en la documentación de la contratación, en opciones o cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. En dichas cláusulas se indicará el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que podrán aplicarse. Es decir, se habilita la regla de que los modificados convencionales podrán alterar el mismo, con el límite de que no se altere la naturaleza global del contrato (lo que debe entenderse como límite a cambios de objeto o de un importe desproporcionado). La reconocibilidad de la prestación de origen ha de ser, sin duda, un parámetro interpretativo de referencia⁸⁶.

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

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

d) Casos de sucesión o cesión de contratistas.

e) Modificaciones no sustanciales.

Hasta aquí puede afirmarse que el diseño normativo no resulta coherente con la doctrina del TJUE (que, en principio, seguirá siendo el principal parámetro interpretativo). Parece reconocerse, *ex lege*, los supuestos de modificación por imprevisibilidad hasta el cincuenta por ciento del contrato y siempre que no se afecte al contenido esencial. Se abre un peligroso portillo que ha de generar dudas interpretativas, lo que puede ser contrario al necesario principio de seguridad jurídica y que exige una labor interpretativa conforme a los principios de la contratación

⁸⁶ Ha desaparecido la previsión que se contenía en el proyecto de que nunca será posible una modificación cuando la modificación tenga por objeto subsanar deficiencias en la ejecución del contrato por el contratista o sus consecuencias, que puedan solucionarse mediante la aplicación de las obligaciones contractuales; o cuando la modificación tenga por objeto compensar riesgos de aumento de precios que hayan sido cubiertos por el contratista (artículo 72.7).

pública, con el fin de evitar que sirva de subterfugio a prácticas clientelares o mal diseño del contrato. Lo mismo cuando -concepto jurídico indeterminado- existan motivos económicos, técnicos o de inconveniencia.

Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia⁸⁷, en tanto, como bien recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* “un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación” (apdos. 116-118)-. Así, las nuevas necesidades, en tanto no obedecen al criterio de imprevisibilidad, deberán ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial (naturaleza global) del contrato⁸⁸. No en vano, la ya citada STJUE de 23 de enero de 2013, de condena al Reino de España, sobre proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España –AVE-, critica que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: *“el uso de un criterio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio , durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación.”*

Casi idéntico régimen se contiene en la Directiva de Concesiones que regula en única disposición y para cualquier modalidad de concesión –artículo 43- el concepto de modificación, requisitos de procedencia así como los límites de aplicación⁸⁹. Por ello, la regulación suscita las mismas críticas ya apuntadas que, en este marco de concesiones,

⁸⁷ Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LOPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, ob. Cit, p 1035.

⁸⁸ MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 245. Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

⁸⁹ Los considerandos 34 a 37 de la propuesta de Directiva introducían interesantes elementos explicativos (por ejemplo, precisión del concepto “circunstancias imprevistas”) que deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar dichas reglas. Vid. X. LAZO VITORIA, “La propuesta de Directiva de concesiones: rasgos fundamentales”, publicado en www.obp.es, 23 de marzo de 2013.

todavía son más sensibles⁹⁰. La interpretación deberá coherente los principios e intereses en juego, evitando una alteración indebida de las reglas de competencia.

Interesa destacar que la Directiva sobre contratación pública establece la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego (artículo 72.1, último inciso)⁹¹. 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 excluye de la posibilidad de recurso especial a los actos de modificación⁹²:

«Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación»⁹³.

⁹⁰ Vid. E. LOPEZ MORA, “La futura regulación de la modificación los contratos de concesión durante su vigencia”, publicado en www.obcp.es, 28 de enero de 2013. En su opinión, se debe criticar el hecho de no haber sabido aprovechar la oportunidad para particularizar el límite cuantitativo de las modificaciones en función del contrato o concesión en proporción a la magnitud y duración del contrato en cuestión.

⁹¹ Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que ex artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe– y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Vid, M.A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, ob. Cit., pp. 203-210.

⁹² Contrario a la posibilidad de recurso especial se posiciona P. CALVO RUATA, al considerar que contrario al recurso especial: “lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial esta concebido para depurar los actos contrarios al ordenamiento jurídico en fase de preparación y adjudicación. Pero además, porque la concreción de la modificación cuando esté prevista, al ser consecuencia directa del pliego conlleva que si este no fue impugnado en su momento mediante ese especial recurso, no quepa a posteriori” . “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, ob. Cit., p. 407.

⁹³ 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 nº 31, planteada en el Congreso por el

La interpretación no es uniforme, tanto por las dudas que sugiere su redacción como por la propia negación a este recurso de fundamento comunitario. Así, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya se pronunció al señalar en su guía de procedimiento para la tramitación del recurso especial en materia de contratación que «...Son impugnables... los actos de trámite siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos... En particular, a título de ejemplo, las decisiones o adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal -por ejemplo, los encargos de ejecución a medios propios o *los modificados que no cumplen los requisitos legales-...*»⁹⁴. 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:

«...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...»

Grupo Parlamentario Socialista. Resulta sorprendente, cuando menos, la justificación ofrecida para ello. “El control sobre la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 1 de septiembre de 2011.

⁹⁴ 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](http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal%20admvo%20contratos/Guia%20procedimiento%20recurso%20especial_TRLCSP.pdf)

La finalidad del referido artículo 12 bis es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales⁹⁵, 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 ilegal⁹⁶. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados⁹⁷.

Esta opinión, favorable a la recurribilidad de los acuerdos de modificación de los contratos públicos no es, sin embargo, unánime. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se ha pronunciado sobre la cuestión en sentido contrario, hasta en dos ocasiones, en el mes de junio de 2011. En su Resolución 17/2011, de 8 de junio, el Tribunal Madrileño concluye que «de acuerdo con la regulación del artículo 310 de la LCSP, interpretada a la luz de la Directiva

⁹⁵ Vid. A. I. BELTRAN GOMEZ, “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 8 de octubre de 2012.

⁹⁶ El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que *«II. Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1 000 000 € para los contratos de obras, y de 100 000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos»*.

⁹⁷ 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 juega 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»*”.

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

Pero esta discusión sobre la exclusión de los «modificados» del ámbito objetivo del recurso especial, con la nueva regulación que se propone en la Directiva, queda ahora superada. Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración⁹⁸. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, Cfr. apdo 34), y por

⁹⁸ Vid. las oportunas reflexiones al respecto de I. GALLEGO CÓRCOLES «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, nº 113 (2011), p. También. M.A BERNAL BLAY, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución...», ob. Cit., pp. 203-208.

tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial⁹⁹. 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 integridad¹⁰⁰. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterios funcionales relacionados con la causa del contrato.

Por lo demás, si como gráficamente indicaba J. COLÁS TENAS la «era del reformado» había terminado, no tiene sentido excluir del ámbito del recurso especial en materia de contratación el control sobre el cumplimiento de los nuevos requisitos establecidos¹⁰¹.

5) Los sistemas de cooperación vertical y horizontal

La nueva Directiva, atendiendo a las declaraciones del Parlamento europeo, intenta aclarar las distintas fórmulas de cooperación, tanto vertical (utilización de medios propios) como horizontal.

a) La Directiva 2014/23, en relación a la **técnica auto-organizativa de *in house providing***, viene a positivizar la doctrina del Tribunal de Justicia, recogiendo en el apartado 1 del artículo 12 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos *Teckal*¹⁰². Esta técnica auto-organizativa justifica la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa¹⁰³:

⁹⁹ Como bien ha recordado J.A. MORENO MOLINA, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (*La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, 101.. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

¹⁰⁰ Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción.)

¹⁰¹ J. COLAS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, REDA núm. 153, 2012, pp. 253-276.

¹⁰² Resultan de interés los considerandos considerandos 5, 31 y 34.

¹⁰³ En la bibliografía más reciente puede consultarse: F. SOSA WAGNER, *El empleo de recursos propios por las Administraciones locales*, en libro Homenaje al prof. S. Martín-Retortillo,

«1.- Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a).- que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;

b).- que al menos el 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador;

c).- que no exista participación privada en la persona jurídica controlada...»

Obviamente, estos requisitos deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella¹⁰⁴. Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia¹⁰⁵.

Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, 2013, pp. 1309-1341 ; M.A BERNAL BLAY, "La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos in house, con especial referencia al ámbito local", en libro colectivo La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales, CEMCI, Granada, 2008, pp. 172-175, J. PERNAS GARCIA, *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008 y M. VILALTA REIXACH, Las encomiendas de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, en especial pp. 313-376.

¹⁰⁴ Entre otras, las Sentencias Stadt Halle, apartado 46, y Parking Brixen, apartados 63 y 65. Vid. J.A. MORENO MOLINA, "El ámbito de aplicación de la Ley De Contratos del Sector Público", *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), p. 76 y M. PILLADO QUINTANS, "TRAGSA: Un caso irresuelto convertido en modelo legal de los encargos de las Administraciones a sus medios instrumentales", *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), p. 291. J. L. MEILÁN GIL ya advirtió, con acierto, que la interpretación de las notas que justifican la excepción a la normativa sobre contratos públicos ha de ser restrictiva por el carácter excepcional que tiene el supuesto, con el objeto, por tanto, de evitar vulneraciones del Derecho comunitario de contratos públicos, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 116. También BERBEROFF AYUDA, D., "Contratación pública...", ob. Cit., pp. 56 a 58.

¹⁰⁵ Sobre esta cuestión, resultan de interés el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia "Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia", de julio de 2013 y el Informe nº 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión y el "Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008, por el que se dan instrucciones para la atribución de la condición de medio propio y servicio técnico a sociedades mercantiles estatales cuyo capital corresponde en su integridad a la Administración General del Estado o a la SEPI y a fundaciones constituidas con aportación íntegra de esta entidad.

Control análogo que existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual¹⁰⁶.

Eso explica que varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio como ha declarado el TJUE en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel*, (apdos. 50, 52 y 54) afirmando que lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual (apdo. 46). En todo caso, la consecuencia del control análogo es la de la obligatoriedad de aceptarlo y ejecutarlo por ente que lo recibe, y no lo contrario, como bien pone de relieve BERNAL BLAY (en correcta interpretación de la doctrina Cabotermo)¹⁰⁷. Control análogo que es de carácter funcional y no formal -no basta con la mera declaración legal- que obliga a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la Sociedad al que se refería la Sentencia TJUE de 13 octubre de 2005 (*Parking Brixen*). Así lo acaba de corroborar la STJUE de 10 de septiembre de 2009 al indicar que:

“Sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de la efectividad de las disposiciones estatutarias de que se trata, cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:

– la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y

¹⁰⁶ Afirmación desarrollada por la STJUE de 21 de julio de 2005 (Padania Acque) al afirmar que “el criterio del control análogo no se colma cuando el poder público adjudicador no posee más que el 0.97% del capital de la sociedad adjudicataria”, pero de la que se separa la STJUE de 19 de abril de 2007 (ASEMFO). Me remito, por todos, a M.A. BERNAL BLAY, “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario de urgencia a la STJUE de 19 de abril de 2007 (as. c-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*), REDA num. 137, 2008, pp. 115-138. También Julio GONZALEZ GARCIA, “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, RAP núm. 173, 2007, pp. 217-237.

¹⁰⁷ Como destaca este autor el control análogo nada tiene que ver con la facultad de conferir singularmente encomiendas de gestión, puesto que el encargo singular no determina *per se* la existencia de un poder de influencia sobre las decisiones estratégicas del medio propio.

– a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad”.

De lo descrito se constata que una de las cuestiones más controvertidas es determinar, pues, cuando, al margen de la participación en el accionariado, hay control análogo ya que «...lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo...»¹⁰⁸. Es decir, como puede ser válido un control conjunto en supuestos de cooperación vertical.

Sobre este asunto resulta de interés la reciente STJUE de 29 de noviembre de 2012 (asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa*), que mantiene la misma línea que las dos precedentes (Sentencias de 10 de septiembre, *Sea Srl* y 13 de noviembre de 2008, *Coditel*). Esta doctrina admite, con los requisitos que se expondrán, la posibilidad de un control análogo colectivo sobre un medio propio siempre que haya una participación tanto en el capital como en los órganos de dirección¹⁰⁹. La cuestión, que no analiza el Tribunal de Justicia, es si el derecho a ser consultado, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otras entidades que participan permite afirmar que un accionista minoritario (con una sola acción) ostenta un control sobre una entidad, análogo al que se dispone sobre los propios servicios. El Tribunal de Justicia, concluye 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

¹⁰⁸ Sentencia de 13 de noviembre de 2008, As C-324/07, *Coditel*, apdo. 46.

¹⁰⁹ Resulta muy interesante la apreciación del Abogado General Sr. P. Cruz Villalón en el apartado 48 de sus Conclusiones presentadas el 19 de julio de 2012. Allí indica «...que las entidades adjudicadoras ejercerán un control análogo sobre la sociedad adjudicataria siempre que dispongan de una posición estatutaria que les permita influir conjuntamente en la adopción de las decisiones importantes y los objetivos estratégicos de dicha sociedad. En todo caso, ésta no puede estar exclusivamente controlada por la entidad pública que tiene una participación mayoritaria».

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». Sin embargo, el Tribunal de Justicia remite al *Consiglio di Stato* que plantea la cuestiones prejudiciales que dan lugar a la Sentencia para que sea dicho órgano quien determine si la celebración por los Ayuntamientos de *Cagno* y de *Solbiate* de un pacto de accionistas por el que se acordaba su derecho a ser consultados, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes en dicho pacto permite que dichos Ayuntamientos contribuyan efectivamente al control de ASPEM. Hay una importante diferencia entre las circunstancias que concurren en esta Sentencia de 29 de noviembre de 2012 y las que concurrían en la de 10 de septiembre de 2008, de las cuales cabría deducir una respuesta distinta a la cuestión de si se da o no un control análogo ejercido de manera conjunta en cada uno de los supuestos. Así, mientras la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 se refiere a un pacto de accionistas según el cual los Ayuntamientos que habían suscrito una acción en el capital social de ASPEM serían consultados, podrían nombrar a uno de los auditores de cuentas, y designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes, la Sentencia de 10 de septiembre de 2008 se refería a un supuesto en el que el ejercicio conjunto del control análogo sobre el medio propio se manifestaba en la participación de todas las entidades con un representante en órganos de dirección superpuestos a los que establece el Derecho de sociedades para el gobierno de las mismas, con independencia de su participación en el accionariado, y a través de los cuales se ejercían unas importantes facultades de control tanto de la Junta General de accionistas como del Consejo de administración. La posibilidad de influir de manera determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes de la sociedad que ponían de manifiesto -según el Tribunal de Justicia- las anteriores condiciones, no parece que pueda deducirse de igual modo del derecho de consulta (no vinculante), de nombramiento de un auditor de cuentas (que no forma parte del órgano de dirección de la entidad), o de la posibilidad de designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros

ayuntamientos participantes (no hay participación directa de un representante de cada entidad en el órgano de dirección), por lo que, sin perjuicio de lo que pueda concluir el *Consiglio di Stato* italiano, la adjudicación del contrato sobre la que versa la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 debería considerarse realizada, en nuestra opinión, infringiendo las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios¹¹⁰.

En consecuencia, como bien ha indicado M.A BERNAL BLAY, al requisito del control sobre el medio propio, análogo al ejercido sobre los propios servicios, se le ha ido dotando poco a poco de un cierto carácter flexible o elástico, resultado admisible su ejercicio de forma colectiva por varias entidades. Ahora bien, no conviene olvidar que, aun conjunto, el control sobre el medio propio debe ser efectivo, y ese es

¹¹⁰ En ese mismo sentido se pronunciaba el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón en los apartados 52 a 54 y de una manera concluyente en el apartado 60 de sus Conclusiones presentadas el 19 de julio de 2012: «... 52. En el presente caso se da, por tanto, y más allá del carácter simbólico de su participación en el capital, una cierta participación de los socios minoritarios en los órganos de gestión de la sociedad. Hay que convenir, sin embargo, en que la designación de un miembro del Consejo de administración de común acuerdo por todos los socios minoritarios (36 ayuntamientos en total), además de un miembro del Consejo de auditores también común a todos ellos, y la existencia de un abstracto «derecho de consulta» de frecuencia semestral podría no ser suficiente para apreciar que los citados ayuntamientos tienen capacidad de influir de forma efectiva sobre los «objetivos estratégicos» y las «decisiones importantes» de la sociedad ASPEM.

53. Por otro lado, no sería aventurado apreciar que la eficacia jurídica del pacto de accionistas donde se ha articulado esa participación puede resultar discutible, y que el referido «derecho de consulta» respecto del «desarrollo del servicio» no garantiza que se extienda a las «decisiones importantes» y a los «objetivos estratégicos» de la sociedad considerada en su conjunto.

54. A primera vista, por tanto, y salvo apreciación definitiva en contrario por el órgano de reenvío, la dependencia de la sociedad parece operar ante todo respecto al accionista mayoritario, con un papel muy problemático respecto de los socios minoritarios en el control de facto de aquélla.

...

60. En suma, a estas alturas debiera haber quedado claro que el problema básico no es que la participación de los Ayuntamientos de Cagno y Solbiate en el capital de ASPEM sea tan patentemente minoritaria, sino que las facultades adicionales de control que se les han otorgado podrían ser, aun ejercidas de forma conjunta, claramente insuficientes para que pueda hablarse de una influencia que pudiera calificarse de «determinante» en la toma de decisiones y en la fijación de objetivos de la sociedad y, en definitiva, de una falta de autonomía de ésta respecto de aquéllos...».

precisamente el punto de tensión que marca el nivel máximo de elasticidad o flexibilidad del citado requisito¹¹¹.

El segundo requisito que se debe exigir para admitir la existencia de *in house providing* es que la entidad proveedora debe realizar –necesariamente- la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (que no debe confundirse con las notas requeridas en el primer criterio explicado)¹¹². Se debe realizar por ésta la actividad en provecho de quien le realiza en encargo o encomienda (STJUE de 18 de diciembre de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia). El requisito de que el ente instrumental realice con la entidad que lo controla la parte esencial de su actividad económica es ciertamente coherente si se considera que todo el concepto gira en torno a la falta de autonomía contractual de dicho ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato “in house” no es sino una forma de “autoprovisión” por parte de la entidad adjudicadora, tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado. Dicho de otro modo, esta actuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada por lo que deberían aplicarse las Directivas Comunitarias.

El último requisito es introducido por la STJUE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle) -y corroborado por la STJUE 8 de abril de 2008, *Comisión Vs. República Italiana* - y la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Sea srl.*, al afirmar que¹¹³:

“En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de

¹¹¹ M.A. BERNAL BLAY, “El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades”, *Revista Contratación administrativa práctica*, núm. 124 2013, pp. 88-93.

¹¹² Vid. Sentencia de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo*, apdo. 70.

¹¹³ Los motivos que llevan al Tribunal a formular esta afirmación son dos; en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (apartado 50). En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (apartado 51).

aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, 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”.

Es decir, la participación privada en un ente público, por mínima que ésta sea, rompe el criterio exigido en 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 licitación¹¹⁴.

Así lo había ya fijado la STJUE de 8 de abril de 2008 (Comisión/República de Italia) al afirmar lo siguiente:

*“38. En lo que atañe a la primera condición, relativa al control de la autoridad pública, **debe recordarse que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participe asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios** (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49).*

39 Sobre este particular, según demuestra el estudio anexo al escrito de contestación, relativo a las participaciones del Estado italiano en EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica y Agusta, esta última, que es una sociedad privada desde su creación, siempre ha sido, desde 1974, una sociedad de economía mixta, es decir, una sociedad cuyo capital está integrado por participaciones que son propiedad en parte del citado Estado y en parte de accionistas privados.

40 De la misma forma, puesto que Agusta es una sociedad abierta parcialmente al capital privado y, en consecuencia, responde al criterio expuesto en el apartado 38 de la presente sentencia, queda excluido que el Estado italiano

¹¹⁴ A lo sumo, en tanto no se falsee la competencia, podrá acudir y participar en la licitación como una empresa privada. Vid. P. VALCARCEL FERNANDEZ “ Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho Administrativo e incongruencia en el empleo de técnicas de auto organización para la gestión de actuaciones administrativas”, RGDA, núm. 12, 2006, p. 17.

pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

41 *En tales circunstancias, y sin que sea necesario examinar la cuestión de si Augusta desarrolla lo esencial de su actividad con la autoridad pública concedente, procede desestimar la alegación de la República Italiana basada en la existencia de una relación «in house» entre dicha sociedad y el Estado italiano.”(negrita nuestra).*

En conclusión, la técnica de cooperación vertical mediante fórmulas instrumentales propias debe ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación esté comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva¹¹⁵. Lo que resulta también evidente es que el instrumento para realizar esta encomienda no es el convenio -por tener naturaleza jurídica distinta- y que la misma es aplicable al margen del umbral de la prestación¹¹⁶. Por ello, en tanto la relación jurídica no sea con las entidades "propietarias", teniendo esta relación carácter oneroso y típica resultara de obligada aplicación las previsiones relativas a procedimientos de adjudicación, pues lo contrario *sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como la nacional*¹¹⁷.

¹¹⁵ Así lo ha advertido J.L. MEILAN GIL, con el fin de evitar el incumplimiento del derecho comunitario de los contratos públicos. *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, p. 116. Denunciaba ya como contraria al derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS. “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles ...”, ob. Cit., 393-394.

¹¹⁶ En esta idea insiste la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 10/2011, de 6 de abril, afirmando que “El encargo a un medio propio deberá sustanciarse mediante ordenes, instrucciones o protocolos, sin que proceda utilizar la figura del convenio, tal y como se recoge en el Informe de esta Junta 1/2007”.

¹¹⁷ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21/08, de 28 de julio de 2008. «Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una Corporación y una empresa para la ejecución de una obra». ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una Entidad Local al no cumplir los requisitos exigidos por el artículo 4 n) y 24 LCSP ni la DA 30 LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las Administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA ha sido objeto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295/05, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, apartado 50), a saber que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerce sobre la persona, que es distinta de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que tal persona realice la parte esencial de

b) Esta Directiva pretende clarificar los supuestos **de cooperación horizontal o cooperación público-público** (artículo 12.4). Este ha sido uno de los temas más vidriosos, lo que ha generado gran inseguridad jurídica para establecer en qué medida la legislación de contratación pública debe cubrir la cooperación entre autoridades públicas. La jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se interpreta de forma diferente por los Estados miembros e incluso por los poderes adjudicadores. Por ello, la Directiva especifica en qué casos no tienen que someterse los contratos celebrados entre poderes adjudicadores a las normas de adjudicación de concesiones. Esta aclaración se fundamenta en los principios establecidos en la jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia. Es esta una cuestión que se planteó ya en Parlamento Europeo en su *Resolución sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 26 de octubre de 2006 (2006/2043/INI), precisamente al hilo de la cooperación intermunicipal. Considera el Parlamento (apartado 45) que dicha cooperación «debe considerarse irrelevante en materia de Derecho de contratación pública cuando:

su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. En la sentencia el Tribunal de Justicia declara la condición de medios propios de TRAGSA respecto de aquellas Administraciones que son titulares de su capital al considerar que respecto de las mismas se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la Corporación.

Asimismo advierte que la figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una Administración pública sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio. Resulta de especial interés el reciente Informe de la Comisión Nacional de la Competencia "Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia (julio 2013). El informe analiza las restricciones a la competencia derivadas de las encomiendas de gestión a los medios propios, tanto aquéllas inherentes a la propia utilización de la figura como aquéllas otras que pueden aparecer adicionalmente. También explica los efectos sobre el aprovisionamiento público y, desde un punto de vista más general, sobre los mercados en que las Administraciones actúan como demandantes que se pueden derivar de una utilización extensiva e injustificada de las encomiendas. Finalmente, analiza las posibles justificaciones que pueden subyacer a la creación de medios propios y al propio uso de las encomiendas.

El Informe incluye una serie de recomendaciones que incluyen, en particular, propuestas de cambios regulatorios, en especial de la normativa de contratación pública. Además, se recomiendan diversas buenas prácticas administrativas dirigidas a todas las Administraciones Públicas, encaminadas a reforzar con medidas concretas la justificación previa al recurso a la encomienda de gestión y a introducir, de manera específica, mayor transparencia y publicidad en relación con su utilización.

- a) se trate de cooperación entre autoridades municipales,
- b) las tareas encomendadas a esas autoridades municipales sean objeto de reestructuración técnico-administrativa o las competencias de supervisión de las autoridades locales sean similares a las que ejercen sobre sus propios servicios, y
- c) las actividades se lleven a cabo básicamente para las autoridades locales correspondientes.

El Parlamento Europeo ya había rechazado la aplicación del Derecho de contratación pública en los casos en los que los municipios deseen desempeñar cometidos conjuntamente con otros municipios en su ámbito geográfico de actuación como medida de reorganización administrativa, sin ofrecer a terceros en el mercado libre la prestación de tales servicios (apartado 46). Se funda su opinión en que el Derecho de contratación pública debe aplicarse sólo cuando las autoridades locales ofrezcan servicios en el mercado actuando como empresas privadas en el contexto de cooperación entre tales autoridades locales o prevean que las tareas públicas las desempeñen empresas privadas u otras autoridades locales (apartado 48)¹¹⁸.

Ahora la Directiva trata de dar respuesta a esta técnica de cooperación administrativa justificada sobre el principio de principio de eficacia y eficiencia (y muy especialmente en el ámbito de la administración local), aclarando los mecanismos de colaboración con otras autoridades públicas, tal y como expresamente se recomienda en la STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA* (apdos. 48 y 49). Y es que –sin forzar los límites propios de la técnica del convenio para ocultar un contrato– es posible articular mecanismos de colaboración y cooperación –muy especialmente para el desarrollo adecuado y eficiente de los servicios públicos–.

En definitiva, será posible y conveniente la cooperación horizontal pero deberán cumplirse los siguientes criterios:

- a) que el acuerdo establezca una auténtica cooperación entre los poderes o entidades participantes para la ejecución conjunta de obligaciones de servicio público,

¹¹⁸ En su *Informe sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública* de 10 de mayo de 2010 (2009/2175/INI), el Parlamento Europeo reitera su opinión de que la cooperación entre municipios no está sujeta a la normativa de contratación pública si cumplen los criterios siguientes (apdo. 9 *in fine*): a) si se trata de la prestación de un servicio público que incumbe a las entidades locales interesadas, b) si el servicio lo prestan exclusivamente los organismos públicos interesados, sin participación de empresas privadas, y c) si la actividad de que se trate se presta esencialmente para las autoridades públicas participantes.

lo que conlleva la fijación mutua de derechos y obligaciones;

b) que el acuerdo se rija exclusivamente por consideraciones de interés público;

c) que los poderes o entidades adjudicadores participantes no realicen en el mercado libre más de un 20 % del volumen de negocios obtenido merced a las actividades pertinentes en el marco del acuerdo;

d) que el acuerdo no conlleve transferencias financieras entre los poderes y entidades adjudicadores participantes, excepto las correspondientes al reembolso del coste real de las obras, los servicios o los suministros;

e) que en ninguno de los poderes o entidades adjudicadores exista participación privada.

Paradigmática en la interpretación de esta regulación es la STJUE de 9 de junio de 2009, (*Comisión Vs. República Federal de Alemania*, apdo. 47), que admite la posibilidad de articular una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales al considerar que no existe un contrato público sino una fórmula organizativa y no contractual, en tanto se acreditaba la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración:

a) objetivo común de interés público;

b) prestación que no tiene naturaleza comercial, por carecer de vocación de mercado; y

c) existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución ¹¹⁹.

De aquí se deduce que es condición indispensable que prestación quede fuera del mercado, lo que implica la imposibilidad de que, con base en el acuerdo de

¹¹⁹ La Sentencia se refiere a un acuerdo de cooperación entre cuatro Landkreise de Baja Sajonia (Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. y Stade) y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, para la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, construida a instancias de la ciudad de Hamburgo. En tal supuesto no se articuló la cooperación a través de una organización distinta de los Landkreise y la ciudad de Hamburgo, sino a través de un “contrato de colaboración” entre todas ellas. Sobre los requisitos que deben concurrir para que sea técnica organizativa y no contrato me remito a la comunicación de Miguel A. BERNAL BLAY “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”. *Organización Local. Nuevas Tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 361-376.

colaboración se presten servicios a terceros, pues ello desviaría la atención de la persecución de objetivos de interés público que es la finalidad que justifica su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos. Puede decirse en este sentido que se trata de una condición mucho más estricta que la que se predica en relación con los encargos a medios propios, donde se permite la actuación del medio propio con terceros siempre que la parte esencial de su actividad tenga como destinatario al ente o entes que lo controlan.

Como bien ha explicado M.A. BERNAL BLAY, tanto la opinión del Parlamento como la doctrina del Tribunal de Justicia parecen caminar en una misma dirección: la necesidad de distinguir, a efectos de aplicar o no la normativa sobre contratos públicos, entre formas modernas de organización de la ejecución (conjunta) de las tareas públicas por los poderes adjudicadores, guiadas exclusivamente por consideraciones de interés público, por una parte (es decir, no reguladas por las normas de contratación pública), y la pura compraventa (comercial) de bienes y servicios en el mercado, por otra (sujeta a la normativa sobre contratos públicos)¹²⁰. Al igual que sucede con los encargos a medios propios, donde es la concurrencia acumulativa de dos requisitos la circunstancia que determina que la relación entre el poder adjudicador y el medio propio no tenga la consideración de contrato sino que entre dentro del ámbito de la organización administrativa, la exclusión de las fórmulas de cooperación interadministrativa horizontal del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos encuentra su fundamento en la concurrencia de los requisitos apuntados tanto por el Parlamento europeo como por el Tribunal de Justicia¹²¹.

¹²⁰ M. A. BERNAL BLAY “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”. *Organización Local. Nuevas Tendencias*, ob. Cit., pp. 366-367. 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, pág. 24), ha manifestado que «podría ser útil explorar si tiene cabida un concepto con algunos criterios comunes para las formas de cooperación dentro del sector público que quedan exentas». Sobre el mismo, y las respuestas, me remito al Libro Observatorio Contratos Públicos 2010, ob.cit., pp. 475-479.

¹²¹ La cooperación no puede, bajo fórmulas de convenios interadministrativo ocultar contratos públicos. De especial interés es 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 Salento¹²¹. El Tribunal de Justicia responde recordando, en primer lugar, que un contrato oneroso y celebrado por escrito entre un operador económico y una entidad adjudicadora cuyo objeto sea la prestación de servicios

III.- LA NUEVA DIRECTIVA DE CONCESIONES Y SU SIGNIFICADO.

Esta nueva Directiva de concesiones 2014/24, de 26 de febrero es, sin duda, de las grandes “novedades”, especialmente por lo que supone de ampliación del objeto de la regulación comunitaria frente a las prácticas nacionales (así como de depuración conceptual en el ámbito de los servicios públicos)¹²². Propuesta de normativa que generó una importante contestación y que su aprobación definitiva exigirá un esfuerzo de trasposición¹²³. Sin olvidar que esta normativa es, sin duda, estratégica para poder fomentar las inversiones y reactivar adecuadamente la economía en un mercado¹²⁴, donde el riesgo, como se verá, es una de sus notas

contemplados en el anexo II A de dicha Directiva constituye un contrato público. Resulta irrelevante que dicho operador sea él mismo una entidad adjudicadora o que la entidad de que se trate no tenga, con carácter principal, ánimo de lucro, carezca de una estructura empresarial o no esté presente de modo continuado en el mercado. Así, por lo que se refiere a entidades como Universidades públicas el Tribunal de Justicia ha declarado que estas tienen, en principio, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios. Sin embargo, los Estados miembros pueden regular las actividades de dichas entidades autorizando o no que operen en el mercado habida cuenta de sus objetivos institucionales y estatutarios. En consecuencia, en la medida en que tales entidades estén facultadas para ofrecer determinados servicios en el mercado, no puede prohibírseles que participen en una licitación sobre tales servicios.

¹²² Esta propuesta de Directiva fue anunciada por la Comisión Europea en su Comunicación “Acta del Mercado Unico – Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza” de 13 de abril de 2011. COM (2011)-206 final.

¹²³ Por ejemplo, el Informe del Comité económico y social, publicado en el Diario oficial del día 26 de junio de 2012 (C 191/84) es crítico con la propuesta, lo mismo que el Informe del Comité de las regiones publicado en el Diario oficial el día 13 de septiembre de 2012 (C 277/74) ambos alertan de la complejidad de la regulación, así como de la necesidad de precisar a qué tipo de concesiones afectaría al ser tan diversa la regulación en los Estados miembros. También el Parlamento europeo había aprobado un Informe sobre la modernización de la política de contratación pública de 25 de octubre de 2011, en el que se afirma con relación a las concesiones de servicios que “*ha de tenerse debidamente en cuenta tanto la complejidad de los procedimientos como las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de cultura y práctica jurídicas con respecto a la concesión de servicios; ... insiste en que una propuesta de acto legislativo relativo a la concesión de servicios sólo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior; resalta que, a día de hoy, no se ha observado ninguna distorsión de este tipo y que un acto legislativo relativo a la concesión de servicios será, por lo tanto, innecesario si no persigue una mejora evidente del funcionamiento del mercado interior*”. Como curiosidad un ejemplo de los problemas de traducción fue otro Informe del Parlamento europeo sobre los nuevos aspectos de la política de contratación pública, de 10 de mayo de 2010, donde se incurrió en el error de hablar de “servicio de concurso” en lugar de concesiones de servicios públicos.

¹²⁴ No puede desconocerse la directa relación que con las políticas presupuestarias y de estabilidad tienen estas modalidades contractuales. Vid., por todos, J, GONZALEZ GARCIA,

características (en contratos complejos y de larga duración) y que, por ello, exige un marco jurídico estable y predecible. En consecuencia, el principal objetivo de esta nueva Directiva es aclarar el marco jurídico aplicable a la adjudicación de concesiones, así como delimitar claramente el ámbito de aplicación de dicho marco¹²⁵. Y, por supuesto, incrementar la seguridad jurídica ya que, por un lado, los poderes y entidades adjudicadores contarán con unas disposiciones precisas que incorporen los principios del Tratado a la adjudicación de concesiones y, por otro, los operadores económicos dispondrán de algunas garantías básicas respecto al procedimiento de adjudicación.

En los actuales tiempos de restricciones presupuestarias la política de concesiones parece una herramienta de indudable interés práctico. Y frente a cierto reparos ideológicos que ven en esta modalidad de concesiones como colaboración con el sector privado una privatización de servicios públicos conviene recordar, en palabras de G. MARCOU que “los distintos contratos sobre cuya base el sector privado se encarga de la financiación de las inversiones y/o la explotación de obras públicas o servicios públicos, no constituyen, hablando con propiedad, una forma de privatización, sino que se trata más bien de un conjunto de instituciones jurídicas, que tienen como objetivo movilizar las inversiones privadas y el *savoir faire* industrial y técnico del sector privado, con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios

Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

¹²⁵ Resultan de interés las reflexiones de X. LAZO “El futuro del mercado concesional en Europa” REVISTA CEFLEGAL. CEF, núm. 154 (noviembre 2013), pp. 137-174. En este trabajo advierte que mientras el legislador comunitario incluye en el “riesgo operacional sustancial” a los de uso y de disponibilidad, el mercado concesional (por lo menos en lo que respecta a las grandes infraestructuras de transporte) muestra una clara preferencia por retribuir al concesionario en base a estándares de disponibilidad. De ahí la oposición o, cuando menos, fuertes recelos que la Directiva concesiones ha despertado en las empresas concesionarias españolas. Es imprescindible, como señala un reciente informe de la CEOE, que los riesgos que se transfieran al operador privado en virtud del contrato “no excedan de los que una diligente gestión empresarial pueda prever y asumir, es decir, aquellos que pueda gestionar” y, por lo mismo, se subraya por X. LAZO la necesidad de flexibilizar el concepto de “riesgo operacional sustancial” contenido en la Directiva. Lo que, en mi opinión, no parece sencillo, dado que la nueva normativa comunitaria parece bloquear el concepto, lo que limita (sino excluye) cualquier posibilidad de flexibilización o adaptación.

para la sociedad y la economía”¹²⁶.

1) La delimitación conceptual entre contrato y concesión.

Tradicionalmente ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de concesiones y contratos públicos (especialmente en el ámbito de los servicios) del que se han hecho eco las propias Instituciones Comunitarias. Así, en los considerandos de esta Directiva - se advierte que “Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión (Cdo 4)”¹²⁷.

La cuestión no es meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico en tanto de la incorrecta tipificación de un contrato público, pueden alterarse las normas y principios esenciales en una licitación pública¹²⁸. Así lo advierte la

¹²⁶ G. MARCOU, «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos», VV.AA. RUIZ OJEDA, A., y GOH, J., *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 27-90. También. T. BRUNETE, “Colaboración público-privada...”, ob. Cit., pp 331-335. Desde la perspectiva de la contabilidad pública resulta de gran interés en libro de PINA V., TORRES L. y BASILIO ACERETE J., *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Edit. AECA. 2004.

¹²⁷ A estos efectos es sumamente ilustrativa la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre las concesiones en Derecho Comunitario, en las que se nos advierte que en la definición resultante de la Directiva 93/37/CEE el legislador comunitario optó por definir la noción de concesión de obras a partir de la noción de contrato público de obras. El texto de la «Directiva obras» prevé, en efecto, que los contratos públicos de obras son «*contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador (...), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra (...), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador*» [letra a) del artículo 1]. La letra d) del artículo 1 de la misma Directiva define la concesión de obras como un «*contrato que presenta los caracteres contemplados en la a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.*» Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio.

¹²⁸ Vid.J.M. GIMENO FELIU, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, REDA núm. 156, págs. 17 y ss.; y M.M.

Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las Directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009 (Comisión/Alemania)).

Aquí radica la principal novedad de esta Directiva, que decide regular de forma autónoma la cuestión de las concesiones. Y así se expresa ahora de forma clara el artículo 4.1 de la Directiva al referirse a la «concesión de servicios» como *“un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”*. Añadiendo que se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable. Idéntica definición, pero para las obras, incorpora para definir el contrato de concesión de obras.

Como se ve, esta normativa incide como nota esencial en el dato del riesgo operacional, que deberá ser compatible con el principio de equilibrio económico del

RAZQUIN LIZARRAGA, “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011”, en el *Liber amicorum a Tomás Ramón Fernández. Administración y Justicia*, Thomson, Pamplona, 2012., págs. 3549 y ss. del II tomo. Para la correcta delimitación de estos figuars pueden citarse los trabajos de Sobre esta cuestión pueden verse los trabajos de M.A. BERNAL BLAY *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Cizur Menor, 2011; P. VALCARCEL FERNANDEZ, “ Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 450 y ss. Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por Acuerdo 55/2013, del TACPA).

contrato¹²⁹. En ella se deja claro qué tipos de riesgo se consideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo. Como recuerda el considerando 20 de la Directiva “Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario”.

Este riesgo operacional se vincula a la utilización (que incluye la disponibilidad). Lo ha definido bien el TJUE:

“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 servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de

¹²⁹ La doctrina ha explicado las singularidades del equilibrio económico en los contratos administrativos, así como las técnicas de compensación en las figuras del *ius variandi*, el *factum principis* y el riesgo imprevisible. Sirva el recordatorio a la obra clásica de G. ARIÑO, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, así como los recientes trabajos de J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico en los contratos públicos” en el *Observatorio de contratos públicos 2011*, libro col, Cizur Menor, 2012, págs. 515 y ss; y el análisis de la jurisprudencia que realizan J. AMENÓS ÁLAMO y J.E. NIETO MORENO, “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, REDA núm. 156, págs. 119 y ss. Especial interés sobre el riesgo en estas propuestas de Directivas tiene el estudio de M. FUERTES “Los riesgos del riesgo de explotación”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, pp. 197-239.

responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.” (Sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el asunto C-274/09).

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre. Obviamente, 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 servicios 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. Así, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. Pero tampoco puede olvidarse, como bien ha indicado M.A. BERNAL BLAY, que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones administrativas generaría más problemas, imposibilitaría en muchas ocasiones garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos¹³⁰.

Interesa mucho esta matización a la hora de interpretar en “nuevo” concepto de riesgo operacional y su anclaje en la concepción tradicional del riesgo y ventura de las concesiones. Entender que la nueva normativa incrementa la variable riesgo en estos contratos puede suponer no solo una quiebra de principios tradicionales, sino, principalmente, una limitación no querida por el propio texto ya que las instituciones

¹³⁰ “Situación desalentadora” es como califica M.A. BERNAL BLAY las consecuencias de la severidad en su exigencia, *El contrato de concesión de obras públicas...*, ob. Cit., cit., pág. 272.

comunitarias consideran estratégica esta nueva regulación de concesiones. Por ello, las actuales reglas de reequilibrio financiero del contrato no parecen contrarias –más bien lo contrario- al concepto de riesgo operacional. Y ello por la lógica de la aplicación del principio de proporcionalidad en contratos de larga duración y de complicada relaciones jurídico-económicas (y financieras) que justifica una corrección a la idea del riesgo ilimitado por actuaciones no controladas por el concesionario ,ajenas a su correcta gestión o la debida diligencia en la planificación de la concesión. En todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico. Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*. En los contratos de gestión de servicios públicos, como bien explicara ARIÑO ORTIZ¹³¹, “el álea comercial tiene un doble alcance: hay un álea comercial ordinario que es el propio de toda explotación y cuya alteración en ningún caso es causa de revisión; pero junto a él hay lo que podríamos llamar un álea garantizado, en el sentido de que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo, pero también controla y limita la ventura de unos beneficios extraordinarios por encima del máximo calculado”. El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando, durante la ejecución del contrato, falla el reparto de riesgos pactado¹³².

Aceptando como inherente al concepto de riesgo operacional la idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica, la normativa plantea dudas que deberán ser resueltas en la trasposición (de hecho nuestra actual regulación no las

¹³¹ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Alcalá de Henares 1968.

¹³² Además, atendiendo al principio de equidad y buena fe –STS de 27 de octubre de 2009- bien pudiera afirmarse que los hechos imprevisibles que, aun actuando con la debida diligencia, alteran la regla natural del reparto de riesgos rompiendo la causa del contrato original. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 ha admitido la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública.

resuelve) pues una deficiente regulación de los riesgos puede ser un impedimento –o sobrecoste financiero- a las inversiones que exigen este tipo de contratos. Debería concretarse a nivel legal los casos de *factum principis*, que, en mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de retorno (TIR)¹³³. No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato implica importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando al inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó al inversión debería ajustarse el TIR. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible. En este punto, la responsabilidad patrimonial administrativa (RPA) es un elemento de seguridad importante, que funciona como efecto llamada en los inversionistas al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión.

2) Las novedades en las reglas procedimentales.

Obviamente esta Directiva se aplicará para los contratos armonizados (ahora 5 186 000 para las que se recogen en el Anexo III). Para su determinación se pormenoriza los parámetros de cálculo, entre los que habrán de tenerse en cuenta “las eventuales variantes o ampliaciones de la duración de la concesión”, la totalidad de las obras o servicios si conforman un proyecto único y aunque se adquieran por diversos contratos (con disposiciones especiales para la adjudicación por lotes), o la prohibición de fraccionamiento para evitar la inaplicación de la Directiva.

Esta Directiva de concesiones establece también una serie de requisitos concretos y precisos que se han de aplicar en las distintas fases del proceso de adjudicación sobre la base de los principios del Tratado interpretados por la

¹³³ Por supuesto no debe ser utilizada a favor de una gestión no adecuada de la concesionaria para retornar y recuperar los iniciales índices de retorno.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además, hace extensiva la aplicación del Derecho derivado a la adjudicación de contratos de concesión en el sector de los servicios públicos, que en la actualidad está exento de este tipo de legislación. Con esta nueva norma, deberán promoverse convocatorias públicas de todas aquellas concesiones cuya valoración alcance los 5 186 000 euros (el valor de la concesión será el *volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato*, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, *en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios*). Se admite, como es lógico, que el plazo del contrato se precise en función de la amortización de las inversiones y de la obtención de un beneficio razonable¹³⁴.

Además, se diseñan los procedimientos de adjudicación utilizando los mismos procedimientos que en la Directiva de contratos públicos¹³⁵. Y, de forma coherente, se establece una ampliación del ámbito de aplicación de las Directivas «Recursos»

¹³⁴ Este umbral, que ya se aplica a las concesiones de obras, se hace ahora extensivo a las concesiones de servicios, habida cuenta de las consultas públicas efectuadas y de los estudios realizados por la Comisión para la elaboración de la presente propuesta. Se pretende que la carga administrativa adicional, así como sus costes, guarden proporción con el valor del contrato y con su interés transfronterizo. Los umbrales se aplican al valor de los contratos, calculado con arreglo a una metodología expuesta en los mismos. En el caso de los servicios, este valor refleja el valor total estimado de todos los servicios que debe prestar el concesionario durante toda la ejecución de la concesión. En concreto, a estos efectos de valor estimado debe tenerse en cuenta la previsión del artículo 8.3 de la Directiva: *El valor estimado de la concesión se calculará empleando un método especificado en los documentos relativos a la concesión. Para la estimación del valor de la concesión, los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, en su caso, tendrán en cuenta, en particular:*

a) el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión; b) la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora; c) los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública; d) el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión; e) la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión; f) el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios; y g) las primas o pagos a los candidatos o licitadores

¹³⁵ Las concesiones relativas a servicios sociales u otros servicios específicos recogidos en el anexo IV y que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva se someterán únicamente a las obligaciones contempladas en el artículo 31, apartado 3, y en los artículos 32, 46 y 47.

(Directivas 89/665/CEE y 92/13/CE, modificada por la Directiva 2007/66/CE) a todos los contratos de concesión por encima del umbral con el fin de garantizar unos canales que permitan impugnar la decisión de adjudicación ante un tribunal y de establecer unas normas judiciales mínimas que deben observar los poderes y entidades adjudicadores.

La Directiva, como se ha dicho, establece un régimen de modificaciones uniforme al previsto en la Directiva de contratación pública¹³⁶. Igualmente limita hasta el umbral fijado en el artículo 8 o el 10% del precio del contrato original la posibilidad de realizar modificaciones no sustanciales¹³⁷. Además, regula un supuesto de modificación sustancial que no requiere la tramitación de un nuevo procedimiento y en el que extiende extraordinariamente dicho límite cuantitativo hasta un 50% del valor de la concesión original. Obviamente, como y ase ha explicado anteriormente, resulta necesaria una interpretación estricta de dicho apartado 6 *“circunstancias que un poder adjudicador o entidad adjudicadora diligente no pudo prever”*, pues de lo contrario será una vía para eludir la tramitación de un nuevo expediente de contratación en supuestos que *de facto* son modificaciones sustanciales tal y como ha reconocido la jurisprudencia comunitaria.

Conviene insistir en la idea de que la técnica del equilibrio financiero del contrato no deberá ser utilizada cuando el problema tanga su causa en el estudio económico de viabilidad, que en muchos casos no existe, y que es el que presenta el contratista a licitación. Esta cuestión es clave, por cuanto al no existir estudio de viabilidad la administración desconoce los costes de explotación, las inversiones que debe realizar el contratista, y otros factores necesarios para determinar, en su momento, si la explotación del servicio es rentable o deficiente pese a los esfuerzos del contratista. Pero ello no justifica la alteración o modificación del pliego, en tanto

¹³⁶ La propuesta de Directiva de contratos de concesión hacía referencia al “balance económico” (equilibrio económico); pero la previsión ha desaparecido del cuerpo legal. Lo mismo sucede respecto a los límites de la figura de la modificación, el apartado 7 del artículo 42 de la propuesta de Directiva de contratos de concesión, que disponía que los poderes y entidades adjudicadores no modificaran las concesiones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario o compensar el riesgo de incremento de riesgos.

¹³⁷ La enmienda núm. 30 del Dictamen del Comité de Regiones (2012/C 277/09 DOUE C 277/74, de 13 de septiembre de 2012) fija en un diez el porcentaje de modificaciones admisibles al tener en cuenta que las concesiones suelen tener un periodo de vigencia más prolongado que los contratos públicos.

la debida diligencia debida en estos procedimientos, y los principios de eficacia y eficiencia, son límites insoslayables en la ejecución de estos contratos, que, por lo demás, se encuentran sometidos a las normas contables de SEC 95, con efectos, por tanto, sobre los datos de endeudamiento y déficit que podrían derivar de un “reequilibrio financiero” no debido.

IV.- EL RETO DE LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACION PUBLICA

Admitido el carácter estructurante del principio de transparencia — íntimamente vinculado con el principio de igualdad de trato—, procede contextualizar su significado en el contexto de la compra pública. Sin olvidar, claro, que guarda íntima relación con la cultura de nueva gobernanza¹³⁸.

a) La función del principio de transparencia en los contratos públicos.

La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar, y reflexionar sobre, la función y el efecto de la transparencia¹³⁹. 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%¹⁴⁰.

¹³⁸ 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.

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ 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

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 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). 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 numerosos 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 políticas¹⁴¹. 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

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.

¹⁴¹ 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>.

fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley orgánica 1/2008, de 31 de julio)¹⁴². 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 buena 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 profesionalizada¹⁴³.

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

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

¹⁴² 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.

¹⁴³ El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre «Contratación pública y gestión de la hacienda pública», donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

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 empresarial, tal y como bien advierte la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, al afirmar que «los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados». La obligación de transparencia que recae sobre cualquier ente contratante consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada y efectiva que permita abrir a la competencia el contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de abril de 2006, *ANAV* apartado 21)¹⁴⁴. Cuestión que queda “cerrada” con la doctrina fijada por la STJUE de 16 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,

¹⁴⁴ 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*.

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 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)».

Esto significa que resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate¹⁴⁵. También, debe servir para evitar que mediante fraccionamiento del objeto contractual se eludan los principios de publicidad y concurrencia¹⁴⁶.

Son varias las estrategias a adoptar para hacer de la transparencia el eje de la contratación pública¹⁴⁷. 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 el perfil de contratante argumentado que estos

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, «Succhi di Frutta», apartado 111.

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ S. ARROWSMITH ha identificado certeramente los cuatro ejes esenciales: a) asegurar una publicidad adecuada de las licitaciones que garantice el conocimiento 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.

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)¹⁴⁸.

Ahora el Estado, para intentar corregir el 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

¹⁴⁸ 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).

por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pasará a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público.

En la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público”.

Esta previsión merece alguna reflexión. La primera, que cualquier decisión legal que adopte el Estado debe reflejar la identidad autoorganizativa 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 interoperabilidad¹⁴⁹.

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 exceptiona 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

¹⁴⁹ 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.

Contratación 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 escala¹⁵⁰. 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 pública¹⁵¹.

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, se dotarán de un régimen *ad hoc* por debajo del umbral comunitario. A esto debe sumarse el hecho de que estas

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ 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.

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 concurrencia¹⁵² (si bien es cierto que tras la redacción dada al artículo 334 TRLCSP esta patología debe estar en camino de corrección). La conclusión es evidente: 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 obligaciones¹⁵³:

- 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 respecta a la integridad de la información, la confidencialidad y la accesibilidad.

152 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.

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

b) El principio de transparencia como derecho a la información y complemento del derecho a buena administración

La transparencia 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 misma¹⁵⁴. 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 sociedad¹⁵⁵.

Por ello, su regulación debe contenerse en la Ley de transparencia, en tanto esa será la norma cabecera¹⁵⁶. 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 norma¹⁵⁷:

“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:

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ 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 varios sectores, incluidos la contratación pública (se puede consultar en http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n005986_Informe%20Especial%20sobre%20Transparencia%20y%20Buen%20Gobierno.pdf).

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ 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.

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 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 transparencia 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 públicos¹⁵⁸.

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

¹⁵⁸ 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 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.

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”¹⁵⁹. Pero no se cumple este principio con un portal que sea mero repositorio de información no sistematizada y lista interminable de datos¹⁶⁰. 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.

¹⁵⁹ En 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. A lo largo del documento, se aprecia 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.

¹⁶⁰ 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.

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 una 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 sistema¹⁶¹.

V.- EPÍLOGO. HACIA LA TRANSPOSICION EFECTIVA DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION PÚBLICA

Analizadas las principales novedades de la normativa contenida en la Directiva de contratos públicos y la Directiva de concesiones resta, sucintamente, dar cuenta del contenido de la Directiva en los denominados “sectores especiales”, que viene a sustituir a la Directiva 2004/17 (transpuesta en España mediante Ley 31/2007)¹⁶². La nueva Directiva 2014/25 pretende, en la línea del objetivo de las anteriores propuestas de Directivas ya referidas, tanto la simplificación como la flexibilización del

¹⁶¹ P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España”, en libro col dirigido por D. Sorace *Amministrazioni Pubbliche 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 está comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato” (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.

¹⁶² Se trata de la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Un completo estudio de la misma puede verse en el trabajo de BERMEJO VERA, “El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales”, RAP núm. 179, 2008, pp. 115-159.

régimen procedimental¹⁶³. Para alcanzar tal objetivo se aclara el ámbito de aplicación. Así, el concepto básico de «contratación», que aparece también en el título de la Directiva, se ha introducido por primera vez para delimitar mejor el ámbito de aplicación y la finalidad de la legislación sobre contratación y facilitar la aplicación de los umbrales. Se revisan, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las definiciones de algunas nociones clave que determinan el ámbito de aplicación de la Directiva (como organismo de Derecho público, contratos públicos de obras y de servicios, o contratos mixtos). Al mismo tiempo, se ha procurado que la propuesta dé continuidad al uso de nociones y conceptos desarrollados a lo largo de los años a través de la jurisprudencia del Tribunal y que son bien conocidos para los profesionales. A este respecto, cabe señalar que algunas pequeñas desviaciones respecto de la redacción o la presentación conocidas de las Directivas anteriores no implican necesariamente un cambio de fondo, sino que pueden deberse a una simplificación de los textos.

La noción de derechos especiales o exclusivos es fundamental para la definición del ámbito de aplicación de la presente Directiva, puesto que las entidades que no son ni poderes adjudicadores ni empresas públicas a tenor de la presente Directiva están sujetas a sus disposiciones únicamente en la medida en que ejerzan una de las actividades cubiertas sobre la base de tales derechos. Nada dice al respecto la Directiva (a diferencia de su primer antecedente, la Directiva 93/38), pero habrá que entender que tendrán consideración de derechos exclusivos los títulos habilitantes de naturaleza concesional o de autorizaciones operativas contingentadas por motivos de interés público; y que se consideran derechos especiales aquellas prerrogativas propias de una administración pública, como la fijación de sanciones administrativas, la potestad de inspección y policía, o de ser beneficiaria de un procedimiento expropiatorio por motivos de utilidad pública o interés social.

Procede, como importante novedad, aclarar que los derechos que se han

¹⁶³ Sobre el contenido de las Directivas de los años 90 y el fundamento de la regulación puede consultarse el libro colectivo dirigido por V. LOPEZ-IBOR, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos*, Civitas, Madrid, 1997 y libro col. *Contratación empresarial en los sectores de transportes, energía, telecomunicaciones y agua potable. Los llamados contratos de interés público*, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1996.

concedido mediante un procedimiento en el que se ha asegurado una publicidad adecuada y sobre la base de criterios objetivos, en particular de conformidad con la legislación de la Unión, no constituyen derechos especiales o exclusivos a efectos de la presente Directiva.

A la vista de los resultados de la evaluación, su ámbito de aplicación, en términos de sectores cubiertos, sigue siendo básicamente el mismo. No obstante, la contratación con fines de prospección de petróleo y gas se ha retirado del ámbito de aplicación, puesto que se ha observado que es un sector sometido a tal presión competitiva que la disciplina que aporta la Directiva ya no es necesaria.

Tras todo lo expuesto, y a modo de conclusiones, puede afirmarse que la cuarta generación de Directivas de contratos públicos puede ser el fin del ciclo de la regulación en la materia, máxime cuando existe una importante doctrina del TJUE que ya se ha incorporado y que, en todo caso, sirve de pauta interpretativa de cara a la integración y armonización de los Derechos atendiendo a los principios, categorías e instituciones de los Ordenamientos nacionales¹⁶⁴.

Este nuevo paquete legislativo exige del Estado español una depuración normativa antes del fin de junio de 2014. El contenido de esta nueva normativa, y la experiencia práctica de nuestra legislación nacional aconsejan una nueva normativa, completamente distinta del actual TRLCSP en tanto parece lógico que existan tres normas legales distintas o bien un “Código de Contratos Públicos” con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos. Un “Código” que dote de seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social.

En todo caso, al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos deberá respetar los principios comunitarios inherentes a la contratación pública evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral¹⁶⁵. Como advertiera ya BAÑO LEON, al margen

¹⁶⁴ Recuerda este proceso de mutuas influencias, con cita de las sentencias más significativas, S. GONZÁLEZ VARAS en su *Tratado de Derecho administrativo. Tomo II El Derecho administrativo europeo*, Thomson, Pamplona, 2012, 2ª ed., págs. 36 y ss.

¹⁶⁵ 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 de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector

de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados¹⁶⁶. Esta afirmación queda avalada por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006). Opinión que se corrobora en la STJUE de 14 de junio de 2007 (Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio) al afirmar que en los contratos que no alcanzan el umbral comunitario¹⁶⁷:

“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 un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación

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.

¹⁶⁶ Y es que, como bien afirma este autor no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias.¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

¹⁶⁷ 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.

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)”.

En conclusión, nos encontramos en tiempos de cambios que exigen reformas en profundidad de la normas administrativas y en concreto de las de contratación pública, que permitan, ahora sí, configurar un modelo armonizado y uniforme de contratación pública en Europa que permita una adecuada optimización de los fondos públicos para consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, y que incorpore como premisas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad.

Si la necesaria estabilidad del marco normativo es deseable, también la necesario 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 sostenibilidad¹⁶⁸. La necesidad derivada de la nueva regulación aconseja la adecuada profesionalización. 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*.

Y para ello, la Directiva de contratación pública contempla la obligación de constituir tanto estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar como órganos especialmente preparados llevar a cabo los procedimientos de contratación. Además,

¹⁶⁸ En este punto resulta de gran interés el trabajo contenido en este libro de M.A. SANMARTIN MORA, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, en libro col *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, ob.cit., pp. 407-434.

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 impidan¹⁶⁹. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad¹⁷⁰.

Para cumplir este fin de integridad hay que reforzar los mecanismos de control tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas¹⁷¹, Agencias de Lucha antifraude¹⁷² y, sobretodo, mediante la necesaria independencia de

¹⁶⁹ Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>

¹⁷⁰ Ver GIMENO FELIU, J.M., La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, REDA, núm. 147, pp. 518 y ss.

¹⁷¹ Sin duda puede ser una importante herramienta función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Sobre ello resulta de interés el trabajo de J. MEDINA GUIJARRO J.C. LÓPEZ LÓPEZ, “La fiscalización de la contratación administrativa por el Tribunal de Cuentas”, Documentación Administrativa núms. 275-276, 2006, pp. 407-424. Obviamente se deberá “incentivar” la aplicación del procedimiento de responsabilidad contable regulado en la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, para los casos de daños al erario público por una “mala práctica” de la normativa de contratación pública (incluida la contable y presupuestaria. C. CUBILLO RODRÍGUEZ, “Las responsabilidades jurídicas derivadas de la contratación del sector público”, en libro col. La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 634-638. La dificultad de exigir responsabilidades está siendo un factor que “incentiva” el incumplimiento de las reglas y principios que quiebran con los modificados ilegales. Labor de control que va a resultar más difícil a raíz de la STS núm. 8506/2012, de 28 de noviembre de 2012 (que casa y anula otra de la Sala de justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (TCu) dictada el 17 de marzo de 2010 resolviendo el procedimiento de reintegro por alcance en relación con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, de Madrid), que limita la capacidad de control por alcance y lo condiciona a la existencia de un recurso contencioso previo. El argumento de que “no siendo impugnado dicho convenio, ni habiendo sido reparados tales pagos por la Intervención Municipal, ni habiéndose emitido informe con tacha alguna por parte de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento” no hay responsabilidad contable puede condicionar la función de control del Tribunal de Cuentas y sus homólogos, máxime cuando, hasta ahora, en el caso de los modificados nunca se ha acudido ante los tribunales. Queda el control, no obstante, remitido a la función de asesoramiento de intervención y servicios jurídicos que han de ser la pieza clave en el cumplimiento de la legalidad.

¹⁷² Un ejemplo es la Ley 14/2008, del 5 de noviembre (modificada por 7/2009, de 13 de mayo), de la Oficina Antifraude de Cataluña crea la Oficina Antifraude de Cataluña, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con el fin de prevenir e investigar posibles casos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al

un control efectivo y rápido¹⁷³. Hay que exigir una mayor cualificación y responsabilidad de los “gestores” públicos (evitar la politización). Debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos¹⁷⁴. Y ello porque esta en juego, insistimos, la efectividad del derecho a una buena administración¹⁷⁵.

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

Como conclusión, puede afirmarse que nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización de compra pública, como instrumento al servicio de políticas pública, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo.

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

¹⁷³ Me remito a mi trabajo “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe CORA. Balance y prospectiva”, Revista Catalana de Dret Public núm. 47, 2013.

¹⁷⁴ Por todos, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente - Núm. 229, Octubre 2006. También A. SABAN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

¹⁷⁵ Para ello debe promoverse la colaboración de organizaciones sociales -no politizadas- para el control de riesgos de corrupción así como de los empleados públicos, previendo un sistema eficaz de denuncias (sin “coste” para el denunciante). Resultan también de interés las opiniones de J. VAZQUEZ MATILLA, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública.”, en www.obcp.es y A. MADARIAGA VENEGA, “Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública”, en www.obcp.es.

