

ACTORES RELEVANTES: LOS COMPRADORES PÚBLICOS. COMENTARIO A LOS ARTÍCULOS 7 A 10

Rafael Fernández Acevedo (Universidad de Vigo); Belén Noguera de la Muela (Universidad de Barcelona)

El proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre contratos públicos y concesiones dedica su Parte II, como su rúbrica denota («**Actores relevantes**» -*Relevant Actors*, en la versión inglesa-), entre otros aspectos, al ámbito subjetivo de la contratación pública. Con tal propósito introduce un nuevo término, el de «**Compradores públicos**» -rúbrica del Título I- (*Public Buyers*), para referirse de modo conjunto a los distintos sujetos públicos contratantes contemplados en las tres Directivas de 2014 a las que pretende sustituir y derogar: poderes adjudicadores, entidades adjudicadoras y centrales de compras. Se logra de este modo, en línea con uno de los objetivos generales del Reglamento, combinar dichos conceptos en una regulación única facilitando su delimitación y sistemática.

Su «*identificación*» se realiza en el Capítulo I del que forman parte tres artículos relativos a cada uno de los tres tipos mencionados. De su contenido cabe extraer como primera conclusión que tales preceptos reproducen en buena medida la estructura y conceptos de las Directivas, sin perjuicio de los matices a los que seguidamente se aludirá.

1. Poderes adjudicadores (art. 7)

El **concepto de poder adjudicador** se mantiene esencialmente igual por lo que en su interpretación habrá de seguirse la perspectiva funcional y no meramente formal-subjetiva derivada de la jurisprudencia del TJUE que en este sentido no sufre modificación alguna (por todas, STJ 736/2017, de 5 de octubre, As. C-567/15, *LitSpecMet*, ECLI:EU:C:2017:736, apartado 31: «*el concepto de «poder adjudicador», incluido el de «organismo de Derecho público», debe interpretarse de manera funcional y en sentido amplio*»). Prima, pues, el dato teleológico de la actividad desarrollada por el sujeto, la misión y tareas que tiene encomendadas, y no la mera naturaleza jurídico-subjetiva de este.

El art. 7 de la propuesta aclara que son poderes adjudicadores las autoridades de la Administración central, las de la Administración subcentral, los organismos de Derecho público, así como las asociaciones formadas por cualquiera de tales autoridades u organismos y ello con independencia «*de que el procedimiento de contratación lo lleve a cabo una o varias unidades administrativas específicas dentro de las mismas*».

La determinación de las **autoridades de la Administración central**, a imagen de lo dispuesto en la Directiva 2014/24/UE, se remite a las enumeradas en el anexo I y sus eventuales sucesoras.

En cambio, el concepto de **autoridades de la Administración subcentral**, que en la Directiva 2014/24/UE se obtiene por exclusión («*todos los poderes adjudicadores que no sean las autoridades, órganos u organismos estatales*», -*central government authorities*, en la versión inglesa-), se construye ahora de manera autónoma, de modo que comprenden:

- a) las **autoridades estatales, regionales o locales** distintas de las enumeradas en el anexo I. Debe tenerse en cuenta que, en línea con las tres Directivas, el término «**autoridades regionales**» incluye las enumeradas de forma no exhaustiva en los niveles NUTS 1 y 2 del Reglamento (CE) n.º 1059/2003, y el término «**autoridades**

locales» el de las autoridades de las unidades administrativas correspondientes al nivel NUTS 3 y a unidades administrativas de menor tamaño, del mismo Reglamento;

- b) las **centrales de compras** que no sean a su vez autoridades de la Administración central. Esta precisión excluye, por tanto, las centrales de compra creadas en el seno de las autoridades que tengan la consideración de Administración central que, en buena lógica, siguen la condición de estas;
- c) los **organismos de Derecho público**.

Por su parte, la **noción de organismo de Derecho público** mantiene la exigencia de cumplir las tres condiciones o requisitos acumulativos con el alcance funcional ya señalado que figuran en las Directivas. El primero se halla sometido a una doble delimitación: de forma positiva, las necesidades a perseguir deben ser de interés general; y de forma negativa, las mismas no deben tener carácter industrial o mercantil; condiciones todas ellas que ha perfilado la jurisprudencia que, como se ha dicho, no sufre en este punto alteraciones. El segundo, consiste en tener personalidad jurídica. Y el tercero, se cifra en guardar una estrecha relación con el Estado, las autoridades regionales o locales u otros organismos de Derecho público, requisito para el que basta la concurrencia de una de las tres condiciones que figuran en el art. 7.4 del Reglamento en relación con la financiación pública, la gestión y supervisión o el poder de nombramiento.

En cuanto a la **financiación pública**, el art. 7.4 exige que esta supere el 50% de los ingresos del organismo, esto es, que dicha financiación sea mayoritaria de modo que alcance a «*más de la mitad*» de los ingresos del organismo en palabras de la jurisprudencia (STJ 529/2000, de 3 de octubre, C-380/98, *The Queen y H.M. Treasury*, ECLI:EU:C:2000:529). En todo caso, una financiación a cargo del Estado, las autoridades regionales o locales u otros organismos de Derecho público superior al 50% permite cumplir este requisito, sin perjuicio de que también pueda cumplirse cubriéndose con el cumplimiento de cualquiera de las otras dos: supervisión pública o composición del organismo.

2. Entidades adjudicadoras (art. 8)

En este precepto se han aunado las previsiones de las Directivas 2014/23/UE, de concesiones, y 2014/25/UE, de sectores especiales, recogiendo de forma casi literal, sin perjuicio de los matices imprescindibles para hacer posible su aplicación a ambos supuestos.

Así, se parte de un concepto de **entidad adjudicadora** que engloba a los poderes adjudicadores, a las empresas públicas y a las entidades que operan en virtud de derechos especiales o exclusivos, y que desarrollan su actividad en los sectores del agua, la energía, el transporte y los servicios postales y llevan a cabo una o varias de las actividades a las que se refieren los arts. 12 a 18 (a saber, gas y calor, electricidad, agua, servicios de transporte, puertos y aeropuertos, servicios postales o exploración y extracción de fuentes de energía), o cualquier combinación de las mismas.

Todo ello salvo que la actividad esté directamente expuesta a la competencia en mercados cuyo acceso no esté restringido, supuesto en el que el Reglamento no resultará de aplicación de conformidad con sus arts. 19 y 20.

El desarrollo del primer apartado requiere sentar dos conceptos, el de empresa pública y el derechos especiales o exclusivos, tomados ambos de las mencionadas Directivas.

Empresa pública es aquella sobre la que uno o varios poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en virtud de su propiedad, de su participación financiera en la misma o de las normas que la rigen. Tal influencia dominante se presume siempre que, de forma directa o indirecta, posea la mayoría del capital, de los votos o del poder de nombramiento de los miembros del órgano gobierno o supervisión de la empresa.

Por su parte, los **derechos especiales o exclusivos** son aquellos concedidos por disposición legislativa, reglamentaria o administrativa con el efecto de limitar el ejercicio de las actividades mencionadas a una o varias entidades, y que afecte sustancialmente a la capacidad de otras entidades para llevar a cabo dicha actividad. Sin embargo, los derechos concedidos mediante un procedimiento con publicidad adecuada y mediante criterios objetivos, no constituirán derechos especiales o exclusivos.

3. Organismos centrales de compra (art. 9)

Este precepto del Reglamento configura un régimen de los organismos centrales de compra aparentemente más amplio y funcionalmente ambicioso que el previsto en las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, que permite integrar diversas formas de centralización y apoyo a la contratación, junto con la contratación conjunta.

La primera cuestión que plantea este precepto viene de su relación con el ya mencionado art. 7 que califica como autoridades de la Administración subcentral a las centrales de compra que no sean a su vez autoridades de la Administración central. A su vez, el art. 9.2 configura los organismos centrales de compra como cualquier comprador público que realice las actividades propias de una central. De este modo, la condición de comprador público constituye un elemento definitorio del organismo central de compra, en línea con la jurisprudencia que tiene establecido que una central de compras debe tener la **condición de poder adjudicador** (STJ 423/2020, de 4 de junio, C-3/19, *Asmel Soc. cons. a r.l.* y *Autorità Nazionale Anticorruzione -ANAC-*, ECLI:EU:C:2020:423, apartado 56).

El Reglamento delimita, por tanto, con precisión esta categoría: el organismo central de compra es cualquier comprador público que realice las actividades previstas en el art. 9.2. Además, los compradores públicos deben indicar en los anuncios públicos, de conformidad con el art. 110, cuándo actúan como organismo central de compra, reforzándose así la identificación de esta función.

Las **actividades o funciones** que puede desempeñar la central son diversas. En efecto, no solo actúa como mayorista (*«comprando y revendiendo soluciones adquiridas en el mercado para los compradores públicos»*) o como intermediario (*«mediante la publicación de anuncios y la adjudicación de contratos para otros compradores públicos»*), y también puede participar en contratación conjunta y prestar servicios auxiliares de apoyo a la contratación a los compradores públicos, incluida la asistencia técnica o el asesoramiento.

Esta sistematización presenta ventajas de flexibilidad y profesionalización, pero exige delimitar adecuadamente las fronteras entre centralización, contratación conjunta y mera asistencia a la contratación, que en las vigentes Directivas aparecen diferenciadas. Al mismo tiempo estas actividades se integran en la actuación del comprador público que opera como central de compras, que habrá de identificarse como tal en los anuncios públicos correspondientes.

Especial importancia tienen los apartados 4 a 6. Cualquier comprador público podrá **adquirir soluciones de un organismo central de compra** establecido en la Unión, o a través de él, **sin aplicar los procedimientos del Reglamento** para la prestación de los servicios de dicho organismo. A su vez, se considera que el comprador público que adquiera una solución de un organismo central de compra o a través de este, y que, estando obligado a aplicar el Reglamento, lo haya hecho, cumple lo dispuesto en el mismo respecto de la contratación de dicha solución. La misma regla se extiende a determinadas adquisiciones de instituciones, órganos, oficinas o agencia de la Unión que realicen contrataciones conjuntas, actúen en nombre de los Estados miembros o como central de compras.

La centralización no es jurídicamente neutra desde la perspectiva de la competencia. Sus ventajas, en particular, el hecho de que pueden generar ganancias de eficiencia, reforzar la profesionalización, mejorar el poder de compra y facilitar el acceso a conocimientos especializados estratégicos, no son absolutas pues no cabe olvidar los riesgos que pueden derivarse de la concentración de demanda, la reducción de proveedores y el eventual perjuicio para las Pymes. Por ello, este nuevo art. 9 debe interpretarse como instrumento de **agregación eficiente de la demanda**, pero sujeto a los principios de competencia, proporcionalidad, transparencia y acceso efectivo al mercado.

El verdadero alcance del precepto se encuentra, por tanto, en la configuración de la central de compras como comprador público que desarrolla determinadas funciones de centralización, intermediación, contratación conjunta o apoyo, así como en la precisión de los efectos que produce para el comprador público la adquisición de soluciones de un organismo central de compra o a través de este.

4. Contratación conjunta. (art. 10)

En lo relativo a la **contratación conjunta**, en el art. 10 se fusionan la contratación conjunta esporádica y la contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros (contratación conjunta transfronteriza) que la Directiva 2014/24/UE recogía, respectivamente, en los arts. 38 y 39, deslindándose asimismo de las centrales de compra (art. 37 D. 2014/24/UE) previsto hoy en el art. 9.

Así, tras establecer que “dos o más compradores públicos, incluidos los de diferentes Estados miembros, podrán actuar conjuntamente en la adjudicación de determinados **contratos específicos**” (art. 10.1), mantiene el esquema del “comprador responsable” que contemplaba la Directiva 2014/24/UE, remitiendo el establecimiento del **procedimiento de contratación conjunta** a lo que se determine por las partes en el correspondiente acuerdo (art. 10.2)

Dicho acuerdo debe, entre otros, determinar las responsabilidades de las partes implicadas, la responsabilidad de la gestión del procedimiento de contratación, el reparto o distribución de las obras, suministros y servicios que se vayan a contratar o de los derechos que se vayan a ceder [art. 10.2.a)], y se remite también al acuerdo el sistema jurídico que rija el procedimiento, la legislación aplicable en materia de litigios, el órgano de recurso competente y la jurisdicción aplicable, así como la ley que rija los contratos públicos cuando los dos o más compradores públicos procedan de distintos Estados miembros [art. 10.2.b)](algunas diferencias por tanto con la Directiva 2014/24 que se limitaba a exigir la designación de la legislación nacional aplicable y del órgano de recurso responsable)

Por lo que se refiere a la asignación de responsabilidades –que se deben regular mediante acuerdo, tal y como se prevé en el art. 10.2.a) supra mencionado– a la hora de determinar éstas, así como la legislación nacional aplicable en el supuesto de la letra b) del apartado 2 del art. 10, se indicarán en la ficha de la contratación de los contratos públicos adjudicados conjuntamente (art. 10.2 párrafo in fine).

Además, el art. 10.3 añade una cláusula de salvaguarda con remisiones a otros artículos (arts. 9.6, 69.3.f de este Reglamento) y al Reglamento Financiero. Tal cláusula, cuando dispone “sin perjuicio...del art. 9.6” deja claro que son regímenes excluyentes los que prevén ambos artículos, y , así un comprador público puede optar por el **mecanismo contractual de contratación conjunta** del art. 10 o bien, por acudir a una **central de compras** de la Unión Europea conforme el art. 9.6 y, en este segundo caso se le presume automáticamente cumplidor del Reglamento en lo que respecta a la contratación de una solución, pero ahora limitado a instituciones, órganos, oficinas o agencias de la Unión y no a cualquier comprador público responsable (restricción del supuesto de presunción automática de cumplimiento).

En suma, una regulación en buena parte continuista que no incorpora jurisprudencia nueva de forma expresa, que sigue apoyándose en el principio consolidado de autonomía contractual entre entes públicos para organizar la contratación conjunta, y donde se echa en falta prever con claridad el régimen de responsabilidad frente a incumplimientos, que se sigue remitiendo el acuerdo entre las partes y que, en la práctica, genera dudas, en especial, en la contratación conjunta transfronteriza.