

LOS CONTRATOS EXCLUIDOS Y MIXTOS EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. COMENTARIO A LOS 78 A 87

Belén Noguera de la Muela (Universitat de Barcelona); Teresa Roa Martínez (Universidade de Vigo); Santiago Salvador Gimeno (Universidade de Vigo)

El Capítulo “Contratos excluidos y mixtos” de la Propuesta lleva a cabo una operación de codificación al integrar el conjunto de exclusiones que, bajo el marco normativo vigente, se encontraban dispersas -e incluso duplicadas- entre las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE. Sin embargo, el examen de los preceptos evidencia que la Propuesta va más allá de un mero proceso de codificación. Además de ajustes de redacción, actualización o simplificación, se llevan a cabo modificaciones relevantes. Destacan especialmente la novedosa exclusión en materia de cooperación entre entidades locales y regionales (art. 82), la regulación de los contratos de investigación y desarrollo (art. 79), o las modificaciones introducidas en determinadas exclusiones del art. 85 -como la relativa a los servicios jurídicos-.

1. Exclusiones vinculadas a la naturaleza de los contratos: defensa, seguridad e I+D

1.1 Contratos de defensa y seguridad: simplificación y unificación. Artículo 78

El art. 78 de la Propuesta de Reglamento integra en un **único régimen** la regulación de las exclusiones aplicables a los contratos de defensa y seguridad, que hasta ahora se encontraba distribuida entre el art. 15 de la Directiva 2014/24 y el art. 24 de la Directiva 2014/25, así como, en materia de concesiones, el art. 10.5 y 6 de la Directiva 2014/23. **En líneas generales, el precepto mantiene el contenido de los artículos 15 y 24 citados, sin recoger especialidad alguna en materia de concesiones** de defensa y seguridad -nada dice tampoco al respecto el art. 117 de la Propuesta, relativo a las concesiones excluidas-.

El art. 78.1 de la Propuesta señala que el Reglamento no se aplicará a los contratos cuyo objeto se encuentre comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/81/CE, incluidos los inferiores al umbral de su art. 8 y los exceptuados por sus arts. 12 y 13. De la comparación con las Directivas se constata la **simplificación de la redacción del 15.1 de la Directiva 2014/24** -más en línea con el art. 24.1 de la Directiva 2014/25-, formulando directamente la exclusión, y una clarificación en las referencias incluidas, sin alterar su alcance. Por su parte, el art. 78.2 de la Propuesta de Reglamento mantiene en lo esencial el contenido del art. 15.2 de la Directiva 2014/24, si bien incorpora **mayor concreción** en la identificación de las **“medidas que supongan una menor injerencia”**. Mientras que la Directiva únicamente mencionaba, a título ejemplificativo, la imposición de requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información, el Reglamento mantiene esta posibilidad e incorpora, además, una **remisión expresa** “en particular” a las medidas previstas en la parte III, título II, **capítulo 4, “seguridad y la resiliencia”** (arts. 66-69), ofreciendo una mayor concreción sobre las medidas de aplicación. Por último, los apartados tercero y cuarto del art. 78 mantienen el contenido del segundo párrafo del art. 15.2 y del art. 15.3 de la Directiva 2014/24 (24.2 y 3 de la Directiva 2014/25), respectivamente, sin que se aprecien modificaciones de fondo. Además, el art. 78.4 remite al 78.2, que se refiere a las medidas previstas en el capítulo de seguridad y resiliencia y, por tanto, se amplían las medidas expresamente identificadas, pues la Directiva solo mencionaba, a título ejemplificativo, la protección de la confidencialidad.

No obstante, de una visión panorámica de la regulación de las exclusiones en materia de defensa y seguridad recogida en las Directivas **se observan dos cambios relevantes en la Propuesta**. En primer lugar, no se recoge en este precepto especialidad alguna para las concesiones de defensa y seguridad excluidas (como antes lo hacía el art. 10.6 de la Directiva 2014/23), ni tampoco en el art. 117 de la Propuesta, relativo a las concesiones excluidas. Así, parece que **la regulación de las exclusiones en materia de defensa y seguridad es única para todos los contratos públicos, sin establecer**, como lo hacía el marco normativo anterior, **un régimen específico y diferenciado para las concesiones en este punto**. En segundo lugar, **la Propuesta tampoco contempla un régimen especial para los contratos que presenten aspectos de defensa o seguridad y que se adjudiquen u organicen conforme a normas internacionales** (art. 9.3 Directiva 2014/24, art. 10.5 de la Directiva 2014/23 y art. 27 de la Directiva 2014/25). Así las cosas, parece que habrá de estarse a lo dispuesto con carácter general en la exclusión recogida en el art. 85.1.c).

En definitiva, se mantiene inalterado el núcleo de la exclusión de defensa y seguridad, ampliando el elenco de medidas menos intrusivas expresamente identificadas. Desaparecen las exclusiones concretas en materia de concesiones y los contratos sujetos a normas internacionales. Aunque estas ausencias son coherentes con la vocación de unificación y simplificación de la Propuesta, que aúna las previsiones antes dispersas en un régimen aplicable a todos los contratos, dejan fuera algunas concreciones previstas en el régimen anterior.

1.2 Nueva delimitación de los contratos de investigación y desarrollo: ampliación de la exclusión y articulación con la contratación pública de innovación. Artículo 79

El art. 79 de la Propuesta de Reglamento **unifica el régimen hasta ahora contenido, en términos sustancialmente paralelos, en los arts. 14 de la Directiva 2014/24, 32 de la Directiva 2014/25 y 25 de la Directiva 2014/23 e introduce una modificación relevante respecto del contenido de estos preceptos**. Mientras que las Directivas delimitan los contratos de servicios de investigación y desarrollo sometidos a su regulación mediante determinados códigos CPV y dos requisitos acumulativos (que los beneficios correspondiesen exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad y que el servicio fuese íntegramente remunerado por este), **la Propuesta de Reglamento adopta una técnica normativa diferente. En concreto, establece directamente la exclusión de los contratos que tengan por objeto exclusivamente “servicios de investigación y desarrollo”,** definidos en el art. 6.16 como las actividades de *“investigación fundamental, investigación industrial y desarrollo experimental hasta la fase de desarrollo original”*.

Esta definición puede comprender la producción o el suministro limitados, así como la obtención de prototipos y primeros productos, servicios u obras, siempre dentro de los límites propios de la fase de investigación y desarrollo. Queda fuera, en cambio, el despliegue o adquisición comercial de los productos, servicios u obras finales, que sí se encontraría comprendido en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento.

En este sentido, el considerando 21 trata de despejar expresamente cualquier posible duda sobre la delimitación entre ambas figuras, en línea con las sugerencias vertidas por *Corvers Procurement Services B.V.* (Países Bajos) durante la fase de consulta pública. **La contratación de servicios de I+D, incluida la contratación precomercial (definida en el art. 6.13 como “la contratación de servicios de investigación y desarrollo que implica**

un reparto de riesgos y beneficios en condiciones de mercado y un desarrollo competitivo por fases”), **queda excluida de la Propuesta de Reglamento. Por el contrario, el nuevo procedimiento de innovación puede abarcar en un mismo procedimiento tanto las actividades de investigación y desarrollo necesarias para obtener una solución todavía no desarrollada como su posterior adquisición comercial.** La diferencia fundamental reside, por tanto, en el objeto de la contratación. Y es que mientras que en la contratación de servicios de I+D se adquieren actividades o servicios de investigación y desarrollo sin alcanzar la explotación comercial de la solución final, el *procedimiento de innovación* está orientado precisamente a la adquisición de esa solución y puede extenderse hasta su comercialización.

De este modo, parece producirse una ampliación significativa de la exclusión respecto del régimen establecido por las Directivas. Esta modificación resulta coherente con algunas de las posiciones expresadas durante la consulta pública. En este sentido, por ejemplo, la *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (DFG) propuso simplificar radicalmente el régimen del art. 14 de la Directiva mediante una exclusión general de los contratos destinados a investigación y desarrollo, llegando incluso a plantear su extensión a las propias organizaciones de investigación. **La nueva formulación del art. 79 responde parcialmente a estas demandas al eliminar las condiciones adicionales exigidas por las Directivas**, aunque sin llegar a establecer una exclusión subjetiva general aplicable a las organizaciones de investigación. En cualquier caso, tal y como señala la Exposición de Motivos, **la Comisión Europea propone paralelamente una “Ley Europea de Innovación”**, destinada a establecer un régimen específico para la contratación de servicios de investigación y desarrollo.

Por otro lado, esta ampliación de la exclusión se acompaña de una delimitación más precisa de su ámbito objetivo. En primer lugar, **desaparece la enumeración de los servicios excluidos mediante códigos CPV, sustituida por una definición material de los servicios de investigación y desarrollo contenida en el artículo 6.16. En segundo lugar, la exclusión se circunscribe a los contratos cuyo objeto consista exclusivamente en la prestación de servicios de I+D.** Cuando estos contratos incorporen, junto a tales prestaciones, otros elementos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento, este último resultará aplicable. Así lo establece expresamente el artículo 79, que menciona, en particular, los supuestos en los que las actividades de ensayo y validación se integran en el procedimiento de innovación o en los que la investigación y el desarrollo se utilizan como técnica de innovación en una contratación sometida a la Propuesta de Reglamento conforme al art. 61. Ello también parece coherente con la regla general del art. 87.3 sobre contratos que combinan prestaciones sometidas y no sometidas a la norma propuesta.

Se establece así una frontera más nítida entre, por una parte, la contratación autónoma de servicios de I+D, incluida la contratación precomercial, que permanece fuera del ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento, y, por otra, la incorporación de actividades de investigación, experimentación, desarrollo, ensayo o validación a procedimientos que tienen como finalidad última la adquisición de una solución innovadora, que sí quedan sometidos a sus disposiciones. Esta distinción resulta particularmente clara en el caso del *procedimiento de innovación* de los artículos 41 a 45, que permite articular en un mismo procedimiento el desarrollo, ensayo y validación de una solución innovadora y, en caso de resultado satisfactorio, la posterior adjudicación del contrato para su despliegue. La propia Propuesta de Reglamento configura este procedimiento para aquellos retos

respecto de los cuales el comprador público no haya identificado una solución existente apropiada o deseable. Esta opción normativa conecta, además, con algunas de las demandas formuladas durante la consulta pública. En particular, el *Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives* (CEA) defendió una mayor articulación entre la contratación precomercial y la posterior adquisición de las soluciones desarrolladas. Esta orientación encuentra reflejo en la Propuesta, que diferencia, pero al mismo tiempo conecta, la fase de I+D precomercial y la ulterior adquisición comercial. En efecto, mientras que los contratos exclusivamente destinados a servicios de I+D quedan excluidos conforme al artículo 79, **el artículo 60.2.b contempla expresamente como contratación pública de innovación la adquisición, mediante un procedimiento abierto, de una solución tras una contratación precomercial.**

El nuevo régimen normativo propuesto configura así **dos vías distintas de articulación entre investigación, innovación y adquisición pública. La primera responde a un modelo secuencial:** una contratación precomercial de servicios de I+D, situada fuera del ámbito de la Propuesta de Reglamento, puede ir seguida de un procedimiento de contratación sometido a esta para adquirir comercialmente la solución resultante; **mientras que la segunda se articula mediante el propio procedimiento de innovación que, a diferencia de la contratación precomercial** (cuyo objeto es la adquisición de servicios de I+D y no el despliegue comercial del producto final), se orienta desde el inicio hacia la eventual adquisición de la solución desarrollada.

2. Las exclusiones vinculadas a la autoorganización y la cooperación entre entidades públicas: artículos 80 a 84

2.1 Contratos adjudicados a entidades controladas (encargos *in house*): artículo 80

En relación con las fórmulas denominadas de autoprovisión administrativa o sistemas de cooperación público-público (encargos *in house* o a medios propios personificados y convenios interadministrativos), cuyos contornos se han ido perfilando por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la regulación que se contiene en la propuesta del reglamento -igual que hicieron las Directivas de 2014- convierte en prosa legal tal jurisprudencia. Así, partiendo de la codificación operada por las Directivas mencionadas, en la regulación reglamentaria se reordena el sistema en ellas previsto y en algunos aspectos lo desarrolla o modifica de manera significativa, apareciendo tales fórmulas excluidas del ámbito de aplicación del presente Reglamento al incluirse en la rúbrica de los “contratos excluidos y mixtos” del capítulo 1 del título III (Disposiciones horizontales). Se advierte, por tanto, que hay un cambio en la técnica jurídica de la exclusión ya que ahora se presenta como un **supuesto situado fuera del ámbito de aplicación del Reglamento.**

Tal y como se pone de relieve en el considerando 38 de la propuesta de Reglamento, deben mantenerse las exclusiones existentes del ámbito de aplicación para determinados tipos de contratos adjudicados por poderes adjudicadores a personas jurídicas controladas por ellos o en el marco de mecanismos de cooperación público-público. Dado que los contratos a que se refieren estas dos exclusiones quedan fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento, los Estados miembros conservan la libertad de establecer normas más estrictas o de someter dichos contratos a competencia en su Derecho nacional, y añade dos cuestiones que regula en los artículos 82 y 83 relativas a que “*la cooperación exclusivamente entre entidades locales y regionales, por ser menos probable que entrañe riesgos de distorsión de la competencia con los operadores económicos, debe quedar excluida del ámbito de aplicación del presente Reglamento en condiciones menos*

estrictas”, y “por último, debe mantenerse asimismo la posibilidad existente de que las entidades adjudicadoras se apoyen en vínculos estructurales establecidos con empresas vinculadas o empresas conjuntas para realizar actividades específicas.”

Los “**contratos adjudicados a entidades controladas**” (**encargos in house**) se regulan en el artículo 80 de la Propuesta de Reglamento que reproduce prácticamente el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE. Por tanto, el núcleo de los encargos *in house* permanece prácticamente intacto. Se mantiene el criterio del control análogo individual (art. 80.1.a), el criterio del vínculo de destino del ente instrumental (realización de más del 80 % de las actividades para la entidad o entidades que ejercen el control), y ausencia de participación privada directa con las excepciones legalmente admitidas. Se introduce expresamente el momento en que deben concurrir las condiciones señaladas y es “**en el momento de la adjudicación**” que se exige tanto para el control análogo individual como conjunto (art. 80.3).

También se contempla el encargo descendente del comprador público a la entidad controlada y el encargo inverso y horizontal -de la entidad controlada a su controlador o a otra entidad controlada por este- (art. 80.2). En relación con este último y sobre la exigencia de que “*no exista participación de capital privado*” ha desaparecido la excepción relativa a determinadas participaciones privadas legalmente impuestas que sí continúa apareciendo en el artículo 80.1 y 80.3 (“*con excepción de las formas de participación de capital privado que no confieran control ni bloqueen la toma de decisiones, exigidas por las disposiciones legislativas nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada*”)

Otro cambio recogido implica perfeccionar el cálculo del 80%, sobre el cual el artículo 80.4 exige ahora que, cuando el volumen de negocios no refleje adecuadamente el volumen de la actividad, se tenga en cuenta “**otro indicador cuantitativo objetivo y verificable**” y menciona tanto los **costes incurridos** como los **ingresos globales obtenidos**.

Finalmente, dos novedades muy destacables son: de una parte, se permite que el derecho nacional sea más restrictivo. Por tanto, el cumplimiento de las condiciones europeas no impide que el legislador nacional establezca requisitos adicionales más exigentes (art. 80.5).

De otra, se dispone que la exclusión **no se aplicará si el contrato público se subcontrata en su totalidad sin un procedimiento de contratación pública**, introduciéndose una regla antielusión explícita.

En definitiva, se advierte como en esencia, el precepto es jurisprudencia codificada: caso Teckal (control análogo y actividad esencial), caso Porin, Iren SpA y Sambre & Biesme (control análogo conjunto); caso Carbotermo (criterio del “*vínculo de destino*” del ente instrumental); caso Stadt Halle, Coditel Brabant y Such (exclusión de participación de capital privado con control) entre otras.

2.2 Cooperación público-pública: artículo 81

Cabe resaltar que la cooperación horizontal público-pública que estaba incluida en el artículo 11.4 de la primera versión de la propuesta de Reglamento, se extrae del régimen de los encargos *in house* y se plasma en un artículo autónomo (art. 81).

“El presente reglamento no se aplicará a los contratos celebrados exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores, incluidos aquellos casos en que estos desarrollen, actividades con arreglo a los artículos 12 a 18, siempre que en el momento de adjudicación” se cumplan tres requisitos (que ya recogían los artículos 12 y 17 de las Directivas de contratación 2014/24 y 2014/23 respectivamente): una cooperación para garantizar servicios públicos, dirigidos **a alcanzar objetivos comunes**; cooperación regida exclusivamente por consideraciones **de interés público**, y que los poderes adjudicadores participantes, **realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de cooperación** (art. 81.1).

Si bien, el art. 81.2 exige un requisito adicional que tiene que ver con la exigencia de que una relación de cooperación podrá abarcar todo tipo de actividades, bajo cualquier forma jurídica, estructura temporal o acuerdo (concepción material y funcional de la cooperación), pero requerirá **una colaboración genuina de todas las partes mediante contribuciones efectivas, que podrán ser idénticas complementarias o diferentes** en cuanto a su magnitud o naturaleza pero que **no podrán limitarse al mero reparto de costes** (al respecto ha sido clave la STJUE de 28 de mayo de 2020, caso ISE-Colonia). Se intenta así delimitar la verdadera cooperación horizontal frente a un contrato público ordinario encubierto.

Igual que para los encargos *in house*, aquí se aplica la misma cláusula antielusión: la exclusión desaparecerá si las soluciones proporcionadas mediante la cooperación son subcontratadas íntegramente sin procedimiento de contratación pública (art. 81.4).

2.3 La flexibilización de la cooperación local y regional: artículo 82

Este artículo constituye una de las principales novedades en materia de cooperación al incorporar una exclusión para determinados supuestos de cooperación administrativa entre entidades locales y regionales. Esta modalidad de cooperación entre entidades locales y regionales **se distingue de la “public-public cooperation”** regulada en el art. 81.1 de la Propuesta de Reglamento (12.4 de la Directiva 2014/24), **al no someterla a los requisitos específicos que caracterizan esta última**. El considerando 38 de la Propuesta justifica este planteamiento innovador en los siguientes términos: *“La cooperación exclusivamente entre autoridades locales y regionales, al ser menos probable que entrañe riesgos de distorsión de la competencia con los operadores económicos, debe quedar excluida del ámbito de aplicación del presente Reglamento en condiciones menos estrictas”* (traducción propia no oficial).

El art. 82 contempla un supuesto de exclusión específica para las relaciones entre autoridades regionales o locales cuando: se encomienden mutuamente tareas que les incumban, o utilicen para tal fin sus respectivos medios propios, incluso únicamente a cambio de una remuneración, y siempre que la función sea realizada por ellos mismos, mediante sus propios recursos. Este último inciso, relativo a la remuneración, es sumamente llamativo pues contrasta con los presupuestos exigidos por el art. 12.4 de la Directiva para la cooperación público-pública, y la jurisprudencia del TJUE sobre estos (véase STJUE de 4 de junio de 2020, C-429/19, *Remondis*). Con todo, pese a que la exclusión queda limitada a las situaciones en que las entidades ejecuten las tareas por ellas mismas mediante sus propios recursos (aspecto que se delimita en el art. 82.1 *in fine*), **se configura de forma muy amplia**.

Esto puede tener una incidencia considerable en las relaciones entre municipios, provincias, regiones y demás entidades territoriales.

2.4 Contratos adjudicados a empresas vinculadas: artículo 83

Este precepto es fundamentalmente una reordenación y depuración técnica del artículo 12 de la primera versión de la propuesta de Reglamento.

Se refiere a **entidades adjudicadoras** -término reservado a los “sectores especiales”- que no estarán obligadas a utilizar los procedimientos de licitación para adjudicar un contrato a una empresa vinculada [art. 83.1a)], ni en el caso de **una empresa conjunta** constituida exclusivamente por varias entidades adjudicadoras con el fin de desarrollar las actividades descritas en los artículos 12 a 18 (gas y calor, electricidad, agua, servicios de transporte, puertos y aeropuertos, servicios postales, exploración y extracción de fuentes de energía) a una empresa vinculada (cuya definición permanece sustancialmente igual, esto es consolidación de cuentas o existencia de influencia dominante) (art. 83.2). Exigiéndose también el umbral del 80 % y la regla de agregación cuando varias empresas del mismo grupo realizan prestaciones idénticas o similares.

2.5 Empresas conjuntas (*joint ventures*): continuidad del régimen de exclusión y nueva articulación del mecanismo de información y control. Artículo 84

El nuevo art. 84 de la propuesta de Reglamento recoge prácticamente lo previsto en el artículo 30 de la Directiva 2014/25/UE y en el art. 14 de la Directiva 2014/23, el apartado primero del art. 84 confirma, en términos similares, la inaplicación del Reglamento.

Luego se exige fundamentalmente: **pluralidad de entidades adjudicadoras** (la empresa conjunta debe estar “constituida exclusivamente por varias entidades adjudicadoras”); **finalidad específica** (constituida para realizar alguna de las actividades descritas en los artículos 12 a 18 de la Propuesta de Reglamento); **vocación de estabilidad** (desarrollar la actividad correspondiente durante un periodo de al menos tres años), y **permanencia de sus integrantes** (el instrumento constitutivo de la empresa conjunta debe establecer que las entidades adjudicadoras que la integran formarán parte de ella durante al menos tres años) [art. 84.1.a)]. Así el Reglamento no se aplicará a los contratos adjudicados por la empresa conjunta (*joint venture*) a una de las entidades adjudicadoras que la integran o por una entidad adjudicadora a la empresa conjunta de la que forma parte, siempre que concurren los requisitos anteriormente mencionados.

La principal diferencia entre la regulación de la Propuesta de Reglamento y de las Directivas se encuentra en la forma en que se articula el mecanismo de información y control de la Comisión. En este sentido, el art. 84.2 establece directamente que la Comisión podrá solicitar pruebas que demuestren que la relación entre la empresa conjunta y la entidad adjudicadora cumple los requisitos establecidos en el apartado primero. Esta facultad tampoco constituye, en sentido estricto, una novedad respecto del régimen vigente, pues el artículo 31 de la Directiva 2014/25 ya contempla un mecanismo de información y control sobre la aplicación del artículo 30, aunque lo regula de forma separada y más detallada (y, en similares términos, el artículo 15 de la Directiva 2014/23 hace lo propio en relación con la comprobación del cumplimiento de las condiciones de su artículo 14). En concreto, los artículos 31 y 15 de las respectivas Directivas permiten a la Comisión solicitar información relativa al nombre de las empresas o empresas conjuntas afectadas, la naturaleza y el valor de los contratos y los elementos que considere necesarios para acreditar que las relaciones entre las entidades implicadas cumplen los requisitos establecidos. La diferencia estriba, por tanto, en la técnica normativa empleada, dado que **la Propuesta integra en el mismo precepto y simplifica este mecanismo de control**, sustituyendo la regulación detallada y separada de las Directivas por una

habilitación genérica a la Comisión para solicitar las pruebas necesarias para acreditar el cumplimiento de los requisitos de la exclusión. Cabe matizar que **esta simplificación no supone necesariamente una reducción de estas obligaciones de información, dada su integración en el nuevo sistema general de datos y transparencia ("NPPDS")**, de conformidad con el art. 134.3.c) de la Propuesta de Reglamento.

3. Otros contratos públicos excluidos, algunas modificaciones: artículo 85

Este precepto responde también a la vocación codificadora de la Propuesta, al integrar en un único precepto exclusiones recogidas en la Directiva 2014/23, la Directiva 2014/24 (85.1) y la Directiva 2014/25 (85.2, sin perjuicio del art. 117 de la Propuesta). Algunas **previsiones del art. 85.1 no han sido objeto de modificaciones notables respecto de la Directiva 2014/24**. Así ocurre con las exclusiones previstas en las letras a), d), g), k), l) y m), **que mantienen, con algunos ajustes menores de redacción, las exclusiones previstas, respectivamente, en los arts. 11, 10 a), 10 c), 10 h), 10 j) y 10 g) de la Directiva 2014/24**, así como, en los supuestos correspondientes, en la Directiva 2014/23, sin que tales modificaciones parezcan alterar su alcance. El análisis se centra, por tanto, en las exclusiones del art. 85.1 que sí han sido objeto de modificación en comparación con las Directivas.

La letra b) incorpora la exclusión prevista en el art. 8 de la Directiva 2014/24 y art. 11 Directiva 2014/23 en materia de **redes públicas de comunicaciones electrónicas**. Las modificaciones operadas en la redacción de esta exclusión son, únicamente, dos: (i) la remisión a la Directiva 2018/1972, en lugar de a la derogada 2002/21/EC y (ii) la referencia a “*public electronic communications networks*” adecuando su terminología a la empleada por la nueva Directiva. Así, se trata de una mera actualización al nuevo marco normativo en la materia.

La letra c), que se corresponde con el art. 9 de la Directiva 2014/24 y con el art. 10.4 de la Directiva 2014/23 engarza el Derecho europeo con el Derecho Internacional, estableciendo los supuestos en los que **el Reglamento no es de aplicación por concurrir normas internacionales específicas**. El apartado 85.1 c) i), relativo a los acuerdos internacionales, presenta una redacción más simplificada que su homólogo de la Directiva [art. 9.1.a)]. La Propuesta sustituye la referencia al “*instrumento jurídico que cree obligaciones de Derecho internacional*” por la referencia directa a los acuerdos internacionales y elimina las menciones a los Estados miembros, terceros países y tipos contractuales afectados. También **modifica la finalidad de la exclusión**, pues, frente a la referencia de la Directiva a la realización conjunta del proyecto por los signatarios, **exige que se trate de un proyecto común cuya ejecución requiera una contratación conjunta**. A mayor abundamiento, **se elimina la obligación de los Estados miembros de comunicar determinados acuerdos internacionales a la Comisión** (art. 9.1 *in fine* de la Directiva) -aunque ello no parece tener incidencia en el ámbito de la exclusión pues esta no estaba supeditada a la notificación previa a la Comisión, bastando con que se cumplieran sus condiciones-. El art. 85.1 c) (ii) mantiene, en idénticos términos, la exclusión relativa a los contratos adjudicados conforme a procedimientos establecidos por una organización internacional [art. 9.1 b) de la Directiva]. El art. 85.1 c) (iii), relativo a proyectos financiados por instituciones financieras internacionales, aunque mantiene la exclusión para los proyectos financiados íntegra o mayoritariamente por una institución financiera internacional (art. 9.2 Directiva), elimina la referencia a los proyectos financiados por una organización internacional y sustituye el “contrato” por el “proyecto” como objeto de financiación. Desaparece, además, la remisión del art. 9.3 de la Directiva

2014/24 al art. 17 para contratos con aspectos de seguridad o defensa, lo que es coherente con el nuevo art. 78, que nada prevé al respecto. Nótese que esta previsión tampoco estaba presente en el art. 10.4 de la Directiva 2014/23.

La letra e) incorpora la exclusión recogida en el art. 10 b) de la Directiva 2014/24 y **en el art. 10.8 b) de la Directiva 2014/23**, con una importante **modificación y actualización de su ámbito** al marco normativo actual. Las Directivas excluyen tanto (i) la adquisición, desarrollo, producción o coproducción de material de programación para *audiovisual media services or radio media services* como (ii) los contratos relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas. Esta exclusión se justifica por la “relevancia cultural y social” de estos servicios, que hace inadecuada la aplicación de las normas de contratación pública (en su considerando 23 Directiva 2014/24). **La principal novedad en la Propuesta es la supresión del segundo supuesto de exclusión.** Así, **se conserva únicamente una exclusión** en línea con el primer supuesto, con los siguientes **cambios**: (i) la **desaparición** de la referencia expresa a que los contratos sean adjudicados por **prestadores de servicios audiovisuales o radiofónicos** -ahora prestadores de servicios de medios de comunicación-; (ii) la **remisión al Reglamento 2024/1083**, por el que se modifica la Directiva 2010/13/UE, en lugar de a dicha Directiva; y (iii) la **sustitución del concepto “audiovisual media services or radio media services” por “media services”** (servicio de medios de comunicación), en línea con las categorías contempladas en el citado Reglamento 2024/1083. Esta sustitución no parece meramente terminológica, pues el concepto de “servicio de medios de comunicación” del Reglamento (UE) 2024/1083 presenta un **ámbito material más amplio** que el de “servicio de comunicación audiovisual” de la Directiva 2010/13/UE, al comprender también las publicaciones de prensa y abarcar la prestación de estos servicios “por cualquier medio” [véase art. 2.1) y considerando 9 del Reglamento 2024/1083].

La letra f) modifica la configuración de la **exclusión en materia de servicios jurídicos**. Al igual que el art. 10 d) de la Directiva 2014/24 y el art. 10.8 d) de la Directiva 2014/23, no excluye todos los servicios jurídicos. Sin embargo, **sustituye la enumeración de supuestos de ambas Directivas por una cláusula general**. Esta excluye los servicios jurídicos que requieran **habilitación para ejercer la abogacía**, como la litigación o la representación formal ante los órganos jurisdiccionales, o que estén relacionados con el ejercicio de “*public office*” (cargo público), incluidos los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por notarios (traducción propia no oficial) -lo que se alinea con los arts. 10 d) iii) y v) de la Directiva 2014/24 y 10.8 d) iii) y v) de la Directiva 2014/23-.

La Propuesta realiza una importante labor de simplificación y deja de hacer referencia expresa a algunos de los supuestos que ambas Directivas excluían. No obstante, la ausencia de mención expresa no implica, necesariamente, que todos estos supuestos se incluyan en el ámbito de aplicación del Reglamento, pues, pueden encontrar cabida en la cláusula general que determina la exclusión. Un aspecto relevante es que se emplea como criterio para delimitar la exclusión el hecho de que sean servicios que requieran “**habilitación para ejercer la abogacía**”, **cuyas condiciones de acceso no han sido armonizadas por el Derecho de la UE**. Por tanto, los Estados miembros conservan la competencia para determinar los conocimientos y cualificaciones necesarios para el ejercicio de la abogacía (STJUE de 17 de diciembre de 2020, *Onofrei*, C-218/19, § 24-26 y STJUE de 3 de abril de 2025, *Plavec*, C-807/23, § 25-26). Así, aunque los enfoques nacionales son relativamente uniformes, existen **diferencias en el alcance de las**

actividades reservadas a abogados¹. Por otra parte, **ambas Directivas se referían a servicios relacionados “con el ejercicio del poder público” y no con el “ejercicio de un cargo público”** (“*public office*”), como señala la Propuesta. Con este “sutil” cambio la Propuesta parece apartarse de un concepto consolidado en la jurisprudencia del TJUE y vinculado al art. 51 TFUE, que se limita a “*actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público*” (por todas, STJUE de 1 de febrero de 2017, *Comisión Europea c. Hungría*, asunto C-392/15, §107-108). En su lugar, la exclusión se vincula ahora al concepto de “*public office*” lo que, quizás, podría tener consecuencias sobre el ámbito material de la exclusión.

En definitiva, la exclusión redactada en la Propuesta puede dar lugar a una falta de aplicación uniforme entre los distintos Estados miembros y plantear algunas dudas interpretativas. En último término, su alcance deberá determinarse mediante la interpretación del nuevo precepto, atendiendo a las razones que justifican esta exclusión (sobre estas razones véase, por ejemplo, el considerando 25 de la Directiva, así como en la STJUE de 6 de junio de 2019, *P.M. y otros*, C-264/18).

La letra h) incorpora la exclusión del art. 10 e) de la Directiva 2014/24 y el art. 10.8 e) de la Directiva 2014/23 en materia de **servicios financieros**, modificando su alcance y planteamiento. El supuesto relativo a los servicios financieros vinculados a la emisión, venta, compra o transmisión de valores u otros instrumentos financieros, es objeto de una modificación sustantiva en la Propuesta. Así, se sustituye el referido criterio por la referencia a la **prestación de servicios de inversión o la realización de actividades de inversión, en el sentido de la Directiva 2014/65/UE y del Reglamento (UE) 600/2014, sustituyendo asimismo la remisión a la Directiva 2004/39/CE**. Los otros dos supuestos excluidos por la Directiva, relativos a los **servicios de bancos centrales y las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad, se mantienen inalterados** [art. 85.1 h) Propuesta]. Adicionalmente, **se incorpora** como un nuevo supuesto excluido: la **administración de índices de referencia (*benchmarks*)**, mediante remisión al Reglamento (UE) 2016/1011.

La letra i) **incorpora la exclusión de los servicios de valoración** de los arts. 36 y 74 de la Directiva 2014/59/UE, añadida al art. 10 de la Directiva 2014/24 por la Directiva (UE) 2026/806, de 30 de marzo de 2026 (las razones que motivan esta exclusión se recogen en su considerando 61). La letra j) recoge la exclusión del art. 10 f) de la Directiva 2014/24, **ampliando su ámbito a subvenciones, financiación e inversiones, además de los préstamos**. La letra n) **mantiene la exclusión** del art. 10 i) de la Directiva 2014/24 **en materia de servicios públicos de transporte de pasajeros** pero se delimita a través de una referencia expresa al Reglamento (CE) n.º 1370/2007. Esta referencia normativa ya estaba presente en el considerando 27 de la citada Directiva y el art. 10.3 de la Directiva 2014/23 (ahora 117.1.b) de la Propuesta). Por ello, cabe concluir que esta precisión no parece modificar el alcance de la exclusión.

Por su parte, el art. 85.2 incorpora exclusiones procedentes de los arts. 18, 19 y 23 de la Directiva 2014/25. Las letras a) y b) mantienen sustancialmente las previstas en los arts. 23.a) y 23.b) de la citada Directiva, relativas a la adquisición de agua y al suministro de energía o combustibles destinados a la producción de energía. La letra c) recoge la exclusión del art. 18 de la Directiva, relativa a los contratos para reventa o arrendamiento

¹ Comisión Europea, Comunicación. Balance y actualización de las recomendaciones de reforma para la regulación de los servicios profesionales de 2017, COM(2021) 385 final, de 9 de julio de 2021, II.4.

a terceros, y la letra d) la del art. 19.1 de la Directiva, relativa a contratos adjudicados para fines distintos de la realización de las actividades comprendidas en el Reglamento o para su desarrollo en terceros países. De una comparación del texto de la Propuesta con el de la Directiva se constata que no existen cambios reseñables en el alcance de la exclusión, únicamente se actualizan las remisiones internas. No obstante, en los apartados c) y d) **desaparecen las obligaciones de información de las entidades adjudicadoras frente a la Comisión** previstas en los arts. 18.2 y 19.2 de la Directiva 2014/25, lo que parece alinearse con el objetivo general de simplificación de la reforma. Nótese que en tres apartados del art. 85 se elimina la obligación de comunicación -apartado 1, letra c), y apartado 2, letras c) y d)-.

4. Contratos mixtos

4.1 Contratos mixtos de defensa o seguridad: continuidad. Artículo 86.

El art. 86 de la Propuesta de Reglamento recoge la regulación del art. 16 de la Directiva 2014/24 (y, en similares términos, del art. 25 de la Directiva 2014/25 relativa a los sectores especiales, y del art. 21 de la Directiva 2014/23 en cuanto a las concesiones) en relación con los contratos mixtos que incluyen elementos de su ámbito de aplicación y otros comprendidos en el ámbito del art. 346 TFUE (que permite excepciones destinadas a proteger intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros, particularmente en relación con información sensible y con la producción o comercio de armamento, municiones y material de guerra) o de la Directiva 2009/81/CE sobre contratación pública en materia de defensa. En efecto, si bien dicho artículo 86 mantiene con carácter general las reglas establecidas por las Directivas para los contratos mixtos con elementos de defensa o seguridad, podemos señalar que lleva a cabo una integración y reorganización de las mismas dentro del régimen unitario aplicable a los distintos compradores públicos (y, en su caso, a las concesiones, cuyo régimen específico, en lo que respecta a contratos mixtos, se complementa en el artículo 116).

En virtud de la Propuesta de Reglamento, siguiendo la misma línea que las Directivas de 2014, cuando los compradores públicos pretendan adjudicar un contrato que incluya partes comprendidas en el ámbito del nuevo Reglamento junto con otras sujetas al art. 346 TFUE o a la Directiva 2009/81/CE, deberán determinar, en primer lugar, si dichas partes son o no **objetivamente separables**.

Cuando sean **objetivamente separables**, podrán adjudicarse contratos separados, aplicándose a cada uno el régimen jurídico correspondiente, o bien **un único contrato**. En este último supuesto, la reciente STJUE de 18 de diciembre de 2025, C-769/23, *Mara*, resulta especialmente relevante. Aplicando *mutatis mutandis* su interpretación del art. 16 de la Directiva 2014/24 al nuevo art. 86 de la Propuesta de Reglamento, la exigencia de justificar mediante **“razones objetivas”** la decisión de no adjudicar contratos separados opera cuando el comprador público pretende someter el contrato único a la Directiva 2009/81/CE (o acogerse al art. 346 TFUE), pero no cuando opta por aplicar el Reglamento. Y es que cuando se adjudique un único contrato, si una de sus partes queda comprendida en el art. 346 TFUE, el contrato **podrá** adjudicarse sin aplicar el Reglamento; mientras que, si dicha parte queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/81/CE, **podrá** adjudicarse conforme a esta. En todo caso, la decisión de adjudicar un único contrato no podrá adoptarse con la finalidad de eludir la aplicación del Reglamento o de la Directiva 2009/81/CE. En relación con las referidas “razones objetivas”, como señala Heuninckx, estas pueden responder a motivos técnicos, pero

también a razones económicas u organizativas relacionadas con una gestión eficiente de los recursos. Cuando las distintas partes **no sean objetivamente separables**, el art. 86 establece que el contrato podrá adjudicarse sin aplicar el Reglamento si comprende elementos sujetos al art. 346 TFUE; en caso contrario, podrá adjudicarse de conformidad con la Directiva 2009/81/CE.

Finalmente, podemos apreciar un error formal en el art. 86.6 de la Propuesta cuando realiza una remisión “*a la letra a) del tercer párrafo del apartado 2*”, ya que dicho apartado ya no contiene tal tercer párrafo ni letras a) y b), de lo que puede deducirse que probablemente nos encontramos ante una errata que proviene de haber arrastrado la remisión prevista en la estructura de las Directivas, como se aprecia en el art. 16 de la Directiva 2014/24.

4.2 Contratos mixtos: simplificación y sistematización: artículo 87

Esta disposición regula los restantes supuestos de contratación mixta, sin perjuicio del régimen especial establecido en el art. 86 para aquellos que incorporen aspectos de defensa o seguridad. Cabe señalar, con carácter previo al análisis de cada uno de los apartados del precepto que la Propuesta de Reglamento integra la regulación recogida en el art. 3 de la Directiva 2014/24, los arts. 5 y 6 de la Directiva 2014/25 (relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores especiales) y el art. 20 de la Directiva 2014/23 (en relación con los contratos de concesión) -si bien, en este último caso, aparece en un nuevo artículo independiente: el 116-.

El art. 87.1 establece en su primer inciso una regla general para la contratación mixta, señalando que aquellos contratos que comprendan dos o más tipos de prestaciones (obras, servicios o suministros), o que incluyan parcialmente el ejercicio de una actividad en el ámbito de los servicios públicos regulada en la parte II, título I, capítulo 2 del Reglamento, deberán adjudicarse con arreglo al régimen correspondiente al tipo de contratación que caracterice su objeto principal. El primero de estos criterios no constituye una novedad, dado que ya aparece recogido en el primer párrafo del art. 3.2 de la Directiva 2014/24. Por su parte, la extensión de esta regla a los contratos que persigan parcialmente una actividad propia de los sectores especiales no constituye, en sentido estricto, una gran innovación, dado que el art. 3.5 de la Directiva 2014/24 ya remitía para estos supuestos a los arts. 5 y 6 de la Directiva 2014/25, y este último precepto establece que los contratos destinados a la realización de varias actividades debían quedar sujetos a las normas aplicables a aquella a la que estuvieran destinados principalmente. Así, la novedad de la Propuesta radica principalmente en la integración de esta regla dentro de un único precepto e instrumento normativo, consecuencia de la unificación en la Propuesta de los regímenes anteriormente distribuidos entre las Directivas 2014/24, 2014/25 y 2014/23. Esta previsión del art. 87 supone así una mayor integración y sistematización respecto del marco normativo vigente, en el que el art. 3 de la Directiva 2014/24 debía coordinarse con las reglas específicas de las restantes Directivas, incluidas las relativas a los contratos de concesión (que pasan a regularse específicamente en el art. 116 de la Propuesta bajo la denominación de “Contratos de concesión mixtos”) y a las actividades de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

En cualquier caso, sí que podemos identificar **una mayor simplificación normativa** (probablemente derivada de la mencionada unificación en un solo texto normativo) **si comparamos la fórmula más sintética adoptada por la Propuesta**, centrada en el tipo de contratación que caracterice el objeto principal del contrato, con la regulación

contenida, en particular, en la Directiva 2014/25 (cuyo artículo 6.3 añade reglas subsidiarias para aquellos supuestos en los que sea objetivamente imposible determinar la actividad a la que el contrato está destinado principalmente, diferenciando la solución aplicable en función de que la otra actividad esté sometida a la Directiva 2014/24, a la Directiva 2014/23 o a ninguna de ellas).

Por otra parte, el segundo inciso del art. 87 de la Propuesta de Reglamento incorpora la previsión del segundo párrafo del art. 3.2 de la Directiva 2014/24, relativa a los contratos mixtos integrados por servicios sociales, sanitarios y educativos y otros servicios, así como a aquellos en los que concurren servicios y suministros. En estos supuestos, el objeto principal continúa determinándose, atendiendo al mayor valor estimado de las respectivas prestaciones, tal como establece la Directiva. En este sentido, tras una comparativa con el segundo párrafo del art. 3.2 de la Directiva 2014/24 no se identifican grandes diferencias más allá de la modificación de las remisiones internas y pequeños cambios de redacción sin aparentes implicaciones de fondo.

Por último, el apartado tercero regula los contratos cuyo objeto incluya simultáneamente prestaciones comprendidas en el Reglamento y otras prestaciones no sometidas al mismo. Aquí, **frente a la regulación extensa y diferenciada contemplada por las Directivas de 2014, el Reglamento establece una regla general según la cual éste resultará aplicable con independencia del objeto principal del contrato o del valor de las partes** que, consideradas aisladamente, quedarían sometidas a otro régimen jurídico, salvo lo dispuesto específicamente para los contratos con elementos de defensa o seguridad en el art. 86. Esta solución tampoco resulta especialmente novedosa más allá de su condensación y formulación sintética en un único precepto y texto normativo, dado que el art. 3.4 de la Directiva 2014/24 y el art. 5.4 de la Directiva 2014/25 recogen previsiones en términos similares.

Asimismo, en línea con esta tendencia simplificadora, desaparece del art. 87 de la Propuesta la distinción general entre prestaciones objetivamente separables y no separables que estructura el art. 3 de la Directiva 2014/24. Bajo esta última, cuando las partes eran objetivamente separables, el poder adjudicador podía optar por adjudicarlas separadamente y aplicar a cada una el régimen correspondiente a sus características; si optaba por adjudicar un único contrato que combinase prestaciones sometidas a la Directiva con otras sujetas a un régimen diferente, el art. 3 establece diversas reglas para determinar la normativa aplicable. La Propuesta de Reglamento sustituye buena parte de esta casuística por reglas más sintéticas, **sin perjuicio de los regímenes específicos establecidos para los contratos con aspectos de defensa o seguridad en el art. 86 y para los contratos mixtos de concesión en el art. 116**, que mantiene la referida diferenciación entre prestaciones objetivamente separables y no separables en términos semejantes a los previstos por el art. 20 de la Directiva 2014/23.