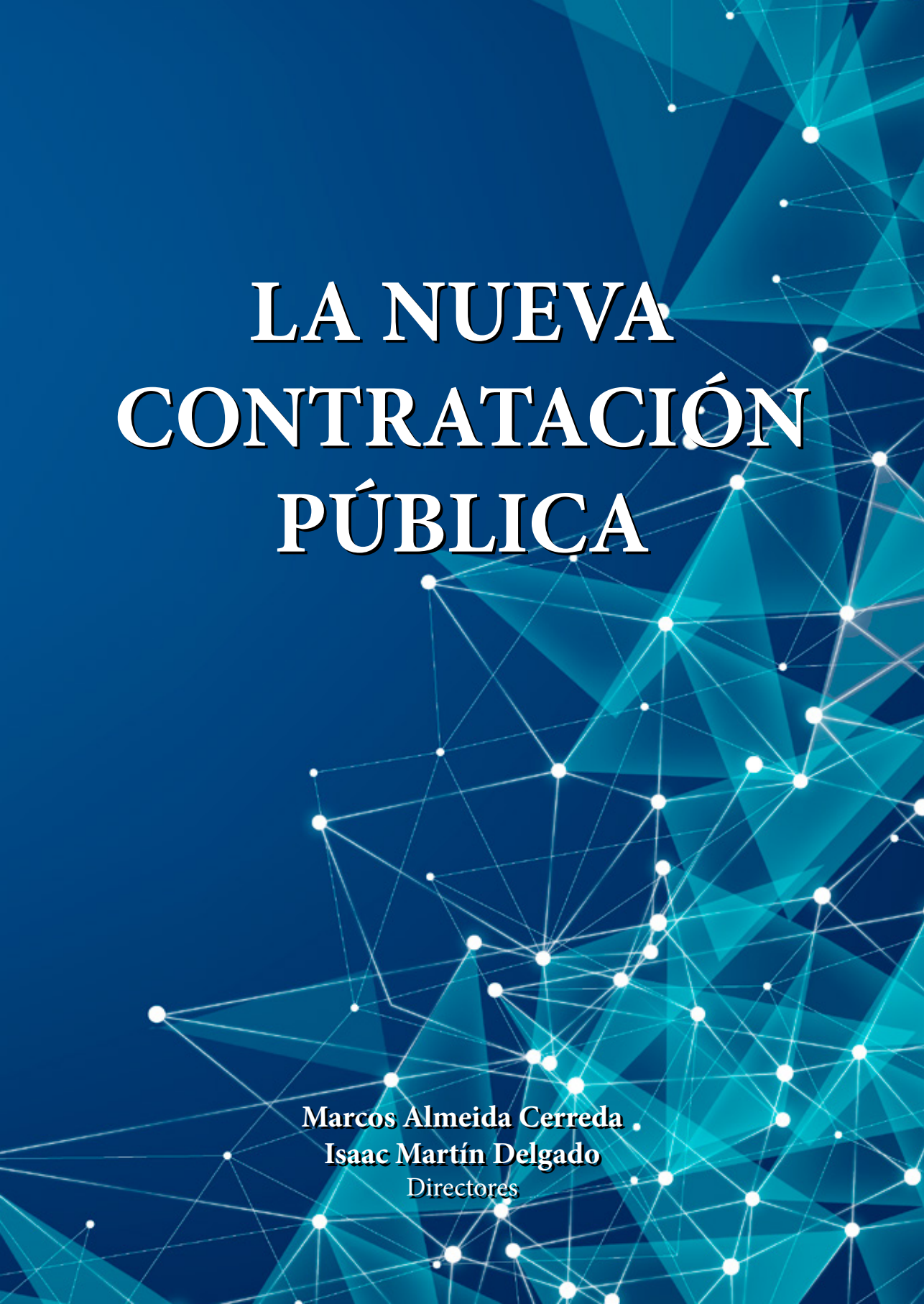




LA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Marcos Almeida Cerrada .
Isaac Martín Delgado
Directores

**Actas del I Congreso de la Red
Internacional de Derecho Europeo**

Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014

**LA NUEVA
CONTRATACIÓN
PÚBLICA**

**Marcos Almeida Cerrada
Isaac Martín Delgado**
Directores

Campus na nube
ISBN 978-84-608-3276-8
D.L.: C 2000-2015

**A Luis Ortega, jurista de reconocido
prestigio, comprometido con la Universidad
y las instituciones públicas, intelectual
creativo y polifacético, maestro cercano y
generoso, y hombre sonriente y vital.**

Abreviaturas

as.: asunto; art.: artículo; arts.: artículos; c.: contra; CC: Código Civil de 1889; COM: Comisión; coord.: coordinador; dir.: director; DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea; ed.: edición; edit.: editor; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; LES: Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; n.: número; p.: página; par.: párrafo; PIB: Producto Interior Bruto; pp.: páginas; ss.: siguientes; TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; vol.: volumen.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
---------------------------	-----------

PONENCIAS	17
------------------------	-----------

A “NOVA CONTRATAÇÃO PÚBLICA” AS DIRETIVAS DE 2014	
PEDRO COSTA GONÇALVES.....	19

LA TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA: UNA OPORTUNIDAD PARA LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA	
JULIÁN VALERO TORRIJOS	29

I. El contexto general: una nueva generación de normas euro- peas sobre contratación del sector público	29
II. Una lección del pasado: los problemas e insuficiencias de- rivados de las opciones de transposición por parte del le- gislador español.....	32
III. El impulso efectivo de la simplificación: una exigencia inexcusable.....	38
IV. Hacia una concepción de la transparencia basada en la in- novación tecnológica	40
V. Nuevos retos y desafíos de la innovación tecnológica en la contratación pública: algunos apuntes para la reflexión	43
VI. Conclusión final.....	44

EL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: LOS NUEVOS LÍMITES DEL “IUS VARIANDI” Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	
SILVIA DÍEZ SASTRE.....	47

I. Planteamiento	47
II. La limitación de las modificaciones de los contratos públi- cos: la restricción del “ <i>ius variandi</i> ” y de la autonomía de la voluntad	49

LA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA. “COMPRA PÚBLICA INNOVADORA. EN PARTICULAR, LAS CENTRALES DE COMPRAS”

FRANCESCA DI LASCIO63

- I. La centralizzazione degli acquisti come strumento di razionalizzazione delle risorse pubbliche.....63
- II. Le centrali di committenza nell’esperienza dei Paesi europei.....68
- III. Le centrali di committenza nel diritto europeo.....71
- IV. Le centrali di committenza nel diritto italiano.....78
- V. Conclusioni e prospettive.....82

EL NUEVO MARCO JURÍDICO COMUNITARIO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

MARÍA HERNANDO RYDINGS93

- I. Objeto de estudio y precisiones previas93
- II. La Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión96
- III. Consideración final 107

LAS RELACIONES “CONTRACTUALES” ENTRE ENTES PÚBLICOS NO SOMETIDAS A LA DIRECTIVA 2014/24/UE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES 111

- I. Del derecho pretoriano a la codificación de las excepciones a la aplicación de derecho europeo de la contratación pública en determinados supuestos de relaciones entre entes públicos..... 111
- II. Las fórmulas de cooperación vertical en el derecho de la UE..... 116
- III. Las fórmulas de cooperación horizontal y su evolución en el Derecho de la UE..... 127
- IV. Conclusiones..... 136

CONTRATTAZIONE PUBBLICA E LOTTA ALLA CORRUZIONE. UNO SGUARDO ALLE RECENTI RIFORME AMMINISTRATIVE ITALIANE

GIUSEPPE PIPERATA 141

- I. La corruzione amministrativa ed il sistema-Italia 141
- II. La contrattazione pubblica: un settore ad alto rischio corruzione 142
- III. Diritto amministrativo e lotta alla corruzione nei contratti pubblici: lo scenario di riferimento introdotto dalle riforme più recenti 144

IV. Alcune misure specifiche per la prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici: il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione e le misure straordinarie di intervento.....	148
V. Conclusioni	152

CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. ESPECIAL REFERENCIA A ESTAS CUESTIONES EN LA DIRECTIVA 2014/24

JUAN ANTONIO UREÑA SALCEDO	157
I. Introducción	157
II. Las referencias a la propiedad intelectual en el TRLCSP y en la Directiva 2014/24	158
III. Conclusiones.....	167

ALGUNOS EFECTOS PERVERSOS DERIVADOS DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

FRANCISCO PUERTA SEGUIDO	169
I. La captación de financiación privada para el desarrollo de las infraestructuras viarias	169
II. Insolvencia empresarial y continuidad en la explotación de infraestructuras en concesión mediante la creación de una empresa pública.....	171
III. La insolvencia empresarial de los contratistas y su incidencia en los contratos administrativos.....	172
IV. El inviable rescate de las concesiones por parte del Estado.....	180
V. La responsabilidad subsidiaria de la Administración expropiante ante el impago de los justiprecios expropiatorios por las concesionarias beneficiarias de las expropiaciones.....	180

CONTRATACION PÚBLICA Y FACTURACIÓN ELECTRÓNICA

DAMIÁN OLIVA GARCÍA.....	187
I. Análisis del contexto normativo actual en la Unión Europea de la factura electrónica en el ámbito de la contratación pública	187
II. Análisis del contexto normativo actual en España de la factura electrónica en el ámbito de la contratación pública	189

COMUNICACIONES 197

**RÉGIMEN DE DESINDEXACIÓN Y REVISIÓN DE PRECIOS. O
SOBRE LA TRANSFORMACIÓN DE LA REVISIÓN DE PRECIOS**

JORGE AGUDO GONZÁLEZ 199

- I. Introducción. La Disposición Adicional Octogésima octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 199
- II. Modificaciones en materia de revisión de precios que incorpora el Proyecto de Ley de Desindexación de la Economía Española..... 209
- III. Conclusiones..... 215

**LA FUERZA VINCULANTE DE DOCUMENTOS
PRECONTRACTUALES EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA ELECTRÓNICA EN COLOMBIA. EL CASO DE LA
RESPUESTA A LA SOLICITUD DE ACLARACIONES AL PLIEGO DE
CONDICIONES**

JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ..... 217

- I. Introducción 217
- II. Algunas referencias sobre la contratación pública electrónica en Colombia 218
- III. Publicidad electrónica y la fuerza vinculante de los documentos precontractuales en una licitación pública..... 219
- IV. Conclusión 226

**EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO
Y EL PRIVADO: EL BALANCE DE SU UTILIZACIÓN DESDE SU
CREACIÓN HASTA NUESTROS DÍAS**

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI..... 227

- I. Consideraciones generales 227
- II. Motivos para recurrir a la utilización de estos contratos 231
- III. La aplicación real de los contratos de CPP 234
- IV. Síntesis sobre las ventajas financieras a la luz de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado..... 238

CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA: UN INSTRUMENTO DE BUEN GOBIERNO

ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ 241

- I. Introducción 241
- II. Utilización de medios electrónicos para la participación ciudadana en las decisiones de compra pública: mecanismos de gobierno abierto 243
- III. Instrumentos para una comunicación íntegramente electrónica 245
- IV. La objetivización del procedimiento de adjudicación: la subasta electrónica 253
- V. Open data: acceso electrónico a los resultados de las licitaciones 254
- VI. Conclusiones 255

LA COLLABORAZIONE PUBBLICO PRIVATA SECONDO L'IMPOSTAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA. LA COLABORACIÒN PUBLICO PRIVADA SEGÙN LA UNIÒN EUROPEA

FEDERICO LAUS 259

- I. La premessa dell'impulso europeo 259
- II. La costruzione della nozione di collaborazione pubblico privata 260
- III. I principi dei Trattati 267
- IV. Considerazioni sull'applicazione nell'ordinamento nazionale italiano 268
- V. ... e nell'ordinamento nazionale spagnolo 270

LA ADHESIÓN A UN PUNTO GENERAL DE ENTRADA DE FACTURAS ELECTRÓNICAS COMO ALTERNATIVA A LA CREACIÓN DE UN PUNTO PROPIO AUTONÓMICO O LOCAL

M^a DOLORES REGO BLANCO 275

- I. Introducción 275
- II. La obligación de disponer de un Punto General de Entrada de Factura Electrónica: sujetos obligados y sujetos exentos 276
- III. La adhesión como modalidad de cumplimiento de la obligación de disponer de un Punto General de Entrada. Diferencias con la integración de órganos y organismos 278
- IV. Los Puntos Generales de Entrega susceptibles de adhesión 281
- V. La pretendida voluntariedad de la adhesión a un Punto General de Entrega de facturas electrónicas 282

VI. La adhesión al FACe de otros entes públicos ante el incumplimiento de comunidades autónomas o entidades locales de dotarse de punto GEFe	284
VII. Límites a la negociabilidad de la adhesión a un Punto General de Entrega	285
VIII. Conclusiones	288
 EL IMPACTO DEL CONCEPTO EUROPEO DE CONCESIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL	
ESTELA VÁZQUEZ LACUNZA	291
 EPÍLOGO	
	307

PRESENTACIÓN

El presente volumen, titulado *La nueva contratación pública*, recoge los textos de las ponencias y comunicaciones presentadas en el I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo, celebrado en Toledo los días 13 y 14 de noviembre de 2014.

La RIDE fue creada el 15 de noviembre de 2012 por medio de un acuerdo firmado entre el Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Castilla-La Mancha y el Grupo de Investigación en Derecho de las Administraciones y Entidades del Sector Público de la Universidad de Santiago de Compostela (cuyo lugar ocupa hoy el Observatorio Internacional de la Regulación de las Entidades Públicas —OIRESP—). A través de él ambas instituciones universitarias buscaban poner en común sus medios materiales y los investigadores adscritos a las mismas para poder afrontar con éxito el reto de llevar a cabo investigaciones de mayor calado en materia de Derecho Público Europeo. Nacida con vocación de ser ampliada, paulatinamente se han ido incorporando a la Red miembros de otras Universidades, tanto españolas como extranjeras, lo que permitió poder celebrar el primer Congreso, congregando a la mayor parte de ellos. La RIDE ha colaborado en la organización de diferentes actividades, tales como las Jornadas sobre la Unión Europea que anualmente se celebran en la Universidad de Castilla-La Mancha con motivo del Día de Europa, el Ciclo de Conferencias “20 años hablando de Europa”, celebrado en Toledo entre septiembre y diciembre de 2014, el Seminario sobre “Las competencias de los poderes locales a la luz del principio de subsidiariedad”, organizado por el Centro de Estudios y Documentación Europeos de la Universidad de Santiago de Compostela y la Federación Gallega de Municipios y Provincias, el 25 de abril de 2014, bajo la dirección del profesor Carlos Teijo o, más recientemente, las II Jornadas Hispano-Lusas de Contratación Pública, celebradas en Pontevedra los días 29 y 30 de mayo de 2015 y dirigidas por los profesores Patricia Valcárcel, Rafael Fernández Acevedo y Claudia Viana.

Tanto por medio de las actividades mencionadas como a través de la publicación de esta obra se da cumplimiento a uno de los objetivos de esta Red de investigadores, cual es el de ir analizando, en clave jurídica y con perspectiva de Derecho Comparado, las grandes cuestiones del Derecho de la Unión Europea que resultan de mayor interés para los iuspublicistas.

Es por ello que el I Congreso de la RIDE tuvo como temática general el estudio y la discusión sobre las principales novedades incorporadas por el nuevo paquete de Directivas europeas en materia de contratación pública. Con el objetivo, además, de iniciar los trabajos del proyecto DER2014-51833 “El nuevo régimen jurídico de las

Administraciones públicas y del procedimiento administrativo en el marco de la reforma administrativa”, se hizo una selección de temas cuyo análisis fue encomendado a administrativistas de diferentes Universidades españolas y extranjeras – en particular, de Portugal y de Italia – con el fin de poder ofrecer una visión de conjunto y comparada de los mismos.

Congregó a más de 70 participantes y en él se defendieron un total de 7 comunicaciones, que también se han incluido en el volumen. Tanto las intervenciones de los ponentes y comunicantes, como los debates con los participantes se encuentran disponibles en la siguiente dirección: <http://v2.uclm.es/buscar.asp?p=1&b=&serie=147&campus=%20¢ro=>

Partiendo de una panorámica general de las nuevas Directivas, llevada a cabo por el profesor Pedro Costa, de la Universidade de Coimbra, se analizan algunas de las cuestiones nucleares de las mismas, tales como el uso de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación (Julián Valero, de la Universidad de Murcia), las nuevas técnicas para la compra pública innovadora (Francesca Di Lascio, de la Università di Roma Tre), el régimen de modificación de los contratos públicos (Silvia Díez, de la Universidad Autónoma de Madrid), el nuevo marco jurídico de los contratos de concesión (María Hernando, de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid) y las excepciones a la aplicación de las Directivas en relación con entes públicos (Isabel Gallego, de la Universidad de Castilla-La Mancha), para terminar con cuestiones específicas, tales como la lucha contra la corrupción en el ámbito de la contratación (Giuseppe Piperata, de la Università IUAV di Venezia), la protección de los derechos de propiedad intelectual en la contratación administrativa (Juan Antonio Ureña, de la Universidad de Valencia), los efectos de la participación privada en los contratos de concesión de obra pública (Francisco Puerta, de la Universidad de Castilla-La Mancha) o la facturación electrónica en la contratación pública (Damián Oliva, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha).

Como se ha anticipado, se suman a las ponencias los textos de las comunicaciones defendidas durante el congreso, también sobre cuestiones muy variadas; en ellas se encuentran análisis en materia de contratación electrónica, sobre la colaboración público-privada, en torno a la de revisión de precios o acerca del contrato de concesión.

La obra concluye con un breve texto en recuerdo del Profesor y Magistrado Luis Ortega Álvarez, tristemente fallecido el pasado 15 de abril, firmado por sus discípulos y compañeros de la Universidad de Castilla-La Mancha. Con ello se ha querido recordar su participación como ponente en el Congreso, en la ponencia de clausura titulada “El futuro de la Unión Europea: algunas consideraciones en clave jurídica”, con una profunda reflexión sobre el diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales, a propósito del Caso Melloni (la cual se puede ver en el enlace antes indicado). Y, sobre todo, agradecer su labor de impulso en la creación de la RIDE, consecuencia de su absoluta convicción no sólo sobre la imperiosa necesidad de abrirse a la Unión Europea y de conocer

en profundidad los sistemas jurídicos de nuestro entorno, sino también acerca de la conveniencia de trabajar en red, compartiendo ideas, reflexiones y recursos.

Los Directores del Congreso y de esta obra queremos dejar constancia expresa de nuestro agradecimiento al Vicerrectorado de Investigación y Política Científica de la Universidad de Castilla-La Mancha, dirigido por el profesor José Julián Garde López-Brea, así como a Consejería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, por el apoyo económico para hacer posible la constitución de la Red y la celebración de sus primeras actividades. Así como a Elena Brea Bermejo y Carla Casanueva Muruais por su colaboración en la edición de este volumen y en las actividades de la RIDE.

Toledo-Santiago de Compostela, Septiembre de 2015.

MARCOS ALMEIDA CERREDA

ISAAC MARTÍN DELGADO

PONENCIAS

A “NOVA CONTRATAÇÃO PÚBLICA” AS DIRETIVAS DE 2014

PEDRO COSTA GONÇALVES

Advogado y Professor

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Cumpre-me, em primeiro lugar, agradecer o honroso convite para proferir a conferência inaugural deste congresso internacional, dedicado à *Nueva Contratación Pública*, e felicitar em particular o Professor Isaac Martin Delgado pela organização do mesmo.

Foi-me proposto abordar os traços fundamentais da “nova contratação pública”, a partir da regulamentação do direito da União Europeia constante das três diretivas de março de 2014 – Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE – considerando, na análise, o quadro de transposição desse pacote regulamentar para o direito português; ora, sucede que esse processo de transposição (que deve estar concluído até 18 de abril de 2016) ainda não se iniciou e, tanto quanto se sabe, não está sequer calendarizado¹. Num ponto, existe, porém, a convicção de que se vai seguir um modelo diferente do que se adotou aquando da transposição das diretivas de 2004 e que conduziu à elaboração do atual Código dos Contratos Públicos: tudo parece indicar que o trabalho conducente à transposição será realizado diretamente por um organismo público do Estado, não repetindo o regime de *outsourcing* e a encomenda de tal tarefa a um gabinete de advogados. Seja como for quanto a isto, o facto de ainda não estar em marcha o processo de transposição conduz-me a focar a análise nas opções do direito da UE vertido nas diretivas de 2014.

Pois bem, quanto a isso, a minha primeira observação incide sobre a nova sistematização do direito da UE dos contratos públicos.

O modelo dualista de 2004 (uma diretiva para os contratos públicos do setor público clássico e outra para os contratos públicos dos designados setores especiais), surge agora transformado ou, talvez melhor, complementado por um terceiro pilar,

¹ Com uma apreciação genérica e panorâmica das diretivas de 2014, cf. ARROWSMITH, S., *The law of public and utilities procurement (regulation in the EU and UK)*, Thomson Reuters, London, 2014, pp. 197 e ss.; n. 3 e 4 do ano de 2014 da *Public Procurement Law Review*; CLAMOUR, G., “Nouvelle directive marchés, premier panorama”, *Contrats et Marchés Publics*, n. 3, 2014, pp. 19 e ss.; dossiers “Les nouvelles directives «marchés»”, *Contrats Publics*, n. 143 e n. 144, 2014, e “La nouvelle directive «concession»”, *ibidem*, n. 141.

constituído pela diretiva relativa à adjudicação de contratos de concessão (concessão de obras e concessão de serviços). A este novo modelo ternário associa-se a novidade consistente na entrada do direito legislado da UE na regulamentação das concessões de serviços, ou seja, das concessões relativas à *prestação* e à *gestão* de serviços públicos ou serviços sob a responsabilidade originária de uma autoridade adjudicante ou de uma entidade adjudicante – esclareça-se – a este propósito que as concessões de serviços não constituíam um tipo contratual fora da incidência do direito da UE: na verdade, é relativamente longa a lista de decisões do Tribunal de Justiça no sentido da aplicação de princípios de direito da UE aos contratos de concessão de serviços.

Ainda num plano genérico e em decorrência do que acaba de se dizer, assinala-se a (continuação da) distinção entre “contratos de concessão” e “contratos públicos” e a definição destes últimos como contratos que tenham por objeto a *execução de obras*, o *fornecimento de produtos* ou a *prestação de serviços*.

A dicotomia essencial entre regulamentação das concessões e regulamentação dos contratos públicos (setor público clássico) reside fundamentalmente na menor densidade da regulamentação dos procedimentos de adjudicação de concessões: vigora neste âmbito um princípio de liberdade de organização do procedimento de adjudicação (artigo 30.º da Diretiva 2014/23); ao contrário, a regulamentação dos procedimentos de adjudicação de contratos públicos inclui a tipologia dos procedimentos disponíveis (concurso aberto, concurso limitado, procedimento de negociação, diálogo concorrencial, parcerias para a inovação e procedimento de negociação sem publicação prévia de anúncio) e indica, de forma imperativa, os critérios de escolha do procedimento (artigo 26.º da Diretiva 2014/24). Apesar da referida menor densidade em matéria de disciplina dos procedimentos, a regulamentação das concessões apresenta, por razões específicas, uma densidade acrescida em alguns pontos, como, por exemplo, quanto à estipulação do prazo de duração do contrato (artigo 18.º, n. 2, da Diretiva 2014/23).

Comum às três diretivas é a identificação de princípios jurídicos essenciais em matéria de contratação pública e adjudicação de contratos: igualdade de tratamento, não discriminação, transparência e proporcionalidade: em relação à regulamentação de 2004, acrescenta-se agora o dever (das autoridades adjudicantes e entidades adjudicantes) de atuação de “forma proporcionada”: artigos 3.º, n. 1, da Diretiva 2014/23, 18.º, n. 1, da Diretiva 2014/24 e 36.º, n. 1, da Diretiva 2014/25.

Em termos mais específicos, as inovações de maior significado localizam-se na Diretiva 2014/24, relativa aos contratos públicos. É nesta que vou focar a análise a partir de agora.

Numa leitura breve, destinada a captar apenas o essencial, assinalam-se a seguir, por alíneas, as inovações principais da nova regulamentação legal – sublinhe-se que se pretende identificar os traços inovadores da regulamentação europeia enquanto regulamentação “legal” – acolhida em diretivas; deve observar-se que, em muitos casos, a disciplina que agora consta de diretivas já integrava o direito dos contratos públicos da UE, quer por decorrência direta de princípios gerais, quer em documentos de *soft*

law, como comunicações da Comissão Europeia, quer, sobretudo, na sequência de intervenção jurisprudencial.

a) Regulamentação dos contratos públicos entre entidades do setor público.

Na linha e em desenvolvimento de abundante jurisprudência do Tribunal de Justiça, regula-se a designada contratação interna ou *in house*, bem como a contratação de cooperação (artigo 12.º), para o efeito de excluir essas formas de contratação do âmbito de aplicação da Diretiva.

No que se refere à contratação *in house*, a Diretiva mantém os dois requisitos desvendados na jurisprudência (controlo análogo e destino da atividade), mas com as seguintes inovações: especificação do controlo análogo, mediante a explicitação do conceito (“influência decisiva sobre os objetivos estratégicos e as decisões relevantes da pessoa coletiva controlada”), a não admissibilidade, senão de forma excecional, da participação direta de capital privado, bem como a definição das condições do controlo análogo conjunto; quanto ao destino essencial da atividade, a Diretiva introduz um fator de quantificação: 80% das atividades da pessoa coletiva controlada correspondem a uma atividade confiadas pela autoridade adjudicante².

Quanto à contratação de cooperação, trata-se de excluir do âmbito da incidência da Diretiva os contratos entre autoridades adjudicantes que visem regular uma relação de cooperação para assegurar o desempenho em conjunto de tarefas públicas da responsabilidade de ambas as entidades.

b) Contratação pública eletrónica.

A Diretiva contempla um capítulo (II) sobre técnicas e instrumentos para a contratação pública eletrónica (e agregada); trata-se de um capítulo em que se encontram reguladas figuras e instrumentos de contratação já conhecidos e regulados na Diretiva 2004/18: os sistemas de aquisição dinâmicos e os leilões eletrónicos. Há, todavia, uma diferença entre a nova regulamentação e a anterior: nesta indicava-se que os Estados-membros poderiam “prever a possibilidade de” as autoridades adjudicantes recorrerem a sistemas de aquisição dinâmicos ou a leilões eletrónicos; agora, em 2014, a Diretiva adota uma formulação diferente e estabelece, diretamente, que as autoridades adjudicantes podem utilizar todas aquelas possibilidades.

Mas, inquestionavelmente mais relevante ainda em matéria de contratação pública eletrónica (ou, talvez melhor, de procedimentos eletrónicos de contratação), é o disposto no longo artigo 22.º (e, por decorrência deste, no artigo 36.º) sobre “regras aplicáveis à comunicação” e a utilização de meios eletrónicos. De assinalar o facto de se tratar de uma norma imperativa dirigida aos Estados-Membros, que abrange todas as comunicações e intercâmbios de informações; com efeito, nos termos do n. 1 do artigo 22.º, “os Estados-Membros devem assegurar que todas as comunicações e intercâmbios de informações ao abrigo da presente diretiva, designadamente a apresentação por via eletrónica, sejam efetuados através de meios de comunicação eletrónicos”. Está

² Advogámos a solução de quantificar o “essencial da atividade” no texto “Acórdão Carbotermo (contratação *in-house*)”, *Jurisprudência Cunha Rodrigues – Comentários*, AAFDL, Lisboa, 2013, pp. 185-194.

aqui em causa a exigência de adotar procedimentos de adjudicação eletrónicos e de, em regra, abolir o suporte de papel e a comunicação oral, bem como, em certos casos, diligências e atos que reclamam a presença física dos interessados. Tendo presente a dificuldade de implementar uma medida com este alcance, a Diretiva concede um prazo suplementar aos Estados para a aplicar – 18 de outubro de 2018 –, nos termos do artigo 90.º, n. 2.

A Diretiva procura prevenir eventuais efeitos indesejáveis decorrentes do uso da eletrónica neste setor, estabelecendo, além do mais, que os instrumentos e dispositivos a utilizar para a comunicação por via eletrónica, bem como as suas especificações técnicas, não podem ser discriminatórios, devem estar geralmente disponíveis e ser compatíveis com os produtos de uso corrente no domínio das tecnologias da informação e da comunicação, não podendo limitar o acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação.

Na contratação pública eletrónica, Portugal tem uma experiência importante, que se iniciou na sequência da opção do Código dos Contratos Públicos em impor às entidades adjudicantes uma regra geral de adoção de procedimentos eletrónicos. Além de outras vantagens (celeridade, economia, simplificação e facilitação da participação), essa medida teve um efeito decisivo na implementação do princípio da transparência em matéria de contratos públicos: associado aos procedimentos eletrónicos, foi criado um sítio na internet (“portal dos contratos públicos”: www.base.gov.pt) que disponibiliza a qualquer pessoa o acesso a toda a informação sobre os contratos públicos celebrados em Portugal, permitindo a procura de dados, por exemplo, a partir da identificação de qualquer entidade adjudicante ou de qualquer operador económico.

A experiência portuguesa baseou-se num modelo de *liberdade de instalação e de prestação de serviços de plataformas eletrónicas* (há sete plataformas em operação), de modo que as entidades adjudicantes podem escolher no mercado as plataformas que utilizam para a tramitação de procedimentos de adjudicação de contratos públicos. Apesar de, na letra da lei, o acesso às plataformas pelos operadores económicos ser gratuito, engendraram-se formas de acesso que impuseram, na prática, uma exigência de pagamento. Desde logo por esta razão, a liberdade de prestação de serviços fez com que o acesso a plataformas de contratação pública se tivesse tornado oneroso e, por vezes, complexo, já que os operadores económicos que participam em procedimentos organizados por várias entidades adjudicantes podem ter de utilizar tantas plataformas quantas as entidades com quem pretendem contratar (por falta de interoperabilidade entre plataformas). Os resultados menos bons desta experiência podem ser mitigados ou eliminados com a adoção do modelo de uma plataforma única ou de um modelo de mercado, com várias plataformas, mas interoperáveis e submetidas a regulação pública que, além do mais, garanta a simplificação e a gratuitidade do acesso à participação em procedimentos de contratação.

c) Novos procedimentos.

Em 2004 surgia, como novidade de grande alcance, o diálogo concorrencial³. Agora, em 2014, é a vez das *parcerias para a inovação*⁴ – cf. artigo 31.º da Diretiva 2014/24/UE –. Oferecendo-se inquestionável a importância da inovação jurídica nestas áreas, ficam-nos, todavia, algumas dúvidas sobre o potencial de aplicação prática (generalizada ou não) desse procedimento. Ainda assim, reconhece-se que a nova figura pode constituir uma alavanca para a “melhor utilização estratégica da contratação pública para fomentar a inovação”, uma vez que a “aquisição de produtos, obras e serviços inovadores desempenha um papel fundamental na melhoria da eficiência e da qualidade dos serviços públicos dando simultaneamente resposta aos grandes desafios societários” (considerando 47 da Diretiva).

d) Nova disciplina dos motivos de exclusão.

A Diretiva mantém o anterior modelo dualista, assente na distinção entre “motivos de exclusão obrigatória” (a lei nacional de transposição não pode deixar de impor a exclusão e a autoridade adjudicante tem de excluir), associados à condenação pela prática de crimes graves, e “motivos de exclusão facultativa” (a lei nacional pode optar entre impor ou permitir à autoridade adjudicante a exclusão⁵).

Todavia, nesta matéria, há várias inovações dignas de registo:

i) a título excecional, possibilidade de previsão nacional de derrogações à exclusão obrigatória “por razões imperiosas de interesse público, como a saúde pública ou a proteção do ambiente”;

ii) possibilidade de derrogações no domínio da exclusão por incumprimento de obrigações de pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social, “caso a exclusão se afigure manifestamente desproporcionada, nomeadamente quando se trate de pequenos montantes de impostos ou contribuições para a segurança social que não foram pagos”⁶;

iii) no caso do incumprimento de obrigações de pagamento de impostos ou de contribuições para a segurança social, distinção entre os casos em que esse incumprimento deu lugar a uma decisão judicial ou administrativa de exclusão da participação (exclusão obrigatória) e aqueles em que o incumprimento tem de ser demonstrado pela autoridade adjudicante (exclusão facultativa);

3 Em Portugal, a utilização do procedimento de diálogo concorrencial foi pouco mais do que insignificante. Vejam-se, neste sentido, os *Relatórios da Contratação Pública* em Portugal, nos anos de 2010, 2011 e 2012 – cf. www.base.gov.pt.

4 Sobre este procedimento, cf. CERQUEIRA GOMES, P., “The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directive”, *Public Procurement Law Review*, n. 4, 2014, pp. 211 e ss.

5 A distinção entre exclusão obrigatória e exclusão facultativa tem como ponto de referência a relação entre a Diretiva e a lei nacional, o que conduz à possibilidade de uma exclusão facultativa segundo a Diretiva (a lei nacional não teria de impor a exclusão) se transformar numa exclusão obrigatória para a autoridade adjudicante (se assim o exigir a lei nacional).

6 Cf. Acórdão *Libor*, do TJ de 10 de julho de 2014, proc. C-358/12, no sentido de que os artigos 49.º TFUE e 56.º TFUE, bem como o princípio de proporcionalidade devem ser interpretados no sentido de que não se opõem a uma legislação nacional que obriga as entidades adjudicantes a excluir do processo de adjudicação de um contrato de empreitada um proponente responsável por uma infração em matéria de pagamento de contribuições para a segurança social, se a diferença entre os montantes devidos e os montantes pagos for superior, simultaneamente, a 100 euros e a 5% dos montantes devidos.

iii) a previsão da possibilidade de exclusão no caso de a autoridade adjudicante demonstrar que o operador económico celebrou acordos com outros operadores económicos com o objetivo de distorcer a concorrência;

iv) a previsão da possibilidade de exclusão em caso de conflito de interesses que não possa ser corrigido por outras medidas, menos evasivas⁷;

v) previsão da possibilidade de exclusão, para o caso de haver uma distorção da concorrência em consequência da participação do operador económico na preparação do procedimento de contratação, se a situação não puder ser corrigida com outras medidas, menos invasivas⁸;

vi) previsão da possibilidade de exclusão por mau desempenho em contratos anteriores;

vii) indicação de que a exclusão pode ser determinada “a qualquer momento do procedimento” e de que o contrato “pode ser” objeto de rescisão caso o contratante se encontre, à data da adjudicação, numa situação de exclusão obrigatória;

viii) implementação de medidas de *self-cleaning*, no sentido da possibilidade de reabilitação do operador económico impedido de participar;

ix) imposição aos Estados-membros de delimitação do período máximo de exclusão, que, nos casos de crime e se não for fixado pela decisão condenatória, não pode ser superior a 5 anos a contar da condenação por decisão transitada em julgado e, nos outros casos, não pode ser superior a 3 anos a contar da data do facto pertinente.

e) Utilização estratégica da contratação pública.

Não constitui novidade a abertura do direito da União Europeia à designada utilização estratégica da contratação pública: o percurso nesse sentido iniciou-se com decisões emblemáticas do Tribunal de Justiça e seguiu-se com a consagração expressa nas diretivas de 2004 da abertura à possibilidade de consideração de fatores do domínio ambiental e social, por exemplo, na delineação dos critérios de adjudicação e na definição das condições de execução dos contratos. Agora, com a reforma de 2014, a tendência acentua-se; veja-se, nesse sentido, a seguinte referência, nos considerandos da Diretiva 2014/24/UE: “é extremamente importante tirar o máximo proveito do potencial dos contratos públicos para cumprir os objetivos da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo” (cf. considerando 95). A nova regulamentação aposta, pois, na possibilidade de uma utilização da contratação para a prossecução de objetivos sociais, ambientais e ligados à inovação e desenvolvimento.

7 Sobre os conflitos de interesses, cf. artigo 24.º, norma de concretização (pouco densa) do princípio da imparcialidade do decisor público e que tem em vista impedir a condução do procedimento de adjudicação por pessoal da autoridade adjudicante que tenha direta ou indiretamente um interesse financeiro, económico ou outro interesse pessoal suscetível de comprometer a sua imparcialidade e independência no procedimento de adjudicação.

8 Sobre a participação prévia de candidatos ou proponentes, cf. artigo 41.º, prevendo, além do mais, que o candidato ou proponente só deve ser excluído se não existirem outras formas de garantir o cumprimento do dever de observância do princípio da igualdade de tratamento.

Quer neste caso, quer no da exclusão por força de conflitos de interesses, oferece-se clara a opção por considerar a medida de exclusão como medida excecional, de *ultima ratio*. Trata-se de uma aplicação específica do princípio da proporcionalidade em matéria de contratação pública.

Em termos práticos, essa tendência concretiza-se na nova figura das parcerias para a inovação (artigo 31.º), bem como no novo regime dos critérios de adjudicação (que passa a permitir critérios que incluam aspetos ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato a celebrar) e, sobretudo, na consideração dos custos do ciclo de vida do produto, serviço ou obra (artigos 67.º e 68.º) ou na fixação das condições de execução dos contratos (artigo 70.º)⁹. As autoridades adjudicantes ficam autorizadas a considerar (para a adjudicação ou para a execução do contrato) fatores relacionados com a eficiência energética dos produtos a adquirir, com a emissão de gases nocivos, com as políticas de apoio ao emprego, com o comércio justo ou equitativo, etc. Embora com um outro sentido, mas ainda na linha de consideração de fatores “não económicos”, são de registar as regras sobre contratos reservados (artigos 20.º e 77.º), que permitem limitar a participação em procedimentos de contratação a determinadas entidades ou operadores económicos.

f) Maior abertura a procedimentos com fases de negociação.

“É muito importante que as autoridades adjudicantes disponham de maior flexibilidade para escolher um procedimento de contratação que preveja a negociação”, afirma-se no considerando 42 da Diretiva 2014/24/UE. A nova regulamentação parece, assim, querer ultrapassar a tradicional desconfiança quanto à existência de negociações entre as autoridades adjudicantes e os concorrentes no desenvolvimento dos procedimentos de adjudicação. Embora os receios sejam compreensíveis (risco para a transparência e para o tratamento igual dos concorrentes), a verdade é que a limitação da possibilidade de negociação constitui um elemento antinatural no processo de formação de um negócio e que não tem a mínima correspondência nas relações contratuais entre particulares. Numa apreciação genérica do novo regime, o que se pode dizer é que, apesar de alguma evolução e abertura, a utilização de procedimentos com fases de negociação permanece em larga medida condicionada (em relação aos contratos públicos no setor público; igual limitação não existe já quanto à adjudicação de concessões). Veja-se, a confirmar esta ideia, os termos restritos em que as autoridades adjudicantes são autorizadas a utilizar o procedimento de diálogo concorrencial ou o procedimento concorrencial com negociação: artigo 26.º, n. 4¹⁰.

g) Regime simplificado de adjudicação.

A palavra simplificação aparece muitas vezes na Diretiva 2014/24/UE, em regra associada a uma aposta na facilitação do acesso dos operadores económicos à participação em procedimentos de adjudicação; contudo, no caso que nos ocupa, trata-se da organização de um regime simplificado de contratação para serviços sociais e outros serviços específicos constantes do Anexo XIV (serviços no âmbito da saúde, da hotela-

9 Sobre a consideração de fatores ambientais, cf. LÓPEZ TOLEDO, P., “La protección del medio ambiente en el derecho comunitario de contratos públicos: perspectiva y situación actual”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n. 7, 2014, pp. 1 e ss. (<http://revista.jacobe.edu.mx/>).

10 A negociação continua a ser possível nos procedimentos por negociação sem publicação prévia de anúncio, nos termos do artigo 32.º. O âmbito da utilização destes procedimentos não sofre alterações sensíveis, apesar de alguns retoques e novos arranjos [por exemplo, a consideração das anteriores obras ou serviços complementares, que eram adjudicadas através desse procedimento e que agora caem no âmbito da figura da modificação contratual: artigo 72.º, n. 1, alínea c)].

ria e restauração, serviços jurídicos, serviços de investigação e segurança, serviços postais, etc.) quando o valor do contrato seja igual ou superior a 750 mil euros. A diferença começa logo aqui, porquanto o limiar de aplicação da Diretiva aumenta para mais do triplo em relação aos serviços não abrangidos por este regime. Mas, além disso, quando aplicável, a Diretiva prevê um regime simplificado (o conceito aparece apenas nos considerandos, não nas disposições normativas), que, em linhas gerais, se traduz em exigir a publicitação da abertura dos procedimentos e em respeitar os princípios gerais de adjudicação de contratos (transparência e igualdade de tratamento dos operadores económicos). Observadas essas condicionantes, os Estados-Membros dispõem de liberdade de organização dos procedimentos de adjudicação¹¹. A justificação para este regime mais brando (*light*) encontra-se na natureza específica dos serviços aqui abrangidos, que são, em regra, “serviços à pessoa”, prestados “num contexto particular que varia muito entre os Estados-Membros devido às diferentes tradições culturais” e que apresentam uma limitada dimensão transfronteiriça (cf. considerando 114).

h) Regulamentação de aspetos da execução do contrato.

Um dos itens de sinal inovador, que representa até uma rutura com a abordagem clássica da regulamentação europeia da contratação pública, concretiza-se na introdução de uma disciplina sobre a execução de contratos, que toca, em especial, os temas da subcontratação, da modificação e da resolução de contratos. Nesta matéria, o maior destaque vai para o regime da modificação de contratos durante o seu período de vigência (artigo 72.º) e para a definição de condições (apertadas) em que, a partir de agora, passa a ser possível alterar contratos abrangidos pela incidência da Diretiva. A justificação do novo regime encontra-se no princípio da concorrência e no propósito de não permitir a conversão de um contrato adjudicado em termos públicos, transparentes e concorrenciais num objeto privado, disponível e manipulável pelas partes. Neste sentido, o novo regime filia-se na proteção dos valores e dos princípios jurídicos que ditam a regulamentação do processo de formação dos contratos públicos, máxime, o valor da proteção concorrência.

i) Governação da contratação pública.

Um outro aspeto de recorte inovador prende-se com a perspetiva de autonomização de uma função de governação da contratação pública ou, na letra da Diretiva, função de “acompanhamento da aplicação das regras da contratação pública” (artigo 83.º, n.º 1). Os Estados-membros devem indicar uma ou mais autoridades, organismos ou estruturas a quem essa missão de acompanhamento esteja confiada. Além de tarefas específicas (v.g., disponibilização de informação e fixação de orientações sobre a interpretação e aplicação das regras da contratação pública, com vista a auxiliar os agentes envolvidos no setor; disponibilização de apoio às autoridades adjudicantes no que respeita à planificação e execução dos procedimentos de adjudicação de contrato; identificação de violações específicas ou de problemas sistémicos na aplicação das re-

11 Cf. SMITH, S., “Articles 74 to 76 of the 2014 Public Procurement Directive: the new «light regime» for social, health and other services and a new category of reserved contracts for certain social, health and cultural services contracts”, *Public Procurement Law Review*, n. 4, 2014, pp. 159 e ss.

gras da contratação pública; elaboração de relatórios sobre a aplicação prática das políticas nacionais de contratação pública), uma dessas estruturas ou organismos deverá funcionar como ponto de contacto para a cooperação com a Comissão.

Em Portugal, embora de uma forma muito embrionária, a legislação já acolheu o conceito de “regulação da contratação pública”, tarefa atribuída a um instituto público, o Instituto da Construção e do Imobiliário; nos termos da respetiva lei orgânica, este organismo intervém no domínio da contratação pública, desenvolvendo as seguintes atribuições: apresentação ao Governo projetos legislativos e regulamentares relacionados com os contratos públicos e elaboração de pareceres sobre quaisquer outros projetos legislativos que, neste âmbito, lhe sejam submetidos; elaboração de parecer sobre projetos de transposição de diretivas europeias relativas a contratos públicos, assim como desenvolvimento ou participação na elaboração de projetos legislativos de adequação da legislação nacional aos princípios europeus; assegura a representação nacional, em matéria de contratos públicos, junto das instâncias europeias e internacionais relevantes; instaura processos de contraordenação e aplica coimas por infração ao Código dos Contratos Públicos, quando o objeto do contrato abranja prestações típicas dos contratos de empreitada ou de concessões de obras públicas; gestão do portal dos contratos públicos; gestão do Observatório das Obras Públicas; elaboração e envio à Comissão Europeia relatórios estatísticos relativos aos contratos de empreitada de obras públicas celebrados pelas entidades adjudicantes no ano anterior¹².

BIBLIOGRAFÍA

- ARROWSMITH, S., *The law of public and utilities procurement (regulation in the EU and UK)*, Thomson Reuters, London, 2014.
- CERQUEIRA GOMES, P., “The innovative innovation partnerships under the 2014 Public Procurement Directive”, *Public Procurement Law Review*, n. 4, 2014.
- CLAMOUR, G., “Nouvelle directive marchés, premier panorama”, *Contrats et Marchés Publics*, n. 3, 2014.
- LÓPEZ TOLEDO, P., “La protección del medio ambiente en el derecho comunitario de contratos públicos: perspectiva y situación actual”, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, n. 7, 2014 (<http://revista.jacobe.edu.mx/>).
- SMITH, S., “Articles 74 to 76 of the 2014 Public Procurement Directive: the new “light regime” for social, health and other services and a new category of reserved contracts for certain social, health and cultural services contracts”, *Public Procurement Law Review*, n. 4, 2014.

12 O referido instituto público desenvolve a sua ação sob a superintendência e tutela do Ministério da Economia; na lei orgânica deste Ministério, prevê-se a alteração da denominação do organismo, o qual passará a chamar-se Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção – a inclusão dos “Mercados Públicos” tem a ver com o alargamento das atribuições do organismo em matéria de regulação da contratação pública –.

LA TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA DE LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA: UNA OPORTUNIDAD PARA LA INNOVACIÓN TECNOLÓGICA¹

JULIÁN VALERO TORRIJOS

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Murcia - IDERTEC

I. El contexto general: una nueva generación de normas europeas sobre contratación del sector público

La reforma de la regulación sobre contratos del sector público que se ha producido en el ámbito de la Unión Europea a través de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 (DCP) se ha articulado a partir de varios ejes principales, uno de los cuales se refiere al impulso de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs). Ciertamente, podría argumentarse que la Administración electrónica ha recibido una importante promoción en España en los últimos años, especialmente desde la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE), pero no es menos cierto que en el ámbito de la contratación electrónica no tenido lugar un avance equiparable. Esta falta de simetría en la modernización de la actividad administrativa se ha producido tanto a nivel normativo como, asimismo y sobre todo, en relación al avance en la aplicación de las TICs en este ámbito: de una parte, la vigente regulación española sobre contratación del sector público sólo contempla el uso de la tecnología a partir de una concepción fragmentaria y, por otra, no se ha conseguido un nivel equiparable de desarrollo práctico de la Administración electrónica al existente en relación con los procedimientos administrativos generales, en particular por lo que se refiere a la Administración del Estado, donde el uso de medios electrónicos resulta preceptivo desde 2009.

¹ Esta publicación se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación “El acceso a la información administrativa y su reutilización: exigencias y desafíos jurídicos desde la perspectiva de la innovación tecnológica (DER2012-38979)”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

La aprobación de la DCP supone un importante desafío para la modernización tecnológica de los procedimientos administrativos en el ámbito de la contratación pública, así como por lo que se refiere a las comunicaciones con los licitadores y, en su caso, los contratistas. Se trata de una de las principales medidas para la consecución de los objetivos contemplados en el ámbito de la Unión Europea y, en concreto, en la denominada *Estrategia 2020*, de manera que se espera que el proceso de adaptación de las regulaciones estatales en la materia se convierta a medio plazo en un instrumento de dinamización de la modernización tecnológica en este sector². En concreto, si bien la normativa europea difiere su transposición hasta abril de 2016, lo cierto es que la efectiva aplicación de las principales medidas relacionadas con el uso de las TICs se podría demorar por los Estados hasta 2018, tanto por lo que respecta a la obligatoriedad de las comunicaciones como a la facturación; en este último supuesto a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014³.

Según el planteamiento que se realiza desde la Unión Europea, los medios electrónicos «deben convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior. Para ello, debe hacerse obligatoria la transmisión de anuncios en formato electrónico, la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los pliegos de la contratación y – tras un periodo transitorio de 30 meses – una comunicación totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas. Los Estados miembros y los poderes adjudicadores deben seguir teniendo libertad para ir más lejos si así lo desean» (Considerando 52 DCP). Asimismo, por lo que se refiere a la comunicación entre los poderes públicos y los licitadores, se introduce una nueva figura denominada *catálogo electrónico*, que está llamada a jugar un importante papel en relación con la presentación de las ofertas por parte de los licitadores: con el mismo se pretende incrementar la competencia y racionalizar las compras públicas, en especial gracias al ahorro de tiempo y dinero que puede suponer, sin perjuicio de que resulte necesario establecer normas tendentes a garantizar que su utilización no suponga una vulneración de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (Considerando 68).

Ahora bien, por lo que se refiere a las subastas electrónicas y a los sistemas dinámicos de adquisición la DCP no ha impuesto a los Estados su utilización preceptiva

2 Con carácter general, por lo que se refiere al alcance de la citada Directiva en relación con la contratación electrónica y las opciones del legislador español a la hora de abordar su transposición, véase MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (en prensa).

3 En este último supuesto, el legislador español se ha adelantado a la normativa comunitaria, de manera que la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, establece que el uso de la factura electrónica en el sector público será obligatorio con carácter general a partir del 15 de enero de 2015.

en supuesto alguno⁴, de manera que tienen plena libertad para utilizar dichos mecanismos – y, por tanto, para obligar indirectamente al uso de medios electrónicos – en aquellos supuestos en que discrecionalmente así lo decidan (Considerando 52). No obstante, debe tenerse en cuenta que el plazo general de exigibilidad del uso de medios electrónicos en las comunicaciones fijado para el 18 de octubre de 2018 – artículo 90 DCP – quedaría en estos casos matizado, puesto que el recurso al sistema dinámico y, por supuesto, a la subasta electrónica por parte de los poderes adjudicadores implicaría necesariamente que los interesados deban utilizar las TICs para realizar sus actuaciones, incluso con carácter previo a dicha fecha si el procedimiento se iniciase con anterioridad.

También se contemplan en la nueva regulación europea importantes novedades por lo que se refiere a la simplificación en la tramitación de los procedimientos a partir del uso de las TICs. En efecto, por una parte se ha incorporado la declaración responsable de los interesados en relación al cumplimiento de las condiciones necesarias para participar en el procedimiento de selección del contratista: es el denominado *documento europeo único de contratación*, que habrá de aportarse exclusivamente en formato electrónico. Con esta medida se pretende dar respuesta a las dificultades de los operadores económicos y, en particular de las pequeñas y medianas empresas, que consideran que «un obstáculo importante para su participación en la contratación pública son las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección» (Considerando 84). En todo caso, al citado documento se le otorga un valor probatorio provisional, de manera que el licitador al que se le pretenda adjudicar el contrato habrá de demostrar el cumplimiento de las exigencias requeridas, prohibiéndose expresamente la celebración del mismo con quienes no puedan hacerlo. De ahí que, con carácter complementario, se pretenda incentivar el acceso directo por medios electrónicos de los poderes adjudicadores a la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, especialmente por lo que se refiere a los motivos de exclusión.

En consecuencia, se urge a la Comisión para que adopte medidas de fomento tendentes a facilitar la accesibilidad a los datos actualizados que resulten precisos, así como a la no exigencia por parte de los poderes adjudicadores de documentos que ya hubiesen sido previamente presentados, medida esta última que se vincula expresamente a la disponibilidad de sistemas de archivo electrónico (Considerando 85). En última instancia, como medida avanzada de simplificación basada en la interoperabilidad entendida en su sentido más amplio – esto es, desde la perspectiva organizativa y de gestión documental, aunque teniendo en cuenta que se trata de una exigencia tecnológica en última instancia –, se contempla que el acceso a los documentos necesarios por parte de los poderes adjudicadores pueda realizarse por medios telemáticos

4 Según afirma el Considerando 52, «la utilización obligatoria de medios electrónicos con arreglo a la presente Directiva no debe obligar a los poderes adjudicadores a tratar electrónicamente las ofertas, como tampoco debe exigir la evaluación electrónica ni el tratamiento automatizado».

a través de una herramienta única, el depósito de certificados en línea *e-Certis*, de gran importancia para el impulso de las licitaciones transfronterizas.

Finalmente, otra de las claves en que se sustenta la regulación de la DCP por lo que respecta a la modernización tecnológica se refiere al reforzamiento de la transparencia, medida que hoy día sólo puede concebirse a partir del uso de medios electrónicos, especialmente si tenemos en cuenta que en este sector la transparencia está llamada a jugar un papel singularmente destacado⁵. En concreto, se establece la exigencia de que, salvo en los supuestos expresamente indicados – en general, por imposibilidad técnica o jurídica – los pliegos de las licitaciones se encuentren disponibles a través de Internet desde la fecha de publicación del correspondiente anuncio, lo que unido al uso preceptivo de medios electrónicos en las comunicaciones debe llevar necesariamente a la reducción de los plazos mínimos de tramitación (Considerando 80).

Más allá del alcance que estas medidas de impulso de la Administración electrónica en el ámbito de la contratación pública tengan en la legislación española, lo cierto es que la reforma europea está llamada a convertirse en un incentivo para impulsar la modernización tecnológica en dicho ámbito de actuación de los poderes públicos. Si con ocasión de la reforma de hace más de diez años – en concreto la que impulsó la Directiva 2004/18 – se llegó a afirmar que propiciaba un momento clave para la difusión de la contratación electrónica⁶, es de esperar que esta nueva generación de normas sobre contratación pública se convierta en un instrumento que dinamice la transformación a partir de las posibilidades que ofrecen las TICs. No obstante, resulta discutible que una regulación tan genérica como la europea, dictada para la consecución de unos concretos objetivos de ámbito supranacional, sirva por sí misma para afrontar el desafío de la innovación que, al menos potencialmente, permiten los servicios de Administración electrónica en su actual estado de evolución. Ahora bien, todo depende, en última instancia, de las opciones que adopte el legislador nacional al respecto, para lo cual resulta preciso partir de los antecedentes que se han producido en ocasiones anteriores.

II. Una lección del pasado: los problemas e insuficiencias derivados de las opciones de transposición por parte del legislador español

La influencia del Derecho Comunitario ha sido especialmente intensa por lo que se refiere a la contratación del sector público⁷, no sólo desde la perspectiva de la transposición de las sucesivas directivas aprobadas en este ámbito sino, además, por la proyección nacional de las decisivas resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia de

5 Como afirma GIMENO FELIU, J.M. (*El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2014, p. 15), «la contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar y reflexionar la función y el efecto de la transparencia y de la igualdad de trato».

6 GALLEGO CÓRCOLES, I., “Contratación pública electrónica”, J. Punzón (coord.), *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 225.

7 MORENO MOLINA, J.A., “Administración electrónica y contratación pública”, J.L. Piñar (dir.), *Administración electrónica y ciudadanos*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 746 a 748.

la Unión Europea. Por tanto, no resulta sorprendente que la legislación española en la materia se haya visto necesariamente condicionada por este inevitable condicionamiento, aunque no por ello debe hacerse una lectura acrítica del proceso de transposición de la normativa comunitaria puesto que, en definitiva, sólo obliga al legislador español a adoptar sus previsiones y no le impide, en consecuencia, abordar un proceso de adaptación de mayor alcance. Ahora bien, este planteamiento exigiría asumir la oportunidad de la transposición del Derecho Comunitario como una ocasión propicia para modernizar en profundidad el sistema de la contratación pública en España, utilizando para ello decididamente las posibilidades que ofrecen las TICs.

Sin embargo, al igual que viene sucediendo en muchos otros ámbitos⁸, en anteriores ocasiones el legislador español no ha aprovechado el impulso de la regulación europea para llevar a cabo un trabajo de renovación y modernización tecnológica de la gestión administrativa y las comunicaciones en el ámbito de la contratación pública. Esta falta de perspectiva⁹ resulta aún más sorprendente si tenemos en cuenta que, de forma coetánea a la última gran reforma en este ámbito, se aprobó la normativa general sobre Administración electrónica, que ha sido considerada una de las más avanzadas a nivel europeo¹⁰.

En efecto, la Directiva 2004/18 – ahora derogada por la DCP – fue transpuesta por el legislador español a través de la Ley 30/2007, de 30 de octubre¹¹, que posteriormente fue objeto de refundición a través del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre (en adelante TRLCSP), normativa de carácter especial que ni siquiera alude expresamente a las disposiciones generales de carácter básico sobre Administración electrónica que tan sólo unos meses antes se habían aprobado a través de la LAE. En efecto, tal y como establecía la disposición adicional 19 de la Ley 30/2007, el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos se sometía a las previsiones que la misma con-

8 Singularmente, por lo que se refiere al uso de medios electrónicos, resulta especialmente significativa la transposición de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Dicha regulación se traspuso a través de la Ley 34/2002, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que ni si quiera se plantea si el régimen de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación – una de las principales medidas adoptadas por la Directiva – resulta de aplicación a los ofrecidos por las Administraciones Públicas.

9 El relativo menosprecio del legislador por la contratación electrónica resulta contradictorio ya que, como ha destacado GAMERO CASADO, E. (“Las reglas de la contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 71-72, 2008, p. 114), si bien por una parte se declara abiertamente partidario de generalizar el uso de la tecnología «destierra el régimen marco de la materia a un lugar tan recóndito como una disposición adicional, por lo demás extensa y deficientemente estructurada, que decepciona extraordinariamente en su contenido y no contribuye, ciertamente, a la puesta en valor de la materia».

10 GAMERO CASADO, E., “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración electrónica: su posición en el sistema de fuentes”, E. Gamero y J. Valero (coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, 3ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 136 a 138).

11 Por lo que se refiere al alcance general del uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en dicha Ley, véase PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.

tenía, de manera que estableció un régimen especial pero ciertamente insuficiente que, en última instancia, desplazaba a la LAE a la simple eficacia de norma supletoria¹².

Más aún, en algunos casos la descoordinación legislativa llega a ser incomprensible, hasta el punto de carecer de sentido algunas de las previsiones específicas que se establecen para el ámbito de la contratación por contraposición al régimen general. Así, resulta especialmente llamativo que se hiciera alusión a que el perfil del contratante debiera estar accesible a través de las páginas web de las Administraciones Públicas – artículo 42 – cuando una de las principales novedades de la LAE fue precisamente la sede electrónica, esto es, una modalidad avanzada de aquellas caracterizada por las mayores garantías técnicas y jurídicas que se han de respetar y que, por tanto, habría resultado plenamente adecuada para su utilización en un ámbito tan delicado como la contratación pública, donde las exigencias de precisión y responsabilidad resultan especialmente necesarias. Del mismo modo, también supuso un claro elemento de distorsión la exigencia general de que se utilizase la firma electrónica reconocida para «todos los actos y manifestaciones de voluntad de los órganos administrativos o de las empresas licitadoras o contratistas que tengan efectos jurídicos y se emitan tanto en la fase preparatoria como en las fases de licitación, adjudicación y ejecución del contrato», ya que una de las principales y más alabadas previsiones de la LAE se refería, precisamente, a la posibilidad de utilizar diversos sistemas de firma electrónica más allá de aquella modalidad: en consecuencia, a diferencia del ejemplo anterior, se estableció en este concreto asunto una regulación mucho más estricta que la general, en última instancia llamada a no ser cumplida en sus términos literales¹³. Incluso, el artículo 130 aludía al correo electrónico para las comunicaciones relativas a la presentación de proposiciones en el procedimiento abierto y las solicitudes de participación en los procedimientos restringido y negociado, así como en el diálogo competitivo, obviando de esta manera que las garantías adicionales que, con carácter general, establece la LAE en cuanto a que el sistema empleado para las notificaciones «permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales».

En todo caso, debe advertirse que la descoordinación normativa no sólo es patrimonio del legislador español, ya que la propia DCP no ha tenido en cuenta que, de forma coetánea a su aprobación, se estaba tramitando una nueva regulación europea

12 Como se ha señalado (MORENO MOLINA, J.A., “Administración electrónica y contratación pública”, cit., p. 746), la aplicación subsidiaria de la LAE debido a la consideración de la regulación sobre contratación pública como norma especial origina importantes problemas interpretativos, ya que algunas previsiones que establece esta última contradicen lo dispuesto por aquella. Para un análisis en profundidad del autismo del legislador a este respecto y, en concreto, la corrección de estas disfuncionalidades, véase MARTÍN DELGADO, I., “Contratación pública versus Administración electrónica: hacia la plena aplicabilidad de la LAE en materia de contratación pública electrónica”, en J.M. Gimeno (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2010*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 379 a 412.

13 Por ello no resulta sorprendente, aunque sí manifiestamente incoherente que mediante la Ley 25/2013, se reformase la citada disposición adicional decimosexta para rebajar el nivel de exigencia y pasar a exigir el uso de *firma electrónica reconocida*, una modalidad intermedia que carece de reconocimiento expreso en la regulación general de la Ley 59/2013 y en la específica para las Administraciones Públicas que establece la LAE. En relación al sentido de esta modificación, véase PALOMAR OLMEDA, A. y VÁZQUEZ GARRANZO, J., *La factura electrónica en la actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 311 y 312.

relativa a la identidad electrónica¹⁴ que va más allá de las previsiones de la Directiva 1999/93/CE, en las que se basa la referencia actual de la normativa española, puesto que ofrece posibilidades más innovadoras que tratan de superar las dificultades y rigideces propias del modelo en que aquella se sustenta. En consecuencia, a menos que el legislador español lleve a cabo un previo análisis sistemático de la normativa aplicable a la contratación electrónica cuando aborde la transposición de la DCP nos encontraremos con una consecuencia sin duda indeseable: la reforma que se adopte establecerá requisitos y exigencias contempladas en una Directiva ya derogada, incorporando un nuevo elemento de inseguridad jurídica en relación a un instrumento tan relevante como es la identificación de los sujetos que intervienen en las relaciones telemáticas.

Retomando la valoración del alcance de la transposición que se hizo en España en el año 2007 en relación a la Directiva de 2004, puede afirmarse con carácter general que se limitó en gran medida a incorporar en el ámbito interno las previsiones de la regulación europea, así como reconocer diversas actuaciones que de, forma más o menos generalizada, ya se estaban llevando a cabo en muchos ámbitos de la Administración española ajenos a la contratación; sin realizar un esfuerzo adicional por impulsar de forma decidida el uso de medios electrónicos en coherencia con el modelo aprobado tan sólo unos meses antes por la LAE. En este sentido, la transposición se asumió como una mera obligación formal¹⁵ a través de la cual se adoptaron fundamentalmente las siguientes medidas por lo que se refiere a las previsiones relacionadas con la Administración electrónica:

- reconocimiento de la posibilidad de que se utilizaran medios electrónicos en las comunicaciones e intercambios de información relativas a los procedimientos de contratación (disposición adicional decimoctava);
- admisibilidad expresa de la expedición en soporte electrónico de certificados (artículo 72.2) y acreditaciones del cumplimiento de ciertos requisitos como la constitución de la garantía (artículo 84.3), con el agravante de que se preveía expresamente que los pliegos o el anuncio del contrato pudieran establecer lo contrario sin necesidad de motivación alguna (artículo 130.3 y 135.4);
- reducción de los plazos de tramitación (artículo 96.2.b, 143.1, 148.1 y 151);
- utilización de medios electrónicos en las comunicaciones con las autoridades europeas (artículo 125.2) y estatales (artículo 308.4);

14 Se trata del Reglamento 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza en las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

15 En palabras de GALLEGO CÓRCOLES, I., ("La contratación electrónica y su impulso por el Derecho Europeo", *Noticias de la Unión Europea*, n. 298, 2009, p. 53), la LCSP incorporó «un diseño jurídico que puede calificarse de "correcto", en el sentido de mínimo, afirmando que «nuestro Derecho actual de la contratación pública electrónica adolece de una palpable visión de conjunto», hasta el punto de reconocer que para los licitadores «el panorama puede resultar, cuanto menos, desconcertante». Por su parte, GÓMEZ MANRESA, M.F. ("Una apuesta del Derecho europeo por la sostenibilidad de la Administración Pública", *Revista Internacional de Direito Ambiental*, n. 8, 2014, p. 271) califica el régimen jurídico vigente a nivel nacional como inacabado y diseminado para hacer referencia a la falta de una visión sistemática.

- excepción relativa al carácter público del acto de apertura de las ofertas económicas cuando en la licitación pudieran emplearse medios electrónicos (artículo 144.1);
- acceso a la información vinculada al procedimiento de contratación, tanto por lo que se refiere al restringido (artículo 150.2) como, con carácter general, a la Plataforma de Contratación del Estado, posteriormente denominada del Sector Público (artículo 309).

En consecuencia, más allá de algunas matizaciones que no procede ahora analizar, se trata sustancialmente de medidas que ya podrían haberse puesto en práctica sustancialmente – salvo la excepción relativa a la reducción de los plazos – mediante la aplicación de la normativa general sobre Administración electrónica existente en España desde el año 2001, con el agravante antes referido de que la LAE ya había reforzado y perfeccionado el marco jurídico que les resultaba de aplicación. Ciertamente, es necesario reconocer que ya en la reforma 2007 se incorporaron a la legislación española sobre contratación pública dos novedades de gran importancia como consecuencia del impulso de la normativa comunitaria: la subasta electrónica y los sistemas dinámicos de adquisición. Ahora bien, lejos de establecer su utilización preceptiva – y, por tanto, de los medios electrónicos – al menos en algunos supuestos donde estuviesen especialmente indicados, el legislador español se limitó a dar carta de naturaleza normativa en el ámbito interno a estas herramientas, si bien es cierto que ofreciendo una regulación ciertamente exhaustiva y completa.

Pues bien, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, puede afirmarse que la DCP objeto de nuestro análisis se ha limitado en gran medida a reforzar, precisar y completar las previsiones del modelo diseñado por la normativa de 2004, con la principal novedad de incorporar el carácter preceptivo del uso de medios telemáticos por parte de los operadores económicos y, asimismo, establecer tímidas medidas de simplificación basadas sustancialmente en la declaración responsable. Aunque debe admitirse que es una medida de gran trascendencia desde la perspectiva europea, lo cierto es que en España se encuentra reconocida desde el año 2009 para los procedimientos y servicios de Administración electrónica ajenos a la contratación del sector público, con carácter pleno por lo que se refiere a la Administración General del Estado y sus entidades vinculadas y dependientes.

En consecuencia, en el supuesto de que el legislador español se limite a abordar una reforma que consista en la mera transposición de la DCP el alcance de la misma será bastante limitado y, en última instancia, no se aprovecharán las posibilidades de innovación que permite el uso avanzado de la tecnología. A fin de evitar las negativas consecuencias que tendría este planteamiento debe enfatizarse el distinto alcance que corresponde a las normas comunitarias y a las estatales en materia de contratación pública. Así, las primeras tienen por objeto principalmente crear las condiciones jurídicas que faciliten la accesibilidad de los operadores económicos a los procedimientos de selección con independencia de su nacionalidad y, en última instancia, la creación de un mercado europeo en este ámbito. Por su parte, el legislador nacional, más allá de

no infringir las previsiones comunitarias, debe no sólo adaptar estas últimas a las singularidades del marco normativo interno sino, además y sobre todo, ha de desarrollar un modelo propio de contratación pública, adaptado a las particularidades de nuestro sistema político-administrativo, en el que los medios electrónicos jueguen efectivamente el papel transformador que están llamados a asumir en el actual contexto tecnológico¹⁶; y todo ello más allá de la perspectiva transnacional que preocupa a las autoridades europeas, aunque sin perder de vista las dificultades y obstáculos que, también desde este punto de vista, puede suponer el uso de medios electrónicos, en particular desde la perspectiva de la interoperabilidad entendida en su sentido más amplio.

Desde este planteamiento y sin perjuicio de las reflexiones que se realizarán en los siguientes epígrafes, el legislador estatal debería tener en cuenta de una parte la necesidad de superar los mínimos que contempla la DCP, de manera que se establezca el uso preceptivo de medios electrónicos y, en particular, de los sistemas dinámicos y las subastas, en los supuestos en que se considere adecuado como medio de control adicional de la actividad discrecional de los entes públicos y el resto de poderes adjudicadores. De otra parte, se debería plantear de forma decidida el impulso de un sistema interconectado, interoperable y avanzado de gestión de los documentos a presentar por parte de los operadores económicos en los procedimientos de contratación, impulsando decididamente en la simplificación no ya por la vía de la mera declaración responsable sino, además y sobre todo, a través de las comprobaciones automatizadas de las diversas plataformas de contratación no sólo del contenido de los documentos sino, además y sobre todo, de los datos asociados¹⁷. En última instancia, resulta imprescindible establecer las bases jurídicas un sistema interconectado de gestión de la contratación basado en una concepción amplia de la interoperabilidad, ofreciendo a las entidades locales los medios necesarios para poderse incorporar al mismo con plenas garantías; premisa inexcusable para avanzar en la línea propuesta por la Directiva de imponer el uso preceptivo de medios electrónicos en las comunicaciones con los poderes adjudicadores.

Por último, aun cuando ya se haya aprobado en España una regulación específica sobre facturación electrónica en el sector público adelantándose así a la transposición de la Directiva 2014/55/UE¹⁸, la necesidad de adaptar el marco normativo general de la contratación pública supone una oportunidad para ampliar la finalidad última de esta medida de modernización tecnológica. Si bien la regulación de 2013 se impulsó con el objetivo declarado de facilitar la aplicación de los mecanismos previstos en la norma-

16 Por lo que se refiere a esta idea, con carácter general véase VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, innovación y Administración electrónica*, Global Law Press, Sevilla, 2013, pp. 59 y ss.

17 Como afirma GIMENO FELIU, J.M. (*El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, cit., p. 59), es necesario insistir en la implementación de la Administración electrónica en la tramitación de los contratos públicos, de manera que la intercomunicación también garantice el acceso a la información relativa a la autoría de los actos, a la competencia del órgano y a su fecha de emisión, lo cual es especialmente relevante en algunos casos. Se requiere, por tanto, asumir un modelo avanzado de gestión basado no tanto en el documento como en su contenido, es decir, los datos que incorpora (VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, innovación y Administración electrónica*, cit., pp. 293 y 294).

18 Según dispone la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, la mayor parte de los contratistas de las Administraciones Públicas estarán obligados a presentar sus facturas en soporte electrónico a partir del 15 de enero de 2015.

tiva sobre control de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas, debería irse más allá de la simple mejora en el seguimiento sobre el cumplimiento de sus compromisos de pago y del control del gasto público y del déficit. A este respecto, la proyección de las exigencias de transparencia desde la perspectiva de la innovación tecnológica justificaría que la información relativa a las facturas fuese accesible conforme a estándares de reutilización y *open data*, reforzando de esta manera la capacidad de control sobre el cumplimiento por parte de los poderes públicos de sus obligaciones de pago relativas a los contratos y, en particular, del aumento del coste en la ejecución de los mismos como consecuencia de modificaciones sobrevenidas de las condiciones inicialmente previstas.

Partiendo de estas premisas, en los epígrafes siguientes nos centraremos en analizar las principales medidas que, desde la perspectiva de la innovación tecnológica, deberían tenerse en cuenta a la hora de abordar el proceso de incorporación de las reformas europeas en el marco normativo español en la materia.

III. El impulso efectivo de la simplificación: una exigencia inexcusable

Más allá de meras declaraciones formales y planteamientos generales como los que se recogen en la DCP, es necesario afirmar que el uso de medios electrónicos no implica necesariamente una mayor eficiencia ni facilita la tramitación de los procedimientos asociados. Antes al contrario, resulta imprescindible una labor de transposición en profundidad teniendo en cuenta estas exigencias tanto desde la perspectiva estructural del sistema en su conjunto como, ya desde un plano funcional, por lo que respecta a la tramitación de cada procedimiento en concreto. A la vista del avance normativo y práctico en la Administración electrónica española, parece insuficiente la opción de la DCP de sustentar principalmente la simplificación de la carga documental que soportan las empresas e indirectamente los poderes adjudicadores en la declaración responsable de aquellas a través del documento único, en la mera preferencia por el uso de medios electrónicos en el acceso a los datos en poder de otras entidades públicas o, singularmente, en que la información accesible sea “reciente”. En efecto, en el caso español el legislador debiera establecer una obligación clara y terminante en relación a la necesaria accesibilidad inmediata de la información necesaria para la tramitación de los procedimientos cuando obre en poder de otras entidades públicas, de manera que el sujeto encargado de la tramitación del correspondiente procedimiento pueda realizar las comprobaciones necesarias de forma instantánea e, incluso, automatizada; posibilidad esta última que supondría un importante avance en caso de llegar a generalizarse. Ciertamente, la aplicación de los esquemas nacionales de seguridad y de interoperabilidad se convierte en una exigencia inexcusable a pesar de las dudas que puedan surgir en cuanto a su efectiva obligatoriedad desde la perspectiva jurídica¹⁹; más allá de cualquier otro planteamiento acerca del carácter especial de la normativa sobre contratación electrónica en relación a la LAE y, por tanto, a sus disposiciones de

19 VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, innovación y Administración electrónica*, cit., pp. 179 a 191.

desarrollo, condición que expresamente tienen atribuidos los referidos esquemas. Adicionalmente, debería otorgarse un mayor protagonismo a los operadores económicos que participan en los procedimientos de selección a la hora de gestionar activamente la carga documental que han de soportar, en concreto ofreciéndoles sistemas de almacenamiento de los documentos vinculados a su capacidad y al cumplimiento de otros requisitos, de manera que los pudieran compartir con cualquiera de las Administraciones Públicas españolas a través de un solo registro que únicamente pudieran consultar las entidades que ellos designaran en cada concreto procedimiento y exclusivamente durante el tiempo que fuera preciso a tales efectos. De esta manera, además de permitir una gestión dinámica y activa a los propios interesados, no sería necesario hacer recaer sobre las entidades públicas la custodia y el archivo de los documentos, si bien se le facilitaría al mismo tiempo la realización de las comprobaciones necesarias en cada caso. Quizás los registros de contratistas y licitadores ya existentes podrían servir de base para crear un sistema interconectado donde, además de la información relativa a las empresas, pudiera facilitarse el acceso a los documentos correspondientes sin necesidad de que estuvieran almacenados en los propios registros públicos.

Del mismo modo, cualquier otra comunicación interadministrativa que deba establecerse en este ámbito tendría que articularse necesariamente mediante el uso de medios electrónicos, previsión que ha de establecer el legislador estatal básico para impedir que las entidades públicas afectadas puedan utilizar medios alternativos; problemática que se ha demostrado ineficiente en el ámbito de la normativa general sobre Administración electrónica, donde se establece una mera preferencia. En última instancia, si en la actualidad todas las Administraciones Públicas están obligadas a admitir el uso de medios electrónicos en los procedimientos que tramitan con los ciudadanos, ¿no parece justificado avanzar más allá de la limitada concepción del artículo 27.7 LAE por lo que se refiere a las relaciones entre los poderes públicos en un ámbito como la contratación, donde existe un mayor nivel de complejidad y de profesionalidad, en la línea marcada por la normativa sobre facturación electrónica?

Por otra parte, la simplificación ha de pasar necesariamente por la revisión preceptiva de los procedimientos administrativos, especialmente si tenemos en cuenta que la regulación actual resulta ciertamente una invitación a la complejidad que, en ocasiones, no se entiende desde las más elementales exigencias de eficacia y buena Administración. Al margen del desafío que supone simplificar la regulación sustantiva correspondiente a cada procedimiento, por lo que se refiere específicamente al uso de medios electrónicos el legislador debería establecer con carácter básico – superando así la insuficiencia del ámbito de aplicación del artículo 34 LAE – la necesidad de llevar a cabo revisiones periódicas de todos los procedimientos administrativos desde la perspectiva de las posibilidades de simplificación que permiten las TICs, de manera que se prohíba expresamente la puesta en marcha de nuevas licitaciones en los supuestos de incumplimiento y se establezca la sanción consistente en invalidar las actuaciones que se lleven a cabo. Y para que no se trate simplemente de una mera obligación de cumplimiento formal, con carácter complementario deberían fijarse los

criterios y principios que, de manera específica, tendrían que ser objeto de evaluación en los respectivos informes.

En última instancia, la revisión de los procedimientos tendente a su simplificación debería aprovechar las posibilidades de supervisión avanzada que ofrece la tecnología, consideración que resulta de especial trascendencia en la medida que puede ayudar a reforzar las herramientas que ayuden al control de la discrecionalidad, incluso adelantando el momento en que tiene lugar²⁰. En este sentido, el legislador español debería asumir la tarea de establecer una regulación específica para las actuaciones automatizadas en el ámbito de la contratación pública, por cuanto la prevista en la normativa general sobre Administración electrónica adolece de importantes insuficiencias más allá de que no resulte directamente aplicable en los niveles autonómico y local. Se trata, sin duda, de uno de los principales avances que podrían impulsarse en el marco normativo estatal sobre la contratación electrónica, tanto por lo que se refiere al establecimiento de una regulación de carácter horizontal aplicable a cualquier tipo de actuación y procedimiento como, asimismo y de manera especial, por lo que respecta a las subastas electrónicas y los sistemas dinámicos, en relación a los cuales la automatización de las decisiones administrativas permitirían obtener importantes beneficios en cuanto a la perspectiva de control antes aludida y, asimismo, por lo que se refiere a la efectiva reducción de plazos y la simplificación de los trámites.

IV. Hacia una concepción de la transparencia basada en la innovación tecnológica

Como se ha señalado anteriormente, el uso de las TICs para reforzar la transparencia es una de las principales medidas en que se sustenta la regulación propuesta por la DCP. A este respecto, al margen de los instrumentos de publicidad oficial que actualmente sólo se editan ya a través de Internet, el acceso telemático al perfil del contratante, a las plataformas de contratación y, asimismo, a los registros de contratación constituyen las principales vías de acceso a la información hasta ahora implementadas en la Administración española²¹. Al margen de la necesidad general de reforzar la publicidad en la convocatoria de cierto tipo de procedimientos en los que tradicionalmente ha existido una recalcitrante opacidad, el gran desafío que debe asumir el legislador español se refiere principalmente no tanto a la accesibilidad de la información y la participación de los interesados en la fase de selección del contratista sino, especialmente, a la ejecución de los contratos. En efecto, por una parte, en el sentido que marca la DCP, se ha de potenciar la transparencia por lo que se refiere a la cadena de subcontratación y a los supuestos de incumplimiento, deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones y modificaciones de las condiciones de ejecución, especialmente por lo que respecta

20 En relación a este sugerente planteamiento, véase MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "La transparencia (y la reserva de información) en el urbanismo y la contratación pública. Límites legales a las potestades discrecionales y aportación de las TIC", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 37, 2014, pp. 11 y 24.

21 Para una visión general, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., "La transparencia (y la reserva de información) en el urbanismo y la contratación pública. Límites legales a las potestades discrecionales y aportación de las TIC", cit., pp. 18 a 20.

al precio: de lo contrario, existe un riesgo cierto de que no se pueda controlar debidamente las decisiones administrativas que afectan a tales extremos y, por tanto, que se impida el ejercicio con plenas garantías jurídicas de los sus derechos por parte del resto de operadores que no resultaron inicialmente seleccionados y, en última instancia, de los ciudadanos y la sociedad en general.

A este respecto, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información del Sector Público y Buen Gobierno (LTBG) supone un avance importante a la hora de reforzar el uso de medios telemáticos en la difusión y la accesibilidad de la información vinculada a la contratación del sector público²². Así, por una parte, amplía el ámbito subjetivo de aplicación de sus previsiones a los adjudicatarios de contratos del sector público y, por otra, establece una serie de supuestos en los que la información contractual habrá de hacerse pública de manera activa a través de las sedes electrónicas o páginas web de las Administraciones Públicas. En concreto, habrán de difundirse:

- todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación;
- los procedimientos utilizados para su celebración, junto con datos estadísticos acerca del porcentaje en volumen presupuestarios de contratos adjudicados a través de cada uno de ellos;
- 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, en su caso, las decisiones de desistimiento y de renuncia de los contratos;
- las modificaciones que se produzcan del contrato, lo que incluiría necesariamente las desviaciones en cuanto al coste inicialmente previsto.

Más allá de la polémica relativa al alcance de las consecuencias jurídicas en torno al incumplimiento de dichas obligaciones y, en especial, por lo que se refiere a las limitaciones de de las sanciones disciplinarias que contempla el artículo 9.3 LTBG únicamente al personal profesional al servicio de las Administraciones Públicas, lo cierto es que la regulación legal española va más allá de las previsiones que establece la DCP. Todo ello sin referirnos a los aspectos relacionados con el derecho de acceso por cuanto superan el alcance de nuestro análisis, que centraremos en las obligaciones de difusión activa de información a través de las TICs desde las exigencias de la innovación tecnológica.

A este respecto debe tenerse en cuenta que la normativa española sobre reutilización de la información del sector público contenida en la Ley 37/2007, de 16 de no-

22 No obstante, como se ha destacado con acierto (CERRILLO Y MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 112), dicha regulación «no da respuesta adecuada a cuestiones como la relativa a la calidad de la información que se difunde a través de internet, las consecuencias del incumplimiento de la obligación de publicar dicha información, la responsabilidad por los daños causados por la difusión de la información o la reutilización».

viembre, se encuentra pendiente de actualización a las novedades que ha introducido la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013. Al margen de otras previsiones relevantes, el artículo 5 de esta Directiva establece una obligación más exigente en cuanto a la disponibilidad de los datos en formatos que faciliten la reutilización mediante procedimientos automatizados – *legibles por máquinas* –. Dado que los plazos de transposición de la ambas directivas son dispares, existe el riesgo de que a la hora de proceder a su incorporación a la legislación española no se lleve a cabo un elemental planteamiento sistemático, de manera que la regulación estatal sobre contratación pública no contemple las exigencias derivadas de la normativa europea sobre reutilización por lo que se refiere a la utilización de formatos reutilizables de manera automatizada a la hora de dar cumplimiento a las obligaciones específicas que, en este ámbito, exigencia ésta contemplada en la legislación de transparencia en los términos anteriormente expuestos. Más aún, debe recordarse que ya existe en España una norma técnica donde se fijan los estándares de interoperabilidad que han de respetarse desde la perspectiva de la reutilización de la información, la Resolución de 19 de febrero de 2013, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por lo que cuando se utilicen medios electrónicos para gestionar la información – ya directa ya indirectamente a través de un prestador de servicios – por parte de aquellas habrán de tener en cuenta sus previsiones que, en definitiva, facilitan que en el cumplimiento de las obligaciones de transparencia relativas a la información contractual se pueda proceder a su reutilización conforme a criterios de *open data*.

En consecuencia, al margen de que resulte necesario adaptar el marco normativo estatal en función de tales disposiciones, la innovación tecnológica en el acceso a la información resulta una premisa ineludible²³ si tenemos en cuenta las demandas sociales relativas al refuerzo del control en el ámbito de la contratación del sector público y, en última instancia, las exigencias del principio de integridad²⁴. Incluso, sólo a partir de este modelo de transparencia de base tecnológica es posible plantear la implantación de mecanismos avanzados que faciliten la realización de dicho control²⁵, de manera comparativa, sobre aspectos tan relevantes como el coste de la contratación en la prestación de servicios públicos en distintas entidades públicas. En última instancia, al margen de otros mecanismos formalizados basados en la agregación de la demanda por parte de los compradores públicos, el *open data* puede facilitar la reducción de los precios al facilitar el efectivo conocimiento del coste de los servicios y de los bienes al

23 Debe tenerse en cuenta a este respecto que, como certeramente advierte MARTÍN DELGADO, I. (“Transparencia, reutilización y datos abiertos”, J. Valero y M. Fernández (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 404), a diferencia de lo que sucede con la publicación de los datos por parte de la Administración, el *open data* implica que pierde el control sobre el uso que se haga de los mismos.

24 Sobre esta relación, en relación a la denominada «transparencia colaborativa» en materia de contratación pública, véase CERRILLO Y MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, cit., pp. 130 a 134.

25 Sin duda, como afirma BLASCO DÍAZ, J.L., (“Transparencia administrativa y cuentas públicas”, R. García Macho (edit.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 247 y 264), la forma en que se encuentre accesible la información resulta esencial a estos efectos, de manera que el referido planteamiento no puede considerarse de una relevancia menor por cuanto el uso avanzado de la tecnología refuerza exponencialmente las posibilidades de control efectivo.

resto de las entidades públicas, así como servir de referencia para el funcionamiento más preciso de los sistemas dinámicos.

V. Nuevos retos y desafíos de la innovación tecnológica en la contratación pública: algunos apuntes para la reflexión

Resulta indudable que las TICs han facilitado la posibilidad de que los principios en que se sustenta el Gobierno Abierto – transparencia, participación y colaboración – pueden llegar a plantearse con un potencial reforzado, de manera que se ofrecen nuevas posibilidades de reforzar el funcionamiento democrático de las Administraciones Públicas. Desde el punto de vista de la contratación pública, esta tendencia podría facilitar la participación de la ciudadanía en las decisiones previas a la tramitación de algunos procedimientos, singularmente en el caso de ciertas obras públicas, tanto por lo que se refiere a la priorización del gasto público, al lugar concreto de su ubicación o, sin ánimo exhaustivo, a la valoración de las distintas alternativas posibles. No obstante, cualquier avance en este ámbito debe realizarse con suma prudencia si tenemos en cuenta las limitaciones que puede plantear la denominada brecha digital, dificultad que no puede convertirse en una excusa infundada para impedir cualquier avance en esta línea que, en última instancia, serviría para reforzar el fundamento democrático de las decisiones de las Administraciones Públicas en relación con la eficiencia en el gasto público y las exigencias basadas en el principio de buena Administración.

Por otra parte, en los últimos años y como consecuencia principalmente de las dificultades presupuestarias derivadas de la crisis económica, muchas entidades públicas han avanzado en la externalización de los sistemas de información y las plataformas de gestión basadas en la computación en la nube, no sólo utilizando los servicios de empresas privadas sino, como ha sucedido en algunos casos con un destacado éxito, a partir de herramientas ofrecidas por entidades públicas mediante *nubes privadas*. La utilización del *cloud computing* puede facilitar la puesta en funcionamiento de servicios avanzados de gestión más dinámicos y adaptables a las necesidades concretas de cada entidad, así como la posibilidad de compartir infraestructuras, aplicaciones y plataformas entre distintas entidades públicas. De este modo se podría avanzar en el logro de una mayor eficiencia en la actividad administrativa y, sobre todo, ofrecer a las entidades públicas con menos recursos – singularmente los municipios – herramientas de gestión tecnológicamente avanzadas para cumplir con sus funciones que, de otro modo, no tendrían a su alcance. Así pues, cuando el legislador español aborde la regulación de la modernización tecnológica de la contratación pública no debería menospreciar los problemas y dificultades que se suscitan desde la perspectiva jurídica en cuanto al control, accesibilidad y seguridad de la información o la normativa que pueda resultar aplicable²⁶ pues, de lo contrario, no se afrontarían los desafíos que plantea la seguridad jurídica en relación con esta innovadora herramienta.

26 VALERO TORRIJOS, J., “La Administración Pública en la nube. Análisis de las implicaciones jurídicas desde la normativa sobre Administración electrónica”, R. Martínez (coord.), *Derecho y cloud computing*, Thomson Reuters Civitas,

Retomando en estas reflexiones finales las posibilidades de reforzar la transparencia vinculada a la actividad contractual de las Administraciones Públicas, en los últimos meses se está poniendo de manifiesto la necesidad de avanzar en el modelo de acceso automatizado a los datos en poder de aquellas, en concreto desde la perspectiva de la integración de información que provenga de diversas entidades, incrementando notablemente su utilidad: son los denominados datos enlazados o, según la terminología anglosajona más extendida, *open linked data*²⁷. Aunque la efectiva y generalizada aplicación de este modelo en la optimización de la contratación del sector público está todavía por abordarse, no pueden sin embargo menospreciarse las posibilidades que este planteamiento innovador puede ofrecer a los poderes públicos en este ámbito tal y como se han demostrado con recientes y destacadas experiencias²⁸. Resulta evidente que el impulso legal del acceso a la información contractual en estos términos podría contribuir sin duda a que tales parámetros tuvieran un mayor impacto práctico.

VI. Conclusión final

La modernización tecnológica del marco normativo regulador de la contratación pública no puede limitarse a una mera transposición de las disposiciones europeas sin tener en cuenta el potencial que ofrece el desarrollo actual de la tecnología. Más aún, resulta imprescindible un nuevo paradigma que supere las limitaciones que conllevan las concepciones basadas en la mera digitalización de procedimientos que, hasta ahora y en gran medida todavía, se han venido tramitando en soporte papel. Para ello resulta imprescindible apostar por parámetros de gestión avanzada de la información que sirvan para superar definitivamente dificultades y obstáculos de propios de modelos estancos, utilizando a tal efecto la tecnología como instrumento para la transformación de la gestión pública. Sin perder de vista, claro está, que la innovación tecnológica ha de estar necesariamente sustentada en el estricto cumplimiento de las exigencias jurídicas que, de ser posible, podrían incluso reforzarse en muchos casos.

Cizur Menor, 2012, pp. 251 a 253.

27 Para una visión general sobre los planteamientos en que se sustenta esta modalidad que aprovecha las posibilidades de la web semántica, véase www.w3c.es/Divulgacion/GuiasBreves/LinkedData (última visita: 31/12/2014).

28 Sobre esta sugerente posibilidad, desde la perspectiva de las posibilidades que ofrece la web semántica, véase MUÑOZ SORO, J.F. y BERNAL BLAY, M.A., "Contribuciones de la web semántica a la transparencia en la contratación pública: la ontología PPROC", comunicación presentada al Congreso Derecho TICs-SICARM 2014 (www.sicarm.es).

BIBLIOGRAFÍA

- BLASCO DÍAZ, J.L., “Transparencia administrativa y cuentas públicas”, R. García Macho (edit.), *Ordenación y transparencia económica en el Derecho público y privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- CERRILLO Y MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., “Contratación pública electrónica”, J. Punzón (coord.), *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., “La contratación electrónica y su impulso por el Derecho Europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 298, 2009.
- GAMERO CASADO, E., “Las reglas de la contratación electrónica en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 71-72, 2008.
- GAMERO CASADO, E., “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración electrónica: su posición en el sistema de fuentes”, E. Gamero y J. Valero (coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, 3ª ed., Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- GIMENO FELIU, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2014.
- GÓMEZ MANRESA, M.F., “Una apuesta del Derecho europeo por la sostenibilidad de la Administración Pública”, *Revista Internacional de Direito Ambiental*, n. 8, 2014.
- MARTÍN DELGADO, I., “Contratación pública versus Administración electrónica: hacia la plena aplicabilidad de la LAE en materia de contratación pública electrónica”, en J.M. Gimeno (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2010*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- MARTÍN DELGADO, I., “Transparencia, reutilización y datos abiertos”, J. Valero y M. Fernández (coords.), *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., “La transparencia (y la reserva de información) en el urbanismo y la contratación pública. Límites legales a las potestades discrecionales y aportación de las TIC”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 37, 2014.

- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *La contratación pública electrónica. Análisis y propuesta de transposición de las Directivas Comunitarias de 2014*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (en prensa).
- MORENO MOLINA, J.A., “Administración electrónica y contratación pública”, J.L. Piñar (dir.), *Administración electrónica y ciudadanos*, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2011.
- MUÑOZ SORO, J.F. y BERNAL BLAY, M.A., “Contribuciones de la web semántica a la transparencia en la contratación pública: la ontología PPROC”, comunicación presentada al Congreso Derecho TICs-SICARM 2014. El texto se encuentra accesible en <http://www.sicarm.es>.
- PALOMAR OLMEDA, A. y VÁZQUEZ GARRANZO, J., *La factura electrónica en la actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.
- VALERO TORRIJOS, J., “La Administración Pública en la nube. Análisis de las implicaciones jurídicas desde la normativa sobre Administración electrónica”, R. Martínez (coord.), *Derecho y cloud computing*, Thomson Reuters - Civitas, Cizur Menor, 2012.
- VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, innovación y Administración electrónica*, Global Law Press, Sevilla, 2013.

EL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: LOS NUEVOS LÍMITES DEL “*IUS VARIANDI*” Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD¹

SILVIA DÍEZ SASTRE

Profesora Contratada-Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

I. Planteamiento

El Derecho de la Unión Europea regula la preparación y adjudicación de los contratos públicos; esto es, establece las normas que rigen la selección del contratista por las autoridades de los Estados Miembros – ese es aún el contenido fundamental de las Directivas de contratación pública –. El título competencial que habilita a las instituciones europeas a intervenir en este sector, el establecimiento y el funcionamiento del Mercado Interior (art. 114 TFUE), justifica únicamente la adopción de medidas encaminadas a garantizar la competencia entre los operadores económicos. Con esa base jurídica, parece más correcto hablar de un Derecho europeo de la adjudicación de los contratos públicos, que de un Derecho de la contratación pública². Esta regulación aprobada a nivel europeo ha obligado a la realización de profundos cambios en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros. Con independencia de su tradición jurídica, han debido incorporar las nuevas exigencias orientadas a garantizar los principios europeos de la contratación pública (fundamentalmente, publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación y confidencialidad). Esta intensa europeización del Derecho de la adjudicación de los contratos públicos ha tenido como efecto la dilución de las fronteras entre las distintas tradiciones jurídicas.

1 Este trabajo constituye una versión actualizada y reducida del artículo: “La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, n. 161, 2013, pp. 87-117.

2 En este sentido, hay que tener en cuenta que en los ordenamientos jurídicos de tradición germánica (Alemania, Austria, Italia) ni siquiera se habla de Derecho de la contratación pública, sino de Derecho de la adjudicación de contratos públicos o de encargos públicos (*Vergaberecht*). El Derecho europeo parece encajar mejor con esta forma de ordenar la actividad contractual pública, que con la visión francesa del contrato administrativo, que establece reglas especiales para la ejecución de determinados contratos celebrados por la Administración.

Tanto los ordenamientos de influencia francesa – que reconocen la figura del contrato administrativo – como los ordenamientos de la órbita germánica – que aplican la figura del contrato civil a las Administraciones públicas – han de asegurar la competencia entre los operadores económicos en el Mercado Interior. *Cuál sea el Derecho aplicable a la ejecución de los contratos es una cuestión que se deja a la libertad de los legisladores nacionales.*

La relevancia del sector de la contratación pública en el espacio económico europeo – cercano al 18 por ciento del PIB – ha llevado a las instituciones europeas a reforzar progresivamente las garantías de cumplimiento de las normas de adjudicación de los contratos públicos. Las tendencias de reforma de la legislación europea en la materia ponen de manifiesto este proceso de densificación paulatina de las exigencias, tanto sustantivas como procedimentales, orientadas a garantizar la competencia entre los licitadores. Las Directivas de recursos son una clara apuesta de las instituciones europeas en este sentido³. En la misma línea, la regulación de las actuaciones previas al perfeccionamiento del contrato ha ido seguida de un *firme avance de la regulación que se proyecta sobre la ejecución de los contratos públicos*⁴. En esta clave se explica la introducción de un nuevo recurso postcontractual en la Directiva 2007/66/CE, que reformó las clásicas Directivas de “recursos” (89/665/CEE y 92/13/CEE) y el interés creciente de la jurisprudencia y de la Comisión europea por limitar la modificación de los contratos públicos, que se ha hecho efectiva en las nuevas Directivas de contratación pública (2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE). En ambos casos el Derecho europeo se adentra en la fase de ejecución de los contratos, pero la finalidad que siempre ha justificado su intervención en este sector de actividad administrativa permanece: garantizar que los contratos públicos se adjudican a la oferta económicamente más ventajosa.

La especial atención del Derecho europeo hacia la modificación de los contratos públicos – canalizada a través de la Comisión europea – se ha producido como reacción a una realidad común a todos los Estados Miembros: con independencia de la aplicación de reglas administrativas o civiles de ejecución de los contratos públicos, ha sido y es una práctica habitual modificar los contratos después de su perfeccionamiento. Esta novación contractual puede ser fruto de una necesidad real, justificada en un interés público legítimo, puede tratar de articular la contratación de nuevas prestaciones cuya necesidad ha sobrevenido, o encubrir una violación *ex post* de las reglas originarias de adjudicación del contrato con el fin de beneficiar al contratista o de subsanar errores contenidos en los documentos que regían la licitación e imputables al ente adjudicador. *El Derecho europeo pretende evitar que se vulnere la competencia en cualquiera de las fases de la vida del contrato.* El efecto útil del Derecho europeo estaría seriamente comprometido si la garantía de la competencia se proyectara úni-

3 BAÑO LEÓN, J.M., “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, *Anuario del Gobierno Local*, n. 1, 2012, pp. 141-151, p. 143.

4 También lo constatan, BERNAL BLAY, M.Á., “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 143-208, p. 174; y CALVO RUATA, P., “La zozobra de la modificación de contratos públicos. ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, n. 3, 2012, pp. 369-441, p. 373.

camente sobre las actuaciones previas a la celebración del contrato. Por esa razón, la infracción de los principios de la contratación pública a través de las modificaciones fraudulentas de las condiciones contractuales ha centrado parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de las medidas de la Comisión europea. Ahora bien, las exigencias europeas se proyectan sobre ciertos contratos, cuya adjudicación se disciplina en las Directivas de contratación pública. El Derecho europeo no se interesa por el régimen jurídico-privado o jurídico-administrativo de la ejecución del contrato, que corresponda según el Derecho nacional. Se fija en las modificaciones contractuales exclusivamente porque pueden poner de manifiesto un incumplimiento de las reglas, previamente aplicadas o susceptibles de aplicación futura, de adjudicación de los contratos públicos.

La extensión de la regulación europea a la modificación de los contratos públicos obliga a reflexionar sobre el alcance y los límites del ejercicio del *ius variandi* por parte de los poderes adjudicadores a nivel nacional en los ordenamientos jurídicos, como el español, en que se reconoce esta potestad administrativa. A esta cuestión se dedica este trabajo (II.). Se trata de determinar cómo impactan los principios y reglas europeas de contratación pública sobre el clásico régimen de modificación unilateral de los contratos administrativos, vinculado al ejercicio de una potestad administrativa. Al mismo tiempo, se plantea la duda sobre las consecuencias que tiene este nuevo régimen sobre aquellos contratos públicos cuya ejecución se somete a las reglas del Derecho civil. Una vez más, hay que realizar una *tarea de reconstrucción del régimen jurídico, en este caso, de la modificación de los distintos contratos públicos contenido en el TRLSCP*, debido a su altísimo grado de fragmentación. Hay que adelantar, no obstante, que el trabajo no se detiene en cada una de las causas posibles de modificación de los contratos. Pretende únicamente delimitar cuál es el ámbito de ejercicio de la potestad administrativa de modificación unilateral de los contratos y de la autonomía de la voluntad en el marco de las limitaciones impuestas por el Derecho europeo a estas novaciones contractuales.

II. La limitación de las modificaciones de los contratos públicos: la restricción del “*ius variandi*” y de la autonomía de la voluntad

1. La distinción tradicional entre contrato administrativo y contrato privado en Derecho español

En la estela de la tradición jurídica francesa, el Derecho español reconoce a la Administración la capacidad de imponer al contratista de forma unilateral la modificación de determinados contratos⁵. Esta potestad excepcional y exorbitante, conocida como *ius variandi*, se ha justificado tradicionalmente en el especial interés público que envuelve a la actividad contractual pública⁶. De hecho, esta prerrogativa ha sido uno de los ejes sobre los que se ha construido el concepto de contrato administrativo, opuesto

5 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato de obras. El ius variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 15.

6 MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*, Iustel, Madrid, 2008, p. 241.

al contrato civil⁷. En el contrato civil rige el principio de inmutabilidad o inalterabilidad (*pacta sunt servanda*). El contrato es la Ley entre las partes y, en principio, no se sujeta a modificaciones y mucho menos a modificaciones impuestas por una de las partes (artículo 1.256 CC). Por el contrario, en el ámbito administrativo se reconoce a la Administración la posibilidad de imponer unilateralmente la modificación de determinados contratos – definidos por el legislador con base en su objeto – con el fin de defender el interés público subyacente⁸. *El contrato administrativo se erige, así, como una categoría contractual nueva, distinta y opuesta al contrato civil*. La diferencia fundamental radica, entonces, en la posición asimétrica de la Administración y el contratista durante la fase de ejecución de los contratos⁹.

La posibilidad de modificar unilateralmente los contratos se ha configurado en el ordenamiento jurídico-positivo y en la jurisprudencia como una potestad reglada (teóricamente excepcional) sometida a una serie de requisitos sustantivos y procedimentales; sin perjuicio del reconocimiento de un margen para la realización de modificaciones consensuadas entre las partes, siempre que no se alteren los criterios que fundamentaron la adjudicación del contrato¹⁰. *Los presupuestos de ejercicio de esta potestad pueden condensarse en dos: la existencia de un contrato vigente y la presencia de un interés público que justifique su novación*¹¹. La interpretación de cuál puede ser ese interés público se ha realizado tradicionalmente de forma muy amplia: un error inicial de la Administración contratante, un cambio de las circunstancias o la adopción de medidas generales que afectan al contrato. La posibilidad de modificar el contrato se ha sometido también a límites de distinta naturaleza, tanto sustantiva como procedimental. La modificación no puede alterar el objeto del contrato – aunque en principio no existían límites cuantitativos – y debe llevarse a cabo conforme a una serie de reglas procedimentales establecidas por el legislador. Además, si de la modificación se deriva

7 MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2011, p. 982.

8 MEILÁN GIL, José Luis, *La estructura...*, cit., p. 242; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 315; PARDO GONZÁLEZ, M., “Las fuentes de la contratación pública y las perspectivas de futuro inmediato”, en L. Parejo Alfonso y A. Palomar Olmeda (dirs.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 21-64, p. 42; HORGUÉ BAENA, C., *La modificación...*, cit., p. 23; CALVO MIRANDA, J.L. y PANADÉS ANDREU, S., “Modificación de los contratos”, en J. Bermejo Vera (dir.) y M.Á. Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 404-415.

9 Crítico con esta concepción tradicional, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (*El contrato...*, cit., pp. 319 y ss.) que entiende que las particularidades del contrato administrativo históricamente se centraron en la fase de adjudicación, en concreto, en el establecimiento de reglas para evitar ofertas imposibles y acuerdos entre los licitadores. En relación con las especialidades del contrato administrativo, en fase de adjudicación y de ejecución: HUERGO LORA, A., “Los contratos del sector público: aspectos generales y elementos estructurales”, en T. Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo III, La Actividad de las Administraciones Públicas, Volumen I, La forma*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 237-267, p. 238.

10 HORGUÉ BAENA, C., *La modificación...*, cit., p. 25; CALVO MIRANDA, J.L. y PANADÉS ANDREU, S., “Modificación de...”, cit., pp. 404-405; MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva...*, cit., p. 983.

11 MEILÁN GIL, J.L., *La estructura...*, cit., p. 243. PUERTA SEGUIDO, F., “El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, en J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 481-514, p. 486.

un perjuicio económico para el contratista, se le debe indemnizar. De este modo se restablece el equilibrio económico del contrato y se evita el enriquecimiento injusto¹².

2. Las exigencias del Derecho de la Unión Europea: límites a la modificación de los contratos públicos

A diferencia del Derecho español, donde el régimen de ejecución de los contratos ha determinado su naturaleza jurídica, administrativa o civil, el Derecho europeo no ha focalizado su atención sobre ese momento de la vida del contrato. La clasificación de los distintos tipos de contratos no pivota en torno a su régimen de ejecución. Lo relevante es la fase de selección del contratista. Por eso, *la distinción entre contrato administrativo y contrato privado o civil se explica únicamente, cuando existe, a nivel nacional*. El Derecho europeo acuña el concepto de contrato público que se corresponde con un contrato caracterizado por el sujeto contratante – el poder adjudicador –, el objeto del contrato – obras, servicios y suministros – y su importancia económica para el Mercado Interior – indiscutible en el caso de los contratos que superan los umbrales europeos y posible en el caso de contratos situados por debajo de esos umbrales, pero que puedan revestir una especial importancia en el seno del espacio económico de la Unión Europea –.

Como se ha señalado anteriormente, las incursiones del Derecho europeo en la fase de ejecución de los contratos se justifican aún en el reforzamiento de las garantías frente a la adjudicación en el momento en que el contrato se ha perfeccionado y está ejecutándose. El Derecho europeo de la contratación pública no se limita únicamente a establecer las reglas que deben conducir a la selección del contratista (Directivas de contratación pública) y a obligar a los Estados Miembros a configurar un recurso precontractual que garantice su cumplimiento (Directivas de recursos). La garantía de ese objetivo le lleva a introducirse en la fase postcontractual, por dos vías: obligando a los Estados Miembros a crear una vía de recurso postcontractual – que permite llegar a declarar la ineficacia del contrato adjudicado de forma ilegal (Directiva 2007/66/CE) –; y estableciendo límites sustantivos a la posibilidad de modificar los contratos (en un principio a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en la actualidad mediante las nuevas Directivas de contratación pública). De este modo, superando las resistencias de los Estados, *el Derecho europeo realiza un proceso progresivo de europeización de la fase de ejecución de los contratos públicos*.

En el plano jurídico-europeo, las modificaciones de los contratos públicos son relevantes exclusivamente en la medida en que pueden suponer una vulneración de las normas de selección del contratista y, por tanto, de la competencia en el seno del Mercado Interior¹³. *La forma en que el Derecho nacional configure la posibilidad de modificar los contratos* – como un privilegio de la Administración o como mero ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes – *no interfiere en los medios que se disponen*

12 CALVO MIRANDA, J.L. y PANADÉS ANDREU, S., “Modificación de...”, cit., pp. 407-411.

13 COLÁS TENAS, J., “La reforma de la legislación de contratos públicos en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos públicos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 153, 2012, pp. 253-276.

para la consecución de ese objetivo. Se produce así una tensión clara entre el interés en la eficiencia económica del contrato y la garantía de la igualdad y la competencia entre los operados económicos¹⁴. Hay que tener en cuenta que el régimen de modificación de los contratos a nivel nacional está diseñado para proteger a los licitadores pero, fundamentalmente, al contratista¹⁵. El Derecho europeo, por su parte, protege principalmente a los licitadores, obligando a que las condiciones que regían la licitación sigan vigentes durante la ejecución del contrato, de modo que no se altere la competencia de forma sobrevenida. Asimismo protege *de forma refleja* al contratista, puesto que evita posibles modificaciones contractuales que le perjudiquen y que, de haber conocido con anterioridad, le habrían llevado a no optar por ese contrato. A continuación se exponen brevemente los criterios definidos por la jurisprudencia en torno a la modificación de los contratos públicos y el contenido de las futuras Directivas de contratos públicos dedicado a esta cuestión.

A) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En la última década, el Tribunal de Justicia se ha enfrentado a supuestos relacionados con la modificación de los contratos públicos. Con el paso del tiempo ha elaborado una serie de *criterios orientados a controlar las novaciones contractuales realizadas por los poderes adjudicadores de los Estados Miembros*. A continuación se hace un breve repaso de los principales *leading cases* en esta materia y de las *rationes decidendi* elaboradas por el Tribunal:

a) *As. Comisión de las Comunidades Europeas c. CAS Succhi di Frutta SpA*¹⁶. En este temprano asunto, el Tribunal resuelve un recurso de incumplimiento interpuesto contra la Comisión. En un contrato adjudicado por la Comisión europea se introdujo una modificación relativa a la forma de pago. Al respecto, señaló el Tribunal que tal modificación contractual lesiona los principios de igualdad y transparencia, porque si esa condición hubiese figurado en el anuncio de licitación, se habrían presentado ofertas sustancialmente diferentes. Además, indica que las condiciones generales de la licitación no rigen solo durante la fase de selección del contratista, sino que deben gobernar todas las fases del contrato, incluyendo su ejecución.

b) *As. Presstext Nachrichtenagentur GmbH c. Republik Österreich*¹⁷. En este caso, el Tribunal ha de responder a una cuestión prejudicial procedente de Austria –como en tantas otras ocasiones en esta materia–. El Tribunal responde a la cuestión indicando que una modificación de un contrato es sustancial cuando amplía el contrato a servi-

14 GARCÉS SANAGUSTÍN, M., “El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos”, en L. Parejo Alfonso y A. Palomar Olmeda (dirs.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 67-139, p. 67.

15 VÁZQUEZ MATILLA, FJ., “La modificación de los contratos públicos: un obstáculo para la transparencia y la eficiencia”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, Monográfico, 2013, p. 4.

16 STJ de 29 de abril de 2004, C-496/99 P, *As. Comisión de las Comunidades Europeas c. CAS Succhi di Frutta SpA*, Ponente: R. Schintgen, Abogado General: S. Alber, recurso de casación interpuesto contra una Sentencia del Tribunal General.

17 STJ de 19 de junio de 2008, C-454/06, *As. Presstext Nachrichtenagentur GmbH c. Republik Österreich*, Ponente: J.N. Cunha Rodrigues, Abogado General: J. Kokott, cuestión prejudicial planteada por el *Bundesvergabeamt* de Austria.

cios inicialmente no previstos en gran medida y se cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario de una forma no prevista inicialmente.

c) *As. Wall AG c. Municipio de Fráncfort del Meno*¹⁸. En esta Sentencia se resuelven las dudas planteadas por un órgano judicial alemán mediante una cuestión prejudicial. Se trata, una vez más, de analizar si la modificación introducida en un contrato sometido a las reglas europeas es o no conforme al Derecho europeo. El Tribunal contesta que se produce una modificación sustancial cuando se recurre a un subcontratista y no a otro y ello era determinante en la celebración del contrato.

Con base en las Sentencias reseñadas – que condensan la doctrina jurisprudencial en torno a la modificación de los contratos públicos –, puede afirmarse que el Tribunal entiende que se requiere un nuevo procedimiento de adjudicación porque se introducen diferencias sustanciales en las condiciones de un contrato cuando: *a) las nuevas condiciones amplían el contrato en gran medida, b) modifican su equilibrio económico o c) introducen condiciones que habrían llevado a participar a otros licitadores*¹⁹. En esos casos, cuando la modificación del contrato es sustancial se produce *de facto* una adjudicación. Estos criterios, por supuesto, no ofrecen un régimen jurídico completo en torno a la modificación de los contratos públicos. Pero constituyen una buena guía de los criterios que, en los casos presentados, han llevado a declarar ilegal una modificación²⁰. De esos criterios puede deducirse la actitud del Tribunal frente a las novaciones contractuales y la clara proyección de los principios de la contratación pública sobre este momento de la vida del contrato.

El objetivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es, entonces, dilucidar caso por caso, los criterios materiales que permiten controlar la modificación de los contratos públicos para evitar que se vulneren de forma sobrevenida las reglas de la adjudicación que dio lugar al contrato modificado o que se adjudiquen contratos nuevos presentándolos como una modificación de un contrato preexistente. El Tribunal de Justicia trata, así, de identificar los supuestos en que una actuación debe someterse a las reglas de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación propias de la fase de selección del contratista. Dicho de otro modo, *el Tribunal elabora los criterios que ayudan a decidir cuándo “algo” debe hacerse con las garantías propias de una adjudicación*. El concepto que ayuda a reunir esos supuestos es el de una “modificación sustancial” del contrato. Y las consecuencias que se anudan a su constatación son coincidentes en todos los casos: la ilegalidad de la modificación puesto que el cambio introducido exigía la realización de una *nueva adjudicación* (si son un nuevo contrato) o una *adjudicación distinta* (si en realidad se quiere alterar *ex post* el contrato inicialmente adjudicado)²¹. Luego, la jurisprudencia del Tribunal establece los parámetros

18 STJ de 13 de abril de 2010, C-91/08, *As. Wall AG c. Municipio de Fráncfort del Meno*, Ponente: J.N. Cunha Rodrigues, Abogado General: Y. Bot, cuestión prejudicial planteada por el *Landgericht Frankfurt am Main* de Alemania.

19 GARCÉS SANAGUSTÍN, M., “El nuevo...”, cit., p. 80. En torno a esta jurisprudencia, ver el Informe 3/2009, de 15 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

20 En otro sentido, Francisco Javier VÁZQUEZ MATILLA considera que los pronunciamientos judiciales europeos constituyen “una verdadera legislación europea sobre la modificación del contrato” (“La modificación...”, cit., p. 4).

21 En Derecho alemán se diferencia de forma muy ilustrativa entre modificaciones que deben someterse a una nueva lic-

que permiten determinar si hay que resolver el contrato y adjudicar un nuevo contrato o si es conforme a Derecho modificar el contrato ya existente. *A contrario*, cuando no se afecte ninguna condición esencial de la licitación y en la documentación se prevea de forma clara, precisa e inequívoca, no habrá vulneración de los principios europeos y, por tanto, la modificación será conforme a Derecho²². Esta diferencia entre modificaciones previstas e imprevistas es fundamental, puesto que los cambios contemplados en la documentación que rija la licitación no supondrán *a priori* ninguna amenaza para la competencia entre los operadores económicos que puedan estar interesados en el contrato.

B) Las Directivas en materia de contratación pública

Hasta ahora, las Directivas en materia de contratación pública no habían contenido ninguna previsión en torno a las modificaciones contractuales. Sin embargo, las Directivas de contratación pública aprobadas en 2014 sí incluyen reglas dedicadas a la modificación de los contratos públicos. La explicación detallada de la propuesta de la Directiva 24/2014/UE señalaba que: “[l]a modificación de los contratos durante su período de vigencia se ha convertido en una cuestión cada vez más pertinente y problemática para los profesionales. Se incluye una disposición específica sobre la modificación de los contratos que incorpora las soluciones básicas desarrolladas por la jurisprudencia y ofrece una solución pragmática para tratar las circunstancias imprevistas que exigen la adaptación de un contrato público durante su período de vigencia”. Esa disposición específica es el actual artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE que regula la “[m]odificación de los contratos durante su vigencia”.

El contenido del artículo 72 positiviza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conforme a la cual una modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público se considerará una nueva adjudicación y requerirá un nuevo procedimiento de contratación. Una vez introducido el concepto de “modificación sustancial” y la consecuencia anudada a su concurrencia – la apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación –, el legislador europeo se preocupa de determinar qué ha de entenderse por una modificación sustancial del contrato. Conforme al apartado 4 del artículo 72, se produce una modificación sustancial del contrato cuando el resultado es un contrato “sustancialmente diferente del celebrado en un principio”. Dada la vaguedad relativa de esa definición, la Directiva señala cuatro casos en los que la modificación es sustancial: a) que se introduzcan condiciones que, de haberse previsto inicialmente, habrían llevado a participar a otros licitadores o a seleccionar a otro adjudicatario; b) que se modifique el equilibrio económico del contrato beneficiando al contratista; c) que se amplíe el ámbito del contrato considerablemente para prever prestaciones no previstas inicialmente; y d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el

itación (*ausschreibungspflichtige Vertragsveränderungen*) de aquellas que pueden llevarse a cabo sin necesidad de someterse de nuevo a la concurrencia entre los potenciales licitadores.

22 GARCÉS SANAGUSTÍN, M., “El nuevo...”, cit., p. 90.

poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).

A continuación, una vez identificados los criterios que permiten calificar como sustancial una modificación contractual, la Directiva señala los *requisitos que permiten realizar modificaciones sustanciales sin necesidad de llevar a cabo un nuevo procedimiento de contratación*. Esos requisitos deben darse de forma cumulativa: a) que las circunstancias fueran verdaderamente imprevisibles por un poder adjudicador diligente; b) que no se altere la naturaleza global del contrato; y c) que el aumento del precio resultante de la modificación no sea superior al 50 por ciento del valor del contrato inicial. En la Directiva 2014/23/UE relativa a los contratos de concesión se contiene un régimen equivalente. La referencia a la diligencia del poder adjudicador en la previsión de las modificaciones debe valorarse con base en una serie de elementos, como los recursos disponibles, la naturaleza y características del proyecto, las buenas prácticas en el sector y la necesidad de mantener una proporción adecuada entre los recursos destinados a preparar la adjudicación y su valor previsto²³. *El legislador europeo se interesa, así, únicamente por las modificaciones imprevistas en los pliegos y que introduzcan modificaciones favorables para el contratista* – esto es, al alza, porque mejoren el precio o introduzcan nuevas prestaciones que alteran la naturaleza del contrato –.

a) La razón por la que se preocupa únicamente de las modificaciones imprevistas está en que son las únicas que pueden suponer un peligro para la competencia en la adjudicación del contrato. *Las modificaciones previstas se habrán tenido en cuenta para determinar el tipo de procedimiento de adjudicación* y habrán permitido a los licitadores interesados valorar adecuadamente el tipo de contrato ofertado por el ente adjudicador.

b) Por otro lado, el legislador europeo solo se interesa por las modificaciones que introduzcan cambios al alza en el precio o que desnaturalicen el contrato inicial. En estos supuestos se presentan dos escenarios probables. En primer lugar, puede que se introduzcan nuevas prestaciones, que quizás deban ser objeto de una nueva adjudicación independiente del contrato originario. En segundo lugar, puede que se aumente el precio del contrato o se cambien de forma radical las prestaciones previstas para redefinir la prestación realmente querida por el poder adjudicador, que previamente se había encubierto con el fin de someter la licitación a unas reglas de concurrencia, transparencia y publicidad menos exigentes. Pues bien, *en ambos casos, tanto si la modificación introduce una nueva prestación complementaria imprevista, como si reconduce el objeto del contrato y su precio a lo verdaderamente querido por el poder adjudicador, se burlan las reglas de la competencia*. Potenciales licitadores interesados en realizar la nueva prestación o en haber concurrido en su día a la licitación por el contrato, resultan perjudicados por esas decisiones. Esa es la razón que justifica el interés del legislador europeo por estas modificaciones y no otras. Las posibles modificaciones del contrato a la baja, que puedan perjudicar al contratista, no afectan a la

23 GIMENO FELIÚ, J.M., “Las nuevas Directivas – cuarta generación – en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en la compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 159, 2013, pp. 39-106.

competencia; sin perjuicio de su clara repercusión sobre el equilibrio económico del contrato y la posición patrimonial del adjudicatario. Por ese motivo no son objeto de la regulación europea. Una vez más, puede observarse cómo los destinatarios de la protección del Derecho europeo son los licitadores y no el contratista. Esta es la consecuencia de su finalidad, la garantía del Mercado Interior, que debe servir como parámetro de interpretación de todas las reglas de la contratación pública a nivel europeo.

Junto a la regulación sustantiva de las modificaciones contractuales, el art. 72.1 *in fine* de la Directiva 2014/24/UE incluye la obligación de publicar en el DOUE las modificaciones imprevistas en los pliegos que cumplen con los requisitos establecidos por el legislador europeo y que, por tanto, no deben ser objeto de un procedimiento autónomo de adjudicación. *La obligación de publicidad no se extiende, por tanto, sobre todos los modificados contractuales, sino solo a aquellos que no estaban previstos en la documentación contractual.* Si la modificación estaba prevista en los pliegos no se exige la publicación en el DOUE, ya que el riesgo de que la modificación constituya una alteración sustancial del contrato es menor. El Derecho europeo introduce mayores garantías, por tanto, únicamente en los casos que se consideran potencialmente más peligrosos. Es importante tener en cuenta esta perspectiva a la hora de interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho europeo, puesto que las garantías de publicidad sobre los modificados no se prevén con carácter general para todos ellos.

3. Las exigencias del Derecho español: límites al “*ius variandi*” y a la autonomía de la voluntad de las partes

La incipiente regulación europea en materia de modificación de contratos públicos exige un claro esfuerzo de adaptación por parte del ordenamiento jurídico español. De hecho, a la vista de la regulación de los modificados contractuales establecida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la Comisión se dirigió a España – mediante el Dictamen motivado de 2 de diciembre de 2008 –. Entendía que *el régimen de modificación de los contratos administrativos podía contrariar los principios rectores de la contratación pública europea*²⁴. La reacción a este requerimiento fue la reforma, años después, de la LCSP a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES) con el fin de introducir un nuevo régimen de la modificación de los contratos públicos. Ello no supuso, sin embargo, la desaparición del privilegio administrativo del *ius variandi* en determinados contratos. En seguida se expone el núcleo de la nueva regulación y su relación con las exigencias europeas.

A) El “*ius variandi*” en los contratos administrativos

El Libro IV del TRLCSP, dedicado a regular los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, introduce un Capítulo IV dedicado a la modificación de los contratos, que rige con carácter general para todos los contratos administrativos. El artículo 219 TRLCSP contiene el núcleo de la regulación, que establece requisitos

²⁴ PUERTA SEGUIDO, F., “El régimen...”, cit., pp. 492 y ss.

sustantivos y procedimentales para llevar a cabo una modificación de un contrato administrativo:

a) Desde un punto de vista sustantivo, establece que *la modificación solo puede llevarse a cabo por razones de interés público* y en los supuestos previstos en el Capítulo V del Libro I – que se analizan a continuación –. De este modo, a los requisitos propios de las modificaciones que rigen para todos los contratos del sector público (arts. 105 y ss. TRLCSP) se añade siempre la condición de que exista un interés público que justifique la modificación. Si concurren ambos requisitos, la modificación impuesta por la Administración es obligatoria para el contratista²⁵. Se reconoce, así, la potestad administrativa del *ius variandi*, aunque sometida a intensos condicionamientos legales.

b) Junto a los requisitos sustantivos, el legislador obliga a la Administración a someterse a una serie de *exigencias procedimentales ligadas a la modificación de los contratos* regulado en el artículo 211 TRLCSP. Esas exigencias se centran en: a) la audiencia al contratista; b) la emisión de un informe del Servicio Jurídico correspondiente – en los contratos celebrados por entes de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entes públicos estatales y Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social –; y c) un informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente si el contratista formula oposición y las modificaciones afectan a más del 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuyo valor sea superior a 6.000.000 de euros. Por último, el legislador señala que los acuerdos de modificación adoptados por el órgano de contratación ponen fin a la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos. Junto a estas exigencias para llevar a cabo la modificación, se establece que su formalización se realizará con base en lo dispuesto en el artículo 156 TRLCSP, que regula la formalización de los contratos de las Administraciones Públicas.

B) Los límites a la modificación de los contratos públicos – administrativos y privados –

Además de la regulación de la posibilidad de modificación unilateral de los contratos administrativos, el TRLCSP recoge en su Título V del Libro I una serie de límites que afectan a las modificaciones de todos los contratos del sector público. Esta es la regulación introducida por la LES para adaptar la legislación española a las exigencias europeas²⁶. La regulación se estructura en cuatro preceptos: el primero prevé los supuestos en que puede llevarse a cabo la modificación del contrato (art. 105 TRLCSP); a continuación se regulan las posibles modificaciones previstas (art. 106 TRLCSP) e imprevistas (art. 107 TRLCSP); por último, se establece un procedimiento para llevar a cabo la modificación (art. 108 TRLCSP). El legislador pretende abarcar todos los posibles supuestos de modificación. Excluye los supuestos de sucesión en la persona del contratista, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, así como los

25 Una visión matizada sobre la caracterización de las prerrogativas de la Administración en su actividad contractual, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El contrato...*, cit., pp. 271 y ss.

26 MEDINA ARNÁIZ, T., “Observatorio de la actividad de los órganos consultivos en materia de contratos públicos”, en J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 179-309, p. 264.

casos en que se adicionen prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas. A continuación prevé que el contrato podrá modificarse si está previsto en los pliegos o, cuando no esté previsto, conforme a una serie de justificaciones previstas en el TRLCSP. Si el supuesto no encaja en ninguno de estos casos, es preciso resolver el contrato y celebrar uno nuevo²⁷.

Sin entrar en detalles, hay que destacar que las *modificaciones previstas* deberán estar detalladas en los pliegos *de forma clara, precisa e inequívoca*, con base en criterios objetivos, indicando su alcance y límites, el porcentaje del precio máximo al que pueden afectar – al alza o a la baja – y el procedimiento a seguir para llevarlas a cabo (art. 106 párr. 1º TRLCSP). El legislador quiere que los licitadores puedan valorar las modificaciones a la hora de formular sus ofertas (art. 106 párr. 2º TRLCSP). Por otro lado, las *modificaciones imprevistas* solo caben si concurre alguna de las *circunstancias tasadas* en el art. 107.1 TRLCSP, que aluden a supuestos en que se pone de manifiesto la inadecuación de la prestación por circunstancias que no pudieron preverse con anterioridad – como fuerza mayor o caso fortuito, progresos acontecidos con posterioridad, causas objetivas que se manifiestan sobrevenidamente, etc. –. Como límite general a las modificaciones imprevistas se prevé la afectación a las condiciones esenciales de la licitación y la adjudicación, así como su proporcionalidad en relación con la causa objetiva que justifique su realización (art. 107.2 TRLCSP). El legislador prevé una serie de supuestos en los que se entiende que se afecta a las condiciones esenciales (art. 107.3 TRLCSP): cuando se altera la prestación inicial o la relación entre precio y prestación, cuando se afecta a más del 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato, cuando se requería una habilitación profesional o condiciones de solvencia distintas y, en general, cuando se haberse conocido la modificación, podrían haberse presentado otros licitadores o haberse cambiado la oferta por los que efectivamente participaron.

La regulación expuesta supone una clara limitación de la capacidad de modificación de los contratos públicos. Puesto que la modificación de los contratos administrativos se asocia tradicionalmente en nuestro Derecho con el ejercicio del “*ius variandi*” de la Administración, la introducción de estos límites se ha interpretado como una limitación a esta potestad administrativa. Ahora bien, la potestad está limitada allí donde fuera aplicable, esto es, en los contratos administrativos *ex* artículo 219 TRLCSP. En el resto de casos, en los contratos privados – con independencia de la naturaleza jurídica del ente que los celebre – no existe una potestad administrativa de modificación de los contratos²⁸. En esos casos, rige el Derecho civil que prevé la modificación de los contratos privados por el acuerdo de las partes (art. 1203 CC)²⁹. Como se ha visto, el legislador circunscribe ese privilegio a los contratos administrativos [§ 20 a)]. Por supuesto, los contratos podrán modificarse con las condiciones que se prevean en los

27 Sobre las causas de modificación, en detalle, BERNAL BLAY, M.Á., “Reflexiones sobre...”, cit., pp. 180 y ss.; PUERTA SEGUIDO, F., “El régimen...”, cit., pp. 496 y ss.

28 De forma muy clara en este sentido, COLÁS TENAS, J., “La reforma...”, p. 267; también en esa línea, CALVO RUATA, P., “La zozobra...”, cit., pp. 374-375.

29 GARCÉS SANAGUSTÍN, M., “El nuevo...”, cit., pp. 71-72.

pliegos – tanto si tienen naturaleza administrativa como privada³⁰ –, pero no supondrá el ejercicio de una potestad administrativa exorbitante. *Las limitaciones introducidas a la posibilidad de modificar los contratos no está encaminada a constreñir el privilegio administrativo, sino simplemente a evitar que por la vía de la modificación de los contratos se vulneren, de forma sobrevenida, las normas de selección del contratista.* Esta es la interpretación de la normativa que tiene como función adaptarse a las exigencias provenientes de las instancias europeas. Por esa razón, no parece que sea correcto interpretar que al extender los límites de las modificaciones a los contratos privados, el *ius variandi* se proyecte sobre ellos. Los límites de la modificación de los contratos no buscan limitar la potestad administrativa, sino garantizar que las condiciones de adjudicación del contrato se respetan hasta que finalice su ejecución. La limitación del privilegio administrativo es, así, una consecuencia adyacente de una medida que persigue una finalidad distinta porque tiene su origen en un contexto jurídico (europeo) diferente (del nacional). De hecho, la Abogacía General del Estado en 2004 ya entendía que no se justificaba la inaplicación de las limitaciones a las modificaciones contractuales de contratos privados, cuando su adjudicación se sometía a reglas especiales de publicidad y concurrencia³¹.

Como resultado, la nueva regulación de modificación de los contratos del sector público pone de manifiesto la inidoneidad e insuficiencia de los *conceptos de contrato administrativo y contrato privado* en esta materia³². Esta distinción *no es útil en un contexto normativo que debe interpretarse en clave europea*. Lo relevante es que el contrato esté sometido a unas reglas especiales de adjudicación o no. Y en el Derecho nacional, ese contrato podrá ser administrativo o privado. En ese sentido, cuando se regula la modificación de los contratos conforme al Derecho europeo, se busca justamente ampliar las garantías de que el contrato se adjudique correctamente. Por eso afecta a todos los contratos europeizados en mayor o menor medida. Esa regulación de los modificados nada tiene que ver con la finalidad de la regulación de los modificados que era tradicional en Derecho español. No coinciden, una vez más, los círculos de aplicación de la normativa europea y nacional.

C) Las garantías procedimentales asociadas a la modificación de los contratos públicos

Junto a la regulación sustantiva de la modificación de los contratos públicos, el TRLCSP introduce una serie de *garantías formales, de tipo procedimental, para la modificación de todos los contratos públicos* (art. 108 TRLCSP). Si las modificaciones estaban previstas en los pliegos se tramitarán conforme al procedimiento que se haya especificado. Si las modificaciones eran imprevistas, solo se prevé un trámite de audiencia al redactor del proyecto si no coincidiera con el órgano de contratación. Por supuesto, estas

30 En ese sentido, MEILÁN GIL, J.L., señala que no se ejerce potestad administrativa cuando las modificaciones están previstas en los pliegos (*La estructura...*, cit., p. 246).

31 Dictamen de 29 de octubre de 2004. Al respecto, GARCÉS SANAGUSTÍN, M., “El nuevo...”, cit., p. 74.

32 Miguel PARDO GONZÁLEZ denuncia la desnaturalización de la idea de contrato privado, como consecuencia de la aplicación de las reglas de modificados a contratos administrativos y privados (“Las fuentes...”, cit., p. 47).

exigencias se acumulan a las previstas para los contratos administrativos que se han expuesto con anterioridad [§ 20 a) y b)].

El TRLCSP no prevé, sin embargo, ninguna regla en torno a la publicidad de las modificaciones contractuales, como sí hará con toda probabilidad la nueva Directiva de contratación pública [ver más arriba § 14]. Esa obligación de publicidad sí se incluye en el Anteproyecto de Ley de Transparencia, que en su artículo 6 prevé la publicidad de los modificados. Ahora bien, en el Derecho vigente solo se obliga a dar publicidad a los modificados en algunas Comunidades Autónomas. La Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega obliga a publicar en la web del órgano de contratación la información “sobre las modificaciones del contrato adjudicado que supongan un incremento igual o superior al 20 por ciento del precio inicial del contrato y éste sea superior a 1.000.000 €”. También la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena Administración y el buen gobierno de las *Illes Balears* (art. 19.2 f) obliga a publicar en el perfil de contratante “las modificaciones del contrato adjudicado que representen un incremento igual o superior al 20 por ciento del precio inicial del contrato, si procede”. En Aragón, la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas fiscales y administrativas regula la “Publicidad de lo modificado”, que incluye la publicación de los modificados en el Boletín correspondiente y la notificación a los licitadores que participaran en el procedimiento de adjudicación. Y, por último, recientemente, la Ley 1/2012, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de Extremadura (artículo 40), obligaba a publicar en Internet los contratos menores, las modificaciones contractuales y los contratos complementarios. En estos casos, la obligación de publicidad va más allá de las exigencias europeas. El Derecho europeo parte de una perspectiva de economía procedimental proyectando especiales garantías de publicidad solo en los casos potencialmente más problemáticos³³. Por el contrario, a nivel nacional, la publicidad de los modificados se ha proyectado sobre un espectro mucho más amplio de posibles modificaciones contractuales.

BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J.M., “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, *Anuario del Gobierno Local*, n. 1, 2012.
- BERNAL BLAY, M.A., “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

³³ Una opinión distinta sostiene el Profesor GIMENO FELIÚ que entiende que el Derecho europeo proyecta sus garantías de forma expansiva sobre todas las fases de la contratación y, por tanto, sobre todos los modificados (“Las nuevas...”, cit., pp. 56 y ss.).

- CALVO MIRANDA, J.L. y PANADÉS ANDREU, S., “Modificación de los contratos”, J. Bermejo Vera (dir.) y M.Á. Bernal Blay (coord.), *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009.
- CALVO RUATA, P., “La zozobra de la modificación de contratos públicos. ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, n. 3, 2012.
- COLÁS TENAS, J., “La reforma de la legislación de contratos públicos en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos públicos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 153, 2012.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M., “El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos”, L. Parejo Alfonso y A. Palomar Olmeda (dirs.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012.
- GIMENO FELIU, J.M., “Las nuevas Directivas – cuarta generación – en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en la compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 159, 2013.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003.
- HORGUÉ BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- HUERGO LORA, A., “Los contratos del sector público: aspectos generales y elementos estructurales”, T. Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo, Tomo III, La Actividad de las Administraciones Públicas, Volumen I, La forma*, Iustel, Madrid, 2009.
- MEDINA ARNÁIZ, T., “Observatorio de la actividad de los órganos consultivos en materia de contratos públicos”, en J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*, Iustel, Madrid, 2008.
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3ª ed., La Ley, Madrid, 2011.
- PARDO GONZÁLEZ, M., “Las fuentes de la contratación pública y las perspectivas de futuro inmediato”, L. Parejo Alfonso y A. Palomar Olmeda (dirs.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012.
- PUERTA SEGUIDO, F., “El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “La modificación de los contratos públicos: un obstáculo para la transparencia y la eficiencia”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, Monográfico, 2013.

LA NUEVA CONTRATACIÓN PÚBLICA. “COMPRA PÚBLICA INNOVADORA. EN PARTICULAR, LAS CENTRALES DE COMPRAS”¹

FRANCESCA DI LASCIO

Professore Aggregato di Diritto Amministrativo

Università di Roma Tre

I. La centralizzazione degli acquisti come strumento di razionalizzazione delle risorse pubbliche

È ormai consolidato che il volume della spesa per beni e servizi effettuata dalle amministrazioni pubbliche interessa un considerevole quantitativo di risorse, ragione per cui è spesso inclusa tra gli ambiti sottoposti a procedure di controllo sui costi degli apparati amministrativi². Basti pensare che l'incidenza sul volume di spesa pubblica della contrattazione ammonta a circa il 13% del PIL e al 29% della spesa pubblica in totale nei paesi della zona euro³.

In tal senso, non pare errato affermare che, nel complesso, l'ambito materiale degli appalti pubblici rappresenta una leva importante delle politiche economiche e di bilancio statali⁴, che assume una rilevanza ancora più evidente in questa fase storica nella quale la crisi economico-finanziaria ha imposto ingenti e improcrastinabili sforzi di riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica. In particolare, il coinvolgimento dei debiti sovrani verificatosi nella seconda fase della congiuntura economica negativa ha comportato una forte riduzione delle risorse stanziare per sostenere le politiche anticicliche di ripresa economica, e i governi degli Stati europei maggiormente coinvolti

1 Lo scritto costituisce una rielaborazione, ampliata ed aggiornata, del contributo “Le centrali di committenza”, apparso in MASSARI, A. (a cura di), *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Maggioli, Rimini, 2014.

2 Lo sottolineano, ad esempio, ALBANO, G.L. e SPARRO, M., “Flexible Strategies for Centralized Public Procurement”, in *Rev. Ec. In.*, vol. 1, n. 2, 2010 (reperibile in www.rei.unipg.it), pp. 1-2. In generale, sul tema si veda D'ALTERIO, E., *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2015.

3 A riguardo, vedi OCSE, *Government at glance*, 2013, pp. 130 e ss.

4 Come evidenziato nella segnalazione AVCP, 4 luglio 2013, n. 2, p. 9 (reperibile su www.avcp.it).

(tra cui vi è l'Italia) si sono trovati nella condizione di applicare tagli ai programmi di spesa e di investimento, varando al contempo riforme mediante cui ridurre le risorse impiegate per garantire il funzionamento degli apparati amministrativi⁵.

A questo quadro si sono aggiunti, gli obblighi derivanti dall'approvazione del c.d. Fiscal compact, che ha imposto il rispetto di nuove regole vincolanti in relazione al pareggio di bilancio, alla garanzia di un certo limite di deficit strutturale e ad una significativa riduzione del debito pubblico⁶.

In tale contesto, il Governo italiano si è impegnato di fronte alle istituzioni europee per l'adozione di politiche e processi volti alla creazione di condizioni strutturali utili alla crescita e alla risoluzione delle difficoltà economiche e finanziarie⁷. Ha così adottato misure e strumenti, contenuti (principalmente ma non solo) nei due decreti sulla spending review adottati dal Governo Monti e specifiche previsioni dedicate agli acquisti pubblici⁸. Tale settore, infatti, è stato individuato come uno degli ambiti di intervento dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 3 maggio 2012, definita sulla base dei risultati evidenziati nel rapporto "Elementi per una revisione della spesa pubblica". La direttiva, recante "Indirizzi operativi ai fini del contenimento della spesa pubblica" (G.U. n. 170 del 23 luglio 2012), ha previsto la necessità di una riduzione delle uscite per un ammontare di 4,2 miliardi di euro in relazione all'anno 2012 e il concorso, a tale obiettivo, di tutte le amministrazioni pubbliche.

5 A riguardo, NAPOLITANO, G., *Crisi economica e ruolo del diritto amministrativo*, 4, relazione discussa al XIX Congreso Italo Español de profesores de derecho administrativo "Crisis económica y crisis del estado del bienestar. El papel del derecho administrativo", Madrid, 18-20 ottobre 2012. Per un quadro delle misure adottate da altri Paesi europei, lo stesso Autore rinvia al dossier da lui curato "La crisi del debito sovrano e le misure di «riduzione dello Stato»", in *Gior. Dir. Amm.*, n. 12, 2010, pp. 1303 e ss.

6 In Italia, il vincolo del pareggio di bilancio è stato recepito attraverso la revisione operata dalla legge n. 1/2012, che ha modificato quattro articoli della Costituzione (81, 97, 117 e 119) e ha dettato le regole per l'approvazione di una nuova "legge di contabilità", destinata a fare da quadro di riferimento per le decisioni di bilancio degli enti costitutivi della Repubblica. Il provvedimento (il cui contenuto è definito, congiuntamente, sulla base dei principi di cui all'art. 81 della Costituzione e all'art. 5 della legge costituzionale n. 1/2012) è stato approvato, anticipando la scadenza del 28 febbraio 2013, con la legge n. 243/2012 che reca, appunto, disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi del novellato art. 81, co. 6, della Costituzione. L'applicazione delle nuove norme decorrerà dall'esercizio finanziario del 2014 (ma l'Italia si è impegnata con l'Unione europea a raggiungere il "pareggio strutturale" del bilancio entro la fine del 2013). Sul tema, vedi MORRONE, A., "Pareggio di bilancio e stato costituzionale", in *Rivista AIC*, n. 1, 2014; BERGO, M., "Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi", in *Federalismi.it*, n. 6, 2013; CANAPARO, P., "La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio e il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica", in *Federalismi.it*, n. 13, 2012; NAPOLITANO, G., "Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione", e PÉREZ, R., "Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal compact", in *Gior. Dir. Amm.*, n. 5, 2012, pp. 461 e ss., e pp. 469 e ss.; MORGANTE, D., "La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio", in *Federalismi.it*, n. 14, 2012.

7 In proposito, vedi la lettera del Presidente del Consiglio indirizzata all'Unione Europea del 26 ottobre 2011 e il conseguente Report *Addressing Italy's high-debt/low-growth challenge* del 29 novembre 2011, con cui il Commissario europeo agli Affari economici, in collaborazione con la Banca Centrale Europea, aveva provveduto ad una valutazione della situazione italiana.

8 Si fa qui riferimento al d.l. n. 52/2012 (convertito nella l. n. 94/2012) e al d.l. n. 95/2012 (convertito nella l. n. 135/2012), su cui si vedano, rispettivamente, AA.VV., "Le nuove misure di controllo della spesa pubblica", in *Gior. Dir. Amm.*, n. 10, 2012, pp. 917 e ss., (in particolare, DI FOLCO, M., *Gli acquisti pubblici e gli appalti*, pp. 923 e ss.) e AA.VV., "Il decreto «spending review»", in *Gior. Dir. Amm.*, n. 12, 2012, pp. 1161 e ss. Una ricostruzione sintetica di tutti i provvedimenti dedicati dal Governo Monti a tale processo è contenuta in MAZZANTINI, G., "La lunga strada della spending review", in AA.VV., "Il decreto «spending review»", cit., pp. 1163 e ss.

Nel settore degli appalti pubblici, il provvedimento ha fatto riferimento, in particolare, alla “riduzione in termini monetari della spesa per acquisto di beni e servizi anche...attraverso una più adeguata utilizzazione delle procedure espletate dalle centrali di acquisto”. Nel documento si è stimata, in particolare, la sussistenza di una quota di spesa “aggregabile”, attraverso il processo di spending review, di circa 295 miliardi di euro di cui ben 135 relativi all’approvvigionamento di beni e servizi⁹.

Sul tema, è tornato peraltro il decreto legge 24 aprile 2014 n. 66, recante “Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale”, con cui si è avviato un secondo processo di revisione e riduzione della spesa pubblica. Il provvedimento, infatti, chiama nuovamente in causa il settore degli acquisti pubblici prevedendo una riduzione della spesa per l’acquisto di beni e servizi pari a 2.100 milioni di euro per il 2014 e per il 2015, con una quota ripartita in egual misura tra tre comparti (regioni e province autonome; province, città metropolitane e comuni; amministrazioni statali)¹⁰.

Nell’ambito del contesto sommariamente descritto, la centralizzazione delle procedure di appalto è da tempo indicata quale processo in grado di favorire efficacemente non solo la riduzione ma anche il controllo della risorse pubbliche impiegate¹¹. Gli argomenti a sostegno di tale affermazione sono numerosi.

Tra i più significativi si segnala la realizzazione di economie di scala quale conseguenza del più ampio volume dell’oggetto di appalto, da cui discende sia la riduzione di prezzo dei beni acquistati, sia l’offerta di servizi a costi minori¹².

Ma la centralizzazione ha anche la capacità di ridurre il numero di entità organizzative coinvolte nell’esercizio della funzione amministrativa e, così facendo, porta a diminuire il costo del controllo sulla regolarità formale delle procedure nonché ad accrescere l’efficacia dei controlli interni. I centri di responsabilità, infatti, sono più chiaramente individuati e questo può favorire anche la prevenzione di fenomeni corruttivi e di mal amministrazione¹³. Appare, peraltro, significativo l’ampliamento dei possibili strumenti applicabili nell’ambito delle procedure di aggiudicazione, disposto sia dalle nuove direttive comunitarie, sia, in precedenza, dal decreto legislativo n. 163/2006, che

9 Vedi pp. 20-21 del c.d. Rapporto Giarda (in www.camera.it/temi/ap/Revisione_spesa_Rapporto%20Giarda%208%20maggio%202012.pdf). Un dettaglio della ripartizione di spesa tra i livelli di governo è contenuto nella tabella n. 9. Fa riferimento ai dati riportati anche MACRI, M., “Il nuovo sistema di acquisti di beni e servizi”, in *Gior. Dir. Amm.*, n. 12, 2012, p. 1167.

10 Così stabilisce l’art. 8 del decreto legge n. 66/2014.

11 In proposito si veda, ad esempio, FIORENTINO, L., “Le spese di funzionamento delle pubbliche amministrazioni”, in *Gior. Dir. Amm.*, n. 4, 2013, in specie pp. 353 e 355.

12 Vedi in proposito OECD, *Centralised purchasing systems in the European Union*, Sigma papers, 2010, p. 47; OECD Publishing (in www.oecd-ilibrary.org/governance/centralised-purchasing-systems-in-the-european-union_5kgk-gqv703xw-en), pp. 17-19. Ma anche nel citato Rapporto Giarda si è sostenuto che “le procedure di acquisto della pubblica amministrazione possono essere profondamente innovate al fine di portare a prezzi di acquisto relativamente uniformi sul territorio” (p. 5).

13 Sul rapporto tra corruzione e appalti pubblici vedi, in generale, RACCA, G.M., “La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)”, in B.G. Mattarella e M. Pelissero (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 125 e ss.; DI CRISTINA, F., “La corruzione negli appalti pubblici”, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 1, 2012, pp. 177 e ss.; SANDULLI, M.A. e CANCRINI, A., “I contratti pubblici”, in F. Merloni e L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010, pp. 437 e ss.

fanno riferimento alle centrali di committenza. In tal modo, viene, infatti, favorita una maggiore apertura concorrenziale e una più ampia flessibilità operativa in relazione ai singoli settori di interesse¹⁴.

Infine, la centralizzazione può essere veicolo di stimolo per l'innovazione delle imprese che partecipano alle procedure e, nel complesso, per i relativi mercati di riferimento¹⁵. Le decisioni assunte dalle centrali di committenza, infatti, determinando i livelli di qualità e di prezzo con riferimento ad ampie categorie merceologiche, sono in grado di indirizzare, in questi comparti, anche le scelte effettuate da amministrazioni non aggregate¹⁶.

Il ricorso a forme di centralizzazione, tuttavia, se male concepito (come accaduto in Italia nella prima fase di introduzione del sistema Consip¹⁷), può stimolare la formazione di intese restrittive della concorrenza nonché contribuire a generare effetti distorsivi sull'attività delle piccole e medie imprese. Il problema è, d'altronde, ora espressamente considerato anche nel diritto europeo: il punto 59 delle premesse della direttiva 2014/24/UE precisa invero che "l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI"¹⁸.

Queste conclusioni, che tendono maggiormente a verificarsi laddove le procedure di aggregazione impongono alle imprese di possedere una organizzazione nazionale o, addirittura, multinazionale oppure, ancora, richiedono requisiti di capacità non necessari, possono essere evitate se, nella costruzione del sistema di centralizzazione, si tiene conto delle differenti condizioni di mercato di ciascun settore interessato. Così,

14 Come suggerito da VANNUCCI, A., "Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione", in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 294.

15 Lo sostiene RACCA, G.M., "Professional Buying Organisations, Sustainability and Competition in Public Procurement Performance", paper discusso alla *IV International Public Procurement Conference, 2010*, Corea, par. 1 (in www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/18TransparencyAccountabilityinProcurement/Paper18-13.pdf).

16 Vedi ancora RACCA, G., "La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro", in *Foro Tar*, n. 7-8, 2010, p. 1744. Una più ampia discussione sugli argomenti in favore della centralizzazione degli acquisti pubblici è contenuta in OECD, *Centralised and Decentralised Public Procurement*, Sigma Papers, 2000, p. 29, OECD Publishing (in <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60w5dxr1-en>) (si vedano, in specie, p. 6-7). In merito, vedi anche DIMITRI, N., DINI, F. e PIGA, G., "When Should Procurement Be Centralized?", in N. Dimitri, G. Piga e G. Spagnolo (a cura di), *Handbook of Procurement: Auctions, Contracting, Electronic Platforms and Other Current Trends*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 47 e ss.

17 Per una ricostruzione del modello organizzativo adottato per gli acquisti pubblici dalla fine del 1800 all'avvio del sistema Consip, vedi ZUCCOLOTTI, S. e MINGANTI, L., "Evoluzione storica del processo di acquisto della pubblica amministrazione", in L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 47 e ss. Sul tema di recente vedi GASPARRI, W., "L'evoluzione della disciplina per la concentrazione della domanda di beni e servizi nell'amministrazione pubblica", in D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 11 e ss. Con specifico riferimento all'evoluzione di tale modello nel settore sanitario, si veda RACCA, G.M., "Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie", in A. Pioggia, M. Dugato, G. M. Racca e S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre la aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Fanco Angeli, Milano, 2008, pp. 264 e ss.

18 In proposito, NAPOLITANO, G. e ABBRESCIA, M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 96.

nel complesso, il sistema dovrebbe operare in modo da perseguire adeguati livelli di concorrenza tra le imprese¹⁹.

Ma, è bene sottolinearlo, proprio in questa direzione muove la previsione di cui all'art. 1, co. 2, del d.l. n. 95/2012 che ha modificato l'art. 1, co. 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006 sulla scia di quanto già previsto dall'art. 13, c. 5, della l. n. 180/2011 (c.d. Statuto delle imprese). La disposizione citata ha stabilito che "i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese" e, dunque, sono "illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale". L'imposizione di una necessaria e adeguata motivazione che giustifichi l'obbligo di un certo livello di fatturato per poter partecipare alla gara ha l'evidente finalità di concorrere a ribadire e rafforzare il principio di proporzionalità dei requisiti economico-finanziari nelle procedure di selezione del contraente²⁰.

Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici si inseriscono certamente nel solco di queste riflessioni. Una delle principali finalità che le stesse perseguono è, infatti, la semplificazione trasversale dei procedimenti amministrativi di evidenza pubblica. Questo obiettivo è, al contempo, di grande rilievo e di considerevole complessità, poiché si rivolge ad un ambito materiale dell'azione istituzionale che è in grado di incidere fortemente sull'impiego delle risorse pubbliche. Cioè particolarmente vero con riferimento al sistema italiano, che è caratterizzato da una regolazione puntuale e di dettaglio la quale, se da un lato riduce la discrezionalità delle stazioni appaltanti, mirando così a limitare l'attivazione di fenomeni corruttivi, dall'altro genera inevitabilmente un ampio contenzioso volto a sindacare i profili formali delle procedure che però, a sua volta, condiziona le fasi di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti²¹.

La semplificazione dell'attività contrattuale delle amministrazioni è perseguita attraverso l'impiego congiunto di numerosi strumenti, fra i quali un ruolo di spicco è riconosciuto proprio a quelli in grado di permettere l'aggregazione delle procedure pubbliche competitive e, dunque, la riduzione del numero delle stazioni appaltanti così come lo sviluppo di reti sovranazionali e lo svolgimento di gare aggregate transfrontaliere²².

19 A riguardo, CAVALLO PERIN, R. e RACCA, M.G., "La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici", in *Dir. amm.*, n. 2, 2010, pp. 350-351.

20 Per un più ampio inquadramento del modello centralizzato per gli acquisti pubblici nell'ambito delle tendenze che hanno modificato il tradizionale sistema degli appalti pubblici, vedi DELLA CANANEA, G., "Le alternative all'evidenza pubblica", in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Utet, Milano, 2007, in particolare p. 384 e pp. 396-403. Dello stesso Autore vedi, in precedenza, G. Della Cananea (a cura di), *I mercati dell'amministrazione. Le nuove procedure per l'acquisto di beni e servizi*, Ipsoa, Milano, 2005.

21 Vedi segnalazione AVCP 3 del 21 maggio 2014, p. 3 (reperibile in www.avcp.it).

22 Con riferimento all'ambito socio sanitario, muove in questa direzione, ad esempio, il progetto HAPPI - *Healthy Ageing Public Procurement of Innovations* (maggiori informazioni su www.happi-project.eu).

II. Le centrali di committenza nell'esperienza dei Paesi europei

In materia di centralizzazione, la direttiva 2014/24/UE dispone con logica non dissimile dalla direttiva 18/2004/CE. Questa, infatti, aveva, per espressa menzione, operato una presa d'atto della formula organizzativa considerata, rilevando come l'esistenza e il funzionamento di centrali di committenza in diversi Stati membri avesse comportato la concentrazione degli acquisti in capo a una sola amministrazione aggiudicatrice e, quindi, avesse prodotto "un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica" (considerando 15).

Nell'ambito considerato, il diritto europeo ha pertanto operato la presa d'atto di un modello giuridico già autonomamente utilizzato dagli Stati membri nell'esercizio della loro piena discrezionalità in merito sia alla scelta di decidere, a monte, se utilizzare o meno una centrale di committenza, sia rispetto alla definizione concreta della relativa forma giuridica e delle funzioni alla stessa assegnate. La direttiva 2014/24/UE, come vedremo, non si discosta da questa logica di fondo.

Può essere, quindi, di un certo interesse prendere in considerazione i tratti salienti di alcune delle principali esperienze europee in materia di centrali di acquisto, anche al fine di confrontarle con alcuni profili della regolazione nazionale in materia.

In merito, occorre preliminarmente considerare che, negli Stati europei dove operano una o più centrali di committenza, non è possibile ravvisarne un tipo unitario. Sussistono, al contrario, distinzioni in merito al modello giuridico e organizzativo prescelto (ufficio pubblico, agenzia, società per azioni, etc.), al livello territoriale interessato (centrali che operano a livello nazionale, regionale, infraregionale, etc.), ai settori merceologici di riferimento (sanità, informatica, etc.) ma anche agli strumenti di cui la centrale si avvale (accordi quadro, convenzioni, mercati elettronici, etc.)²³.

Tra i diversi sistemi, tuttavia, alcuni presentano una più lunga esperienza nell'uso di strutture istituzionali con funzione di centrali di committenza e, talvolta, nella strutturazione di accordi quadro complessi. Si tratta, in particolare, di Danimarca, Finlandia, Ungheria, Francia, Svezia e Regno Unito. Quest casi esempi che saranno presi in considerazione, principalmente, sotto tre profili: modello giuridico prescelto per la centrale di committenza, sua area di operatività rispetto ai diversi livelli territoriali di amministrazione e capacità di autofinanziamento²⁴.

In Danimarca opera dal 1994 la Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S (SKI), una società per azioni a totale partecipazione pubblica detenuta in maggioranza dal Ministero delle finanze e in minoranza dal Kommunernes Landsforening (un'au-

23 Le medesime distinzioni, peraltro, si rilevano con riferimento al sistema delle centrali di committenza regionali italiane. A riguardo, sia consentito rinviare a DI LASCIO, F., "Le centrali di committenza regionali", in L. Fiorentino (a cura di), *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella Repubblica federale*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 135 e ss.

24 I casi qui riportati sono tratti da OECD, *Centralised purchasing systems in the European Union*, Sigma papers, 2010, p. 47, OECD Publishing, e da *Public Procurement Network, The comparative survey on the national public procurement system across the PPN*, 2010 (reperibile in www.publicprocurementnetwork.org), che descrive i modi di organizzazione e funzionamento delle centrali di committenza nei numerosi Paesi esaminati (27 Stati membri e 4 Stati non europei), quando istituite. In precedenza, vedi anche le esperienze raccolte in Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Public procurement network. Public procurement in Europe*, Ipzs, Roma, 2005 (reperibile in www.publicprocurementnetwork.org).

torità rappresentativa dei comuni danesi). La SKI, secondo il diritto danese, è soggetta al diritto privato ed è qualificata come ente non profit. L'adesione ai suoi accordi è facoltativa per le amministrazioni, mentre il suo finanziamento è quasi interamente autonomo, a valere su un contributo posto a carico delle imprese aggiudicatrici.

In Finlandia è, invece, presente Hansel Ltd, riorganizzata nel 2003 al fine di allinearla al modello di centrale di committenza previsto dalle disposizioni europee. Come nel sistema danese, anche qui la centrale di committenza ha la veste di società ed è regolata dal diritto privato, pur avendo carattere non profit. Hansel Ltd è posta sotto il controllo del Ministro delle finanze e la sua funzione principale risiede nella stipulazione e gestione di accordi quadro, ad adesione per lo più volontaria (sia pure con alcune eccezioni, per le quali si prevede un obbligo nei confronti delle amministrazioni governative).

In Ungheria è stato istituito nel 2003 con decreto ministeriale il Central Services Directorate General (KSzF), che ha natura di ente pubblico dotato di ampia autonomia economica. La sua organizzazione e il suo funzionamento sono, pertanto, regolati dal Public Procurement Act (PPA). Quanto al grado di cogenza dell'attività di questa centrale, il sistema gestito da KSzF è obbligatorio per i soggetti statali con riferimento a numerose categorie predeterminate, come elencate nel decreto istitutivo e in ulteriori fonti regolamentari, mentre è facoltativo per enti posti su altri livelli territoriali. Il suo finanziamento avviene con fonti di natura mista: in parte con budget proprio e in altra parte con un corrispettivo percentuale tratto dai servizi resi alle amministrazioni.

In Francia il sistema è, almeno sotto il profilo organizzativo, più complesso. In questo Stato, infatti, operano due soggetti come principali centrali acquisto: l'Union des Groupements d'Achats publics (UGAP) e il Service des Achats de l'Etat (SAE).

La prima, istituita nel 1985 come ente pubblico dotato di personalità giuridica, è stata poi riordinata nel 2006 in occasione dell'introduzione del Code des marchés publics. Si tratta di una centrale che provvede all'acquisto di beni e servizi per lo Stato, per gli enti locali e per gli enti del servizio sanitario nazionale, aggiudicando direttamente le procedure di appalto e curandone i profili amministrativi e contabili. Opera, dunque, prevalentemente con accordi quadro, la cui adesione, tuttavia, non è obbligatoria. Come nei casi precedenti, l'UGAP è finanziata con un margine lordo sul fatturato percepito pre i servizi resi alle amministrazioni.

La SAE, invece, è stata istituita nel 2009 ed è un ufficio del Ministère du Budget cui è stato assegnato il compito di coordinare gli acquisti per i ministeri e di renderne più efficaci le procedure. L'adesione è, pertanto, obbligatoria per tale tipologia di amministrazioni mentre rimane facoltativa per gli enti pubblici e per le agenzie da queste vigilati. Contrariamente ai casi sinora riportati, la SAE è finanziata interamente dallo Stato, nell'ambito del piano di azione volto alla modernizzazione degli appalti pubblici.

In Svezia esiste un modello di centralizzazione peculiare, poichè sono state istituite undici agenzie governative specializzate per ambito merceologico o tipologia di acquisto, che collaborano tra loro al fine di svolgere congiuntamente l'assegnazione e

la gestione di accordi quadro a condizioni vantaggiose per le amministrazioni centrali. L'adesione al sistema, che è autofinanziato con una percentuale richiesta alle imprese, è obbligatoria per le amministrazioni statali che si sono impegnate ad utilizzare gli accordi quadro. Sono, però, ammesse alcune eccezioni per ipotesi in cui la stazione appaltante dimostri di avere fondati motivi per procedere all'aggiudicazione di un contratto al di fuori dell'accordo quadro. Le convenzioni stipulate per le amministrazioni centrali sono, peraltro, accessibili anche da parte di regioni ed enti locali.

Infine, nel Regno Unito, opera dal 1999 l'Office of Government Commerce (OGC), istituito all'interno del Ministry of Treasury per fornire un maggiore coordinamento nel governo nella funzione acquisti. A tale scopo, l'OGC redige documenti contenenti standard e procedure volti a favorire una gestione efficiente degli acquisti e, al contempo, verifica quale sia il grado di adesione a tali indicatori da parte dei dipartimenti ministeriali e degli enti pubblici di livello nazionale. Gli strumenti principali di cui l'OGC si avvale nell'esercizio delle sue funzioni sono gli accordi quadro gestiti attraverso la piattaforma informatica Buying Solution. Questa offre accesso a numerosi prodotti e servizi, oltre ad erogarne direttamente di tipo standardizzato come ad esempio quelli relativi alle telecomunicazioni, alle comunicazioni di posta elettronica, alla connessione internet e all'energia. Il finanziamento della piattaforma si basa su fonti miste poiché grava in parte sulle imprese aggiudicatrici e in parte sulle amministrazioni che fanno riferimento all'OGC.

La sintetica analisi delle esperienze europee testé svolta permette di confermare quanto detto in apertura circa la varietà dei modelli organizzativi prescelti per l'affidamento delle centrali di committenza e circa il grado di vincolatività dell'azione di tali centrali rispetto ai diversi livelli territoriali. È evidente, in ciò, l'influenza, da un lato, delle distinzioni presenti nei sistemi giuridici nazionali (ad esempio con riguardo ai possibili regimi delle società pubbliche) e, dall'altro, di quelle che intercorrono nella relazioni tra ambito statale e territoriale, in specie con attenzione alla misura dell'autonomia di cui godono le amministrazioni regionali e locali.

Ciò che, invece, emerge quale elemento comune è la previsione quasi generalizzata della capacità di autofinanziamento delle centrali, con risorse provenienti in prevalenza dalle imprese aggiudicatrici ma anche dalle stesse amministrazioni che, facoltativamente, decidono di avvalersi dei servizi offerti delle stesse centrali. Questo meccanismo è, invece, assente nel sistema italiano, laddove la questione del finanziamento delle centrali di committenza pone non pochi problemi, particolarmente in questa fase di contrazione complessiva delle risorse pubbliche destinate al funzionamento delle amministrazioni pubbliche cui, tuttavia, corrisponde un incremento delle ipotesi di centralizzazione degli acquisti pubblici.

Peraltro, si deve considerare che, il decreto legge n. 66/2014 ha provveduto all'istituzione di un Fondo per l'aggregazione degli acquisti di beni e servizi destinato al finanziamento delle attività svolte dai soggetti aggregatori (art. 9, co. 9), nonché alla previsione di un apposito stanziamento in favore di Consip per l'anno 2014 (art. 9, co. 10). Se al livello europeo, dunque, si può ravvisare la tendenza alla responsabilizzazio-

ne delle centrali di committenza attraverso la previsione di meccanismi di autofinanziamento tali da non renderle dipendenti dal sistema di bilancio statale, nel caso italiano la direzione assunta pare di segno diametralmente opposto. Inoltre, in linea teorica, tale impostazione pare suscettibile di porsi quale fattore di ostacolo allo sviluppo delle attività di committenza ausiliarie che, come si vedrà, rappresentano il vero elemento di innovazione della nuova direttiva in materia di appalti relativamente al ruolo che le centrali di committenza possono assumere rispetto ai mercati pubblici di riferimento.

III. Le centrali di committenza nel diritto europeo

Nel diritto europeo, il primo riferimento normativo organico in materia di centrali di committenza si deve alla direttiva 18/2004/CE che, come già accennato, non ha introdotto tale strumento ex novo ma, ne ha disciplinato l'uso, così legittimando un modulo organizzativo già presente in molti Stati membri²⁵.

È in tale ottica che la citata direttiva aveva inteso definire in modo univoco la nozione e le condizioni alle quali, legittimamente, gli Stati potessero fare ricorso alle centrali di committenza, senza con ciò imporre tale modello quale unica possibilità di opzione per la costruzione di un sistema centralizzato. Alle amministrazioni rimane infatti comunque imputata la scelta degli strumenti da utilizzare al fine di configurare l'esercizio della propria funzione negoziale, strumenti che possono essere individuati nell'ambito di tutti quelli previsti dalle norme europee²⁶. Peraltro, l'ambito di operatività della previsione trovava un espresso un temperamento nell'art. 11 della direttiva citata, laddove si riconosceva che, in fase di recepimento del disposto comunitario, gli Stati membri avessero la facoltà e non l'obbligo di prevedere nel relativo ordinamento il ricorso alla centrale.

Quanto alla nozione accolta per tale soggetto giuridico, la direttiva la ha definita come "un'amministrazione aggiudicatrice che: acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o aggiudica appalti pubblici o conclude accordi

25 Sulle centrali di committenza, come delineate dalla direttiva 18/2004/CE e, in sua attuazione, dal decreto legislativo n. 163/2006, si vedano, nella dottrina italiana, FIORENTINO, L., "Le centrali di committenza", in L. Fiorentino e C. Lacava (a cura di), "Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici", *Quaderno Gior. dir. amm.*, n. 9, Milano, 2004, pp. 63 e ss.; CARANTA, R., *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 172-178; Id., "Le centrali di committenza", in R. Garofoli e M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 261 e ss.; Id., "Le centrali di committenza", in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 607 e ss.; MORBIDELLI, G. e ZOPPOLATO, M., "Appalti pubblici", in M.P. Chiti e G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte spec., tomo I, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 435-437; IAIONE, C., "L'ambito oggettivo e soggettivo (artt. 3; 28-33; 14-15; 53)", in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 204 e ss.; ACOCELLA, C., "Art. 33 - Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza", in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, Milano, 2013, pp. 470 e ss.

26 La direttiva 18/2004/CE faceva, infatti, riferimento anche agli accordi quadro, ai sistemi dinamici di acquisizione, alle aste elettroniche ed al dialogo competitivo (considerando 16). Ma è legittima anche l'organizzazione di gruppi di acquisto e la stipulazione di convenzioni dedicate. Vedi OECD, *Centralised and Decentralised Public Procurement*, cit., p. 7. Una panoramica complessiva degli strumenti di centralizzazione degli acquisti è contenuta in RACCA, G.M., "Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici", in *Aperta Contrada* (www.apertacontrada.it).

quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici²⁷. Dunque, in modo non dissimile dall'impostazione che sarà poco dopo ripresa nel diritto italiano dal Codice dei contratti, veniva chiarita, in primo luogo, la natura di amministrazione aggiudicatrice della centrale di committenza²⁸.

Strettamente legata a questa previsione era quella a mente della quale la scelta effettuata da parte delle amministrazioni circa la costituzione della centrale e l'affidamento alla stessa delle funzioni di svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica poteva essere considerata legittima e coerente rispetto al diritto europeo soltanto se le medesime centrali avessero agito nel rispetto delle regole e dei principi emergenti da tale corpus normativo²⁹.

In secondo luogo, la direttiva 18/2004/CE ha distinto l'ipotesi in cui alla centrale di committenza fosse imputata la funzione di acquistare direttamente forniture e servizi destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici da quella in cui fosse previsto che la medesima centrale procedesse all'aggiudicazione di appalti o concludesse accordi quadro di lavori, forniture o servizi in favore di altre amministrazioni³⁰. L'acquisto diretto di forniture e servizi era, quindi, distinto in modo evidente a seconda che fosse relativo all'aggiudicazione diretta di appalti e alla conclusione di accordi quadro.

Nelle intenzioni del legislatore europeo però non vi è mai stata la volontà porre le due funzioni in posizione antitetica. Nel rispetto della più volte richiamata pienezza della discrezionalità propria degli Stati membri, infatti, si ammetteva che la funzione negoziale possa essere strutturata mediante l'istituzione di una o più centrali così come esercitata con gli altri mezzi previsti dalla direttiva, utilizzati anche in maniera contestuale³¹.

D'altro canto, si consideri che la nuova direttiva 2014/24/UE, se è pur vero che lascia impregiudicato il potere di scelta degli Stati membri circa le procedure da impiegare, pare però esprimere una preferenza per quelle negoziate e per il dialogo competitivo, più funzionali nel garantire la concorrenza anche con gare transfrontaliere³².

Più nello specifico, questo provvedimento dedica diverse disposizioni alle centrali di committenza.

27 Così recitava l'art. 1, par. 10, della direttiva 2004/18/CE.

28 Nozione individuata a sua volta dall'art. 1, par. 9 del provvedimento, con riferimento anche al concetto di organismo di diritto pubblico.

29 Vedi l'art. 11 della direttiva 2004/18/CE. In proposito, si rinvia a TROELS POULSEN, S., STIG JAKOBSEN, P. e EVERS KALSMOSE-HJELMBORG, S. (a cura di), *EU Public procurement law*, II ed., Djof Publishing, Copenhagen, 2012, in specie pp. 134-135 e pp. 229-230, dove è illustrata la *Decision of the Complaints Board for Public Procurement*, 29 settembre 2003, *Unicomputer v Greve Kommune*, con cui è stato dichiarato illegittimo l'acquisto di beni informatici da parte di una centrale che non aveva seguito le procedure comunitarie.

30 Vedi l'art. 1, par. 10, della direttiva 18/2004/CE.

31 Art. 11 della direttiva. 2004/18/CE.

32 Vedi in merito il Considerando 42 a mente del quale "È indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione. È probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri, È opportuno ...ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni qualora non risulti che procedure aperte o ristrette senza negoziazione possano portare a risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti".

In primo luogo, ne parla nelle premesse, laddove rileva la forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte delle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito del mercato degli appalti pubblici europei, tendenza che è giustificata in vista di due obiettivi principali: il già citato conseguimento di economie di scala, che porta alla riduzione dei costi, e il miglioramento nella professionalizzazione della commessa pubblica in fase di gestione dei processi di acquisto. Questo fattore il quale appare favorito sia dalla concentrazione del numero di stazioni appaltanti coinvolte negli acquisti, sia dall'aggregazione dei volumi di fatturato, da cui può derivare una crescita di valore temporale dei servizi e delle forniture interessati.

D'altro canto, il legislatore europeo ha rivolto l'attenzione sulla necessità che la centralizzazione sia monitorata adeguatamente, così da impedire il verificarsi di una delle criticità esposte in precedenza ovvero l'instaurarsi di un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto, potenzialmente in grado di favorire collusioni illecite, di ridurre la trasparenza del processo decisionale pubblico nonché di ostacolare la concorrenza dei procedimenti competitivi posti in essere, con particolare disfavore per le piccole e medie imprese³³.

Quanto agli strumenti previsti, la nuova direttiva evidenzia la pluralità di funzioni che possono essere espletate dalle centrali di committenza, individuate quale modello giuridico principale mediante cui gli Stati europei promuovono l'aggregazione della domanda negli appalti, per procedere agli acquisti pubblici. Fa così riferimento alla gestione di sistemi dinamici di acquisizione, all'aggiudicazione di appalti pubblici (ipotesi in cui le centrali agiscono "come grossisti comprando, immagazzinando e rivendendo"), e alla conclusione di accordi quadro destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici che "dovrebbero avere la facoltà di usarli per acquisti singoli o ripetuti". In questa ultima fattispecie, le centrali di committenza si pongono come intermediari nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici secondo due possibili modalità: la prima consiste nello svolgimento autonomo delle procedure di aggiudicazione; la seconda è relativa invece all'esecuzione di tali procedure nel pieno rispetto di istruzioni particolareggiate impartite dalle amministrazioni interessate.

Per la maggior parte sono, pertanto, richiamati compiti già previsti nella direttiva 2004/18/CE; viene, però, al contempo aggiunto un inciso rilevante nel momento in cui la nuova direttiva precisa che l'ultima delle competenze indicate può essere effettuata "con o senza remunerazione", ammettendosi così indirettamente la possibilità di un autofinanziamento delle centrali.

Nelle premesse della direttiva è, inoltre, richiamata la necessità che siano stabilite regole volte a ripartire in modo chiaro la responsabilità di vigilare sull'osservanza degli obblighi derivanti dal diritto europeo tra le amministrazioni aggiudicatrici e le centrali di committenza le quali, se responsabili in via esclusiva per lo svolgimento delle procedure di appalto, devono esserlo anche con riferimento alla legittimità delle medesime procedure nel loro complesso. Diversamente, la responsabilità andrà ripartita

³³ Vedi il Considerando 59 della direttiva. 2014/24/CE.

in ragione dell'attribuzione delle funzioni di gestione delle singole fasi del processo di appalto³⁴.

In proposito, si consideri che sussistono dubbi in merito alla soggettività giuridica propria delle centrali di committenza, il cui riconoscimento, se certamente assume rilevanza sotto il profilo organizzativo per la gestione della procedura di appalto, non è chiaro se assuma significato anche sotto il profilo processuale con riferimento alla possibilità di riconoscere alla centrale una legittimazione passiva.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, propende per un'interpretazione di senso contrario, ritenendo che la centrale di committenza “non costituisce centro esclusivo di imputazione dei rapporti intercorrenti con le imprese partecipanti alla gara” poiché l'ente capofila agisce su delega degli altri associati solo ai fini dello svolgimento della procedura concorsuale, al termine della quale ogni comune deve “adottare la deliberazione di recepimento e procedere alla formalizzazione del rapporto con l'aggiudicataria”. Pertanto, la “centrale di committenza costituisce meramente un modulo organizzativo, vale a dire uno strumento di raccordo tra Amministrazioni privo di una propria individualità, e non un centro formale di imputazione autonomo, con la conseguenza che gli atti della procedura vanno imputati non solo alla “capofila”, ma anche alle altre Amministrazioni che la compongono, le quali dovranno poi singolarmente formalizzare il rapporto con la ditta aggiudicataria, mediante la redazione di apposito contratto”³⁵.

Secondo un altro orientamento, invece, in caso di procedura svolta da una unione di acquisto o centrale di committenza, l'attività di gara è posta in essere dalla sola amministrazione capofila, identificabile quale autorità emanante, essendo le altre amministrazioni partecipanti esclusivamente beneficiarie di fatto degli effetti della gara e del provvedimento di aggiudicazione³⁶.

L'orientamento trova ulteriore conferma anche in ragione del modello giuridico prescelto per la centrale. Se questo è correlato all'istituzione di un soggetto autonomo rispetto alle amministrazioni che se ne avvalgono, come ad esempio una società o un'agenzia, in caso di contenzioso le stazioni appaltanti saranno tenute “alla stipula dei singoli contratti d'appalto con le imprese aggiudicatrici e alla gestione del relativo rapporto contrattuale, essendo destinatarie di tutti gli effetti, sostanziali e processuali, scaturenti dalle vicende connesse alla procedura di gara”. In tale ipotesi, le suddette stazioni beneficiano della procedura indetta ed espletata dalla centrale di committenza, pur essendo “vincolate alle vicende – anche giudiziarie – della gara, vicende che hanno, per disposizione di legge, nella centrale di committenza l'unica protagonista, sul piano sostanziale come su quello processuale”³⁷.

34 Vedi il Considerando 69 della direttiva. 2014/24/CE.

35 Vedi Tar Sicilia, Catania, sez. II, 10 febbraio 2009, n. 291, e, in accordo, Tar Sicilia, Reggio Calabria, sez. II, 7 aprile 2009, n. 682; Tar Sicilia, Catania, sez. II, 3 giugno 2009, n. 1018 e Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2007, n. 1800.

36 Vedi Tar Piemonte Torino, sez. II, 12 gennaio 2006, n. 57.

37 Vedi Cons. St., sez. III, 9 luglio 2013, n. 3639, e, in accordo, T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 18 luglio 2012, n. 1370.

Quanto alla nozione di centrale di committenza, la direttiva 2014/24/UE la inquadra quale “amministrazione aggiudicatrice che fornisce attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie” (art. 2, co. 16).

Proprio la distinzione tra attività di centralizzazione delle committenze e attività di committenza ausiliarie è l'elemento di maggiore innovazione contenuto nel provvedimento in esame e quello sul quale si fonda la definizione stessa di questo modello giuridico.

In particolare, le attività di centralizzazione delle committenze sono le funzioni svolte su base permanente dalle centrali di committenza ovvero l'acquisizione di forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici e l'aggiudicazione di appalti o la conclusione di accordi quadro destinati ad amministrazioni aggiudicatrici³⁸.

Le attività di committenza ausiliarie sono, invece, attività di supporto alle prime che constano della messa a disposizione di infrastrutture tecniche, tali da consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare gli appalti o di concludere accordi quadro, e dell'offerta di consulenza per lo svolgimento o la progettazione di procedure di aggiudicazione e di appalto in nome e per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interessata³⁹.

Le centrali di committenza, quindi, per definirsi tali, svolgono obbligatoriamente le prime attività e solo facoltativamente le seconde.

Ulteriore elemento di rilievo da segnalare è che l'aggiudicazione ad una centrale di un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze può avvenire senza applicare le procedure di cui alla direttiva 2014/24/UE. In tal caso, ai sensi dell'art. 37, co. 4, della stessa direttiva può essere prevista anche l'erogazione di attività di committenza ausiliarie che devono, invece, essere affidate secondo le regole generali quando sono unico oggetto dell'aggiudicazione⁴⁰.

Con specifica attenzione al ruolo complessivo delle centrali di committenza, si può dire che la nuova direttiva riafferma il modello organizzativo già previsto: ribadisce, infatti, il doppio ruolo che le centrali possono avere come acquirenti dirette o come intermediarie per gli acquisti mediante aggiudicazione degli appalti, gestione di sistemi dinamici di acquisizione e conclusione di accordi quadro.

Per meglio chiarire il ruolo tra Stati membri e centrali di committenza, occorre fare riferimento all'art. 37 della direttiva in esame, ai sensi del quale i primi possono

³⁸ Vedi l'art. 2, co. 14, della direttiva. 2014/24/CE.

³⁹ Vedi l'art. 2, co. 15, della direttiva. 2014/24/CE.

⁴⁰ Ulteriori precisazioni dei contenuti che dovranno avere le norme di recepimento della direttiva a livello statale sono contenute nel Considerando 70, a mente del quale *“Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di aggiudicare a una centrale di committenza un appalto pubblico di servizi per la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze senza applicare le procedure di cui alla presente direttiva. Dovrebbe anche essere ammesso che tali appalti pubblici di servizi includano la fornitura di attività di committenza ausiliarie. Gli appalti pubblici di servizi per la fornitura di attività di committenza ausiliarie dovrebbero, qualora non siano eseguiti da una centrale di committenza in collegamento con la fornitura di attività di centralizzazione delle committenze all'amministrazione aggiudicatrice interessata, essere aggiudicati conformemente alla presente direttiva. È anche opportuno ricordare che la presente direttiva non dovrebbe applicarsi nei casi in cui le attività di centralizzazione delle committenze o le attività di committenza ausiliarie non sono effettuate attraverso un contratto a titolo oneroso che costituisce appalto ai sensi della presente direttiva”*.

prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici acquistino direttamente da una centrale che offre l'attività di centralizzazione delle committenze oppure che si avvalgano di contratti aggiudicati da una centrale attraverso sistemi dinamici di acquisizione o, in alternativa, attraverso un accordo quadro. Nell'ipotesi in cui la procedura si basi su un sistema dinamico di acquisizione che può essere utilizzato da altre amministrazioni aggiudicatrici, ne deve essere data contezza nell'avviso di gara⁴¹.

Il rispetto di una delle tre fattispecie sopra indicate quali modalità di acquisto comporta il pieno rispetto, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici interessate, degli obblighi imposti dalla nuova direttiva. In proposito occorre, comunque, considerare che il legislatore europeo ha ammesso la responsabilità diretta dell'adempimento di tali obblighi da parte delle amministrazioni nei confronti delle fasi procedurali dalle stesse direttamente svolte come può accadere, ad esempio, per la riapertura del confronto competitivo nell'ambito di un accordo quadro concluso da una centrale di committenza⁴².

L'art. 37 della nuova direttiva stabilisce che gli Stati membri possano "prevedere che determinati appalti siano realizzati mediante ricorso alle centrali di committenza o a una o più centrali di committenza specifiche". Viene così rafforzata la facoltà che, nel diritto interno, siano individuati alcuni soggetti con funzione di centrali di committenza ad adesione obbligatoria per specifici settori merceologici oppure per altre condizioni peculiare, come accade da tempo in Italia con la Consip s.p.a. nonché come più recentemente disposto con riferimento ai comuni non capoluogo di provincia (vedi *infra*).

Infine, la nuova direttiva europea sugli appalti pubblici generalizzi l'uso di mezzi elettronici di comunicazione nelle procedure di acquisto: tali strumenti, offrendo la possibilità del riuso dell'elaborazione automatica dei dati, permettono infatti di ridurre al minimo i costi di informazione e di transazione. È in tale ottica che tutte le procedure di aggiudicazione degli appalti svolte da una centrale devono essere effettuate utilizzando mezzi di comunicazione elettronici⁴³. La disposizione, a prima facie di grande impatto, in verità avrà conseguenze più distese nel tempo: l'art. 90, co. 2, del medesimo provvedimento permette, infatti, agli Stati membri di rinviare tale obbligo sino al 18 aprile 2017.

Nel sistema italiano, vi sono diversi strumenti previsti dal Codice dei contratti che si fondano sulla diffusione e sull'utilizzo di sistemi informatici. In primo luogo, la banca dati nazionale dei contratti pubblici costituita, ai sensi dell'art. 6 bis del d.lgs. n. 163/2006, presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (ora confluita nell'Autorità Nazionale Anticorruzione⁴⁴). Attraverso la banca dati le stazioni appaltanti

41 Vedi art. 37, co. 1, della direttiva 2014/24/UE.

42 Vedi art. 37, co. 2, della direttiva 2014/24/UE.

43 Vedi l'art. 37, co. 3, della direttiva 2014/24/UE.

44 L'art. 19 del d.l. n. 90/2014 ha, infatti, soppresso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), finora incaricata dello svolgimento delle principali funzioni di regolazione e vigilanza sul settore di riferimento, e ne ha trasferito i compiti e le funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), cui l'art. 13, d.lgs. n. 150/2009 ha riservato compiti diretti a favorire la valutazione, la trasparenza e l'integrità nelle amministrazioni pub-

possono verificare la documentazione degli operatori economici attestante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario in vista della partecipazione alle procedure di affidamento. L'approntamento della banca dati può avvenire anche attraverso consultazione della "banca dati nazionale della documentazione antimafia", di cui all'art. 97, co. 1, lett. c-bis, del d.lgs. n. 159/2011. Mediante la citata banca dati viene realizzato un servizio di verifica circa il possesso dei requisiti da parte degli operatori economici, denominato Authority Virtual Company Passport (AVCPass), in vigore a regime dal 1 luglio 2014. Il sistema AVCPASS consente alle stazioni appaltanti l'acquisizione, con un'interfaccia web, della documentazione comprovante il possesso dei requisiti per l'affidamento dei contratti pubblici, e agli operatori economici di inserire a sistema i documenti la cui produzione è a proprio carico ai sensi dell'art. 6-bis, co. 4, del d.lgs. n. 163/2006. I documenti in questione possono essere utilizzati per ciascuna delle procedure di affidamento cui l'impresa partecipa entro il periodo di validità del documento. Lo strumento consente dunque di semplificare in due direzioni.

In secondo luogo, si segnala l'Osservatorio AVCP, previsto dall'art. 7 del d.lgs. n. 163/2006, al fine di promuovere lo sviluppo di un'attività conoscitiva sui dati e sull'andamento del settore dei contratti pubblici. L'Osservatorio ha un'articolazione a rete con una sezione centrale e sezioni regionali, è incardinato presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti (ora presso l'ANAC) e opera tramite procedure informatiche in collegamento con altre banche dati di amministrazioni presenti su diversi livelli di governo nonché direttamente con le stazioni appaltanti. Ha l'obiettivo di acquisire informazioni in tempo reale sui contratti pubblici e su tutti gli aspetti della negoziazione. Questo strumento persegue due finalità principali: garantire l'accessibilità, la conoscibilità e la pubblicità dei dati e definire annualmente i costi standardizzati per i lavori, i servizi e le forniture, dati questi ultimi che servono anche alle centrali di committenza, nazionali, regionali e locali. Inoltre, l'art. 9 del d.l. n. 66/2014 ha stabilito che, in attesa della determinazione annuale da parte dell'Osservatorio sui contratti di tali costi standardizzati, l'Autorità di riferimento dovrà fornire alle amministrazioni pubbliche "un'elaborazione dei prezzi di riferimento alle condizioni di maggiore efficienza di beni e di servizi, tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della pubblica amministrazione". I prezzi devono essere utilizzati per la programmazione dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni e costituiscono il prezzo massimo di aggiudicazione in tutti i casi in cui non sia presente una convenzione stipulata da

bliche. La riorganizzazione trova fondamento nelle recenti politiche di *spending review*, che hanno portato l'esigenza di ridurre le articolazioni delle autorità amministrative indipendenti. Ma la riforma non ha intaccato la funzione di vigilanza e di garanzia in senso ampio sinora svolta dall'autorità: è infatti previsto un innesto funzionale sull'ANAC, con un processo di subentro che richiederà alcuni passaggi complessi, sia pure nei tempi brevi previsti dalle norme. Il Presidente dell'ANAC ha, infatti, presentato nel dicembre 2014 un piano per il riordino dell'Autorità attraverso cui sono stati definiti i trasferimenti di personale e risorse necessari per poter esercitare le funzioni provenienti dalla soppressa Autorità di vigilanza, tenendo conto dell'obbligo imposto dalla norme di adottare una riduzione significativa delle spese di personale e di funzionamento dell'ente pari al 20%. Per un approfondimento relativo al ruolo dell'autorità si vedano CANTONE, R. e MERLONI, F. (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015; e PIPERATA, G., "L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione", in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 33 e ss.

Consip o da altre centrali di committenza regionali. Il mancato ripерimento ai prezzi di riferimento comporta, tra l'altro, la nullità dei contratti stipulati in violazione dei prezzi massimi prefissati.

IV. Le centrali di committenza nel diritto italiano

In Italia, la diffusione delle centrali di committenza risponde sia alle esigenze di contenimento della spesa pubblica, sia a politiche di razionalizzazione organizzativa e di semplificazione procedurale.

Le centrali di committenza sono state previste per la prima volta dalla l. n. 488/1999 (legge finanziaria 2000), che ha avviato il funzionamento del sistema Consip, società per azioni a capitale interamente pubblico posseduto dal Ministero dell'economia e delle finanze, azionista unico. La società svolge attività di consulenza, assistenza e supporto nell'ambito degli acquisti di beni e servizi delle amministrazioni pubbliche e, inoltre, opera in qualità di centrale di committenza nazionale e, realizza il Programma di razionalizzazione degli acquisti nella Pubblica Amministrazione.

Sulla base di specifiche convenzioni, supporta singole amministrazioni relativamente a tutti gli aspetti del processo di approvvigionamento, e gestisce il Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (MePA). Per diverse categorie merceologiche standard nonché per acquisti sotto soglia, le amministrazioni centrali, quelle del servizio sanitario regionale e le regioni sono spesso obbligate a procedere avvalendosi di Consip. In particolare, in risposta alle necessità di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica, l'art. 7, co. 2, del d.l. n. 52/2012 (modificando l'art. 1, co. 450, della l. n. 296/2006) ha imposto alle amministrazioni di cui all'art. 1, co. 2, del d. lgs. n. 165/2001 il ricorso al MePA o, in alternativa, ai mercati elettronici istituiti da altre centrali di committenza, per tutti gli acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria. Per incentivare la previsione, l'art. 11, co. 1, del d.l. n. 52/2012 ha modificato l'art. 11, co. 10 bis, lett. b, del Codice dei contratti inserendo gli acquisti indicati tra le ipotesi che permettono di non applicare il termine di 35 giorni previsto per l'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Nello stesso periodo, l'art. 1, co. 7, del d.l. n. 95/2012 ha sancito il ricorso obbligato alle convenzioni o agli accordi quadro stipulati da Consip o dalle centrali regionali per alcune categorie merceologiche di beni standard (energia elettrica, gas, carburanti rete ed extra-rete, combustibili per riscaldamento e telefonia fissa e mobile). In alternativa, l'acquisto può avvenire con procedure autonome esperite mediante sistemi telematici di negoziazione. Il vincolo è derogabile solo per affidamenti effettuati con altre centrali o con procedure che prevedano corrispettivi inferiori a quelli indicati. In questo caso, però, i contratti stipulati devono essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguare i corrispettivi in caso di intervenuta disponibilità di convenzioni che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico. Diversamente, si ricade in ipotesi di responsabilità disciplinare e di possibile danno erariale.

A riguardo, va poi segnalato l'art. 1, co. 8, del d.l. n. 95/2012, il quale ha previsto che i contratti stipulati in violazione dei precetti richiamati sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa.

In proposito, è intervenuta anche la giurisprudenza amministrativa, la quale ha posto l'accento sulla necessità che il risparmio di spesa non comprima oltre misura la tutela della concorrenza. Nel dettaglio, la proroga ex lege di alcune convenzioni Consip rivolte al sistema sanitario è stata giudicata contraria al principio di libera concorrenza promosso dal diritto europeo, che preclude la possibilità di affidare contratti pubblici di servizi e forniture senza procedure di gara a evidenza pubblica e la cui violazione non è ammessa né dalla natura transitoria di una norma, né tanto meno dalla finalità di risparmio per le finanze pubbliche che si pone in periodo di necessaria spending review⁴⁵.

Il regime descritto non esaurisce, però, le possibilità di utilizzo delle centrali previste dal sistema italiano. L'uso di questo modello è, infatti, stato ammesso anche a livello regionale e locale dal d. lgs. n. 163/2006 nonché, quasi contestualmente, da alcune leggi finanziarie. A seguito della riforma costituzionale del 2001, l'utilizzo delle centrali è stato, peraltro, legato all'attuazione del processo di attuazione del Sistema a rete previsto dalla l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007).

Più puntualmente, la definizione di centrale di committenza fornita dal Codice dei contratti non si discosta da quella europea⁴⁶. L'art. 33, co. 1-3, dello stesso provvedimento ha stabilito, poi, che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori (tra cui sono compresi gli enti pubblici territoriali in quanto amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'art. 3, co. 29 e, per correlazione, del co. 25) possono fare ricorso alle centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi e che le centrali di committenza sono tenute all'osservanza del Codice. Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici anche a centrali di committenza.

Al di là di queste disposizioni più generali, nell'ordinamento italiano le centrali di committenza sono state oggetto anche di numerosi provvedimenti settoriali, che si sono occupati dell'ammissibilità della costituzione di centrali a livello regionale e locale⁴⁷, dell'uso di questo strumento per la prevenzione della corruzio-

⁴⁵ Vedi la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 30 gennaio 2014, n. 1486 (reperibile in www.giustizia-amministrativa.it), commentata da DI SCIASCIO, A.F., "La compatibilità comunitaria della proroga ex lege delle convenzioni Consip", *Urb. app.*, n. 11, 2014, pp. 1225 e ss.

⁴⁶ Vedi quanto disposto dall'art. 3, co. 34, del d.lgs. n. 163/2006.

⁴⁷ A riguardo, la l. n. 296/2006 (legge finanziaria 2007) ha disposto che le regioni potessero costituire, anche associandosi tra loro, centrali di committenza operanti sul modello delineato dal Codice degli appalti e aventi come destinatari le amministrazioni e gli enti (anche del SSN) con sede sul territorio regionale. Tra i due modelli indicati dal Codice dei contratti, la norma ha prediletto quello più simile al modello Consip: una centrale di committenza deputata a stipulare convenzioni di acquisto con i fornitori, alle quali poi accedono le amministrazioni territoriali interessate (art. 1, co. 455, l. n. 296/2006). In tale contesto normativo, le Regioni hanno sfruttato pienamente la propria autonomia legislativa e organizzativa, emanando leggi volte a definire modelli di centralizzazione degli acquisti. La stessa legge ha poi stabilito che «Le centrali regionali e la CONSIP Spa costituiscono un sistema a rete, perseguendo l'armonizzazione dei piani di razionalizzazione della spesa e realizzando sinergie nell'utilizzo degli strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi» (art. 1, co. 457, l. n. 296/2006). Il primo atto adottato per l'attuazione del Sistema a rete è stato l'Accordo Stato-Regione

ne⁴⁸ e del ruolo delle centrali nella fase di esecuzione del contratto⁴⁹.

Da ultimo, il d.l. 24 aprile 2014 n. 66 ha previsto l'istituzione, nell'ambito dell'Anagrafe Unica delle stazioni appaltanti, dell'elenco dei soggetti aggregatori composto da Consip e una centrale di committenza per ogni regione (art. 9, co. 1) nonché da altri soggetti aggregatori che possiedano i requisiti definiti con successivo decreto (art. 9, co. 2). Il decreto ha, inoltre, sancito la possibilità della costituzione o designazione da parte delle regioni di un soggetto aggregatore⁵⁰ o, in alternativa, la stipula, da parte delle stesse amministrazioni, di convenzioni Consip per lo svolgimento di attività di centralizzazione per gli enti del territorio regionale entro il 31.12.2014 (art. 9, co. 5-6). Il processo è stato sostenuto anche sotto il profilo economico finanziario attraverso l'istituzione di un Fondo per l'aggregazione degli acquisti di beni e servizi destinato al finanziamento delle attività svolte dai soggetti aggregatori (art. 9, co. 9), nonché di un apposito stanziamento in favore di Consip per l'anno 2014 (art. 9, co. 10)⁵¹.

Al livello locale, alcuni mesi prima dell'entrata in vigore del Codice degli appalti, la legge finanziaria 2006 aveva previsto che le aggregazioni di enti locali o di enti decentrati di spesa potessero espletare la funzione di centrali di committenza in favore delle

del 24 gennaio 2008, che ha richiamato la necessità di predisporre un piano integrato di sviluppo della rete, così da puntare ad un'armonizzazione complessiva delle funzioni svolte dalle diverse centrali. Il processo, tuttavia, non ha più avuto seguito. Quanto ai modelli di centralizzazione degli acquisti adottati nei sistemi regionali, si segnala che gli stessi presentano forti diversità da territorio a territorio. Analizzando il grado di strutturazione prescelto per l'organizzazione della funzione acquisti, si riscontrano, invero, uffici interni che svolgono funzioni di aggregazione della domanda di più amministrazioni presenti sul territorio, uffici o altri soggetti che svolgono la medesima funzione aggregativa ma attraverso l'esercizio di gare sulla base di piattaforme telematiche poste a servizio delle amministrazioni interessate, amministrazioni che, sulla base di specifici accordi o convenzioni, svolgono gare quali consorzi di acquisto, consorzi o agenzie e società per azioni, a capitale interamente pubblico, operanti secondo logiche e regole privatistiche. Per un approfondimento in proposito, sia consentito rinviare a DI LASCIO, F., "Le centrali di committenza regionali", cit.

48 In merito, la legge n. 136/2010, nell'ambito del Piano straordinario contro le mafie, ha promosso "l'istituzione, in ambito regionale, di una o più stazioni uniche appaltanti (SUA), al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose". In sua attuazione, è stato emanato il d.P.C.M. 30 giugno 2011 alla luce del quale le SUA hanno natura giuridica di centrale di committenza e curano la gestione della procedura di gara, collaborando con gli enti aderenti, e l'aggiudicazione di contratti di lavori, servizi e forniture in ambito regionale, provinciale ed interprovinciale, comunale ed intercomunale. Inoltre, su richiesta delle Prefetture devono fornire ogni dato e informazione utile per prevenire le infiltrazioni della criminalità organizzata. In verità, il modello non è nuovo nel nostro ordinamento: già la l. n. 26/2007 della Regione Calabria aveva istituito un'autorità regionale con funzioni simili. Ulteriori esempi sono presenti a livello provinciale, come la SUA della Provincia di Crotone e quella della Provincia di Caserta, costituite entrambe su base convenzionale, rispettivamente, nel 2006 e nel 2009.

49 Il riferimento qui è, principalmente, al regolamento di esecuzione del Codice degli appalti (d.P.R. n. 207/2010) sono presenti alcune previsioni che rafforzano il ruolo delle centrali di committenza rispetto alla fase di esecuzione del contratto. Ci si riferisce, in primo luogo, all'art. 274 il quale prevede la figura del responsabile del procedimento negli acquisti tramite centrali di committenza, disponendo che queste possano acquisire in via telematica dati, informazioni e documentazione in ordine alla fase di esecuzione del contratto. In secondo luogo, l'art. 312, co. 5, stabilisce invece che, fermi gli obblighi vigenti per le stazioni appaltanti, "le centrali di committenza possono svolgere attività di supervisione e controllo... al fine di accertare la piena e corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali rese dall'affidatario a favore delle stazioni appaltanti". Inoltre, se il direttore dell'esecuzione contesta un grave inadempimento contrattuale o le prestazioni sono dichiarate non collaudabili, le centrali possono disporre la risoluzione del rapporto con l'affidatario e aggiudicare la gara all'impresa che segue in graduatoria.

50 Il numero massimo dei soggetti aggregatori che può essere presenti sul territorio nazionale è 35.

51 Al provvedimento citato ha fatto seguito l'istituzione del tavolo tecnico dei soggetti aggregatori, avvenuta con il d.P.C.M. 14 novembre 2014, mentre il d.P.C.M. 11 novembre 2014 ha indicato i requisiti per l'iscrizione nell'elenco dei soggetti aggregatori.

amministrazioni ed enti regionali o locali con sede nello stesso ambito territoriale. Alle centrali di committenza territoriali veniva, inoltre, assegnato il compito di operare valutazioni in ordine all'uso delle convenzioni stipulate o degli acquisti effettuati ai fini del rispetto dei parametri di qualità e prezzo imposti da Consip⁵².

La gestione a mezzo di centrali di committenza è stata poi prevista quale strumento obbligatorio per i piccoli comuni e per la gestione della funzione negoziale nella sua interezza. Il d.l. n. 201/2011 (c.d. decreto "salva Italia") ha, infatti, modificato l'art. 33, co. 3 bis, del d.lgs. n. 163/2006 imponendo l'accentramento delle procedure ad evidenza pubblica negli enti locali con meno di 5.000 abitanti al fine di ridurre i costi derivanti dalla frammentazione della fase procedimentale fra un numero eccessivo di stazioni appaltanti.

L'art. 1, co. 4, del d.l. n. 95/2012, ha aggiunto un ulteriore periodo al suddetto co. 3 bis, prevedendo che, in alternativa al modello della centrale di committenza, i comuni possono avvalersi degli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di riferimento, possono aderire alle convenzioni stipulate da Consip o possono ricorrere al MePA. La disposizione è stata successivamente modificata dal suddetto d.l. n. 66/2014, che ha esteso l'applicabilità della previsione a tutti i comuni non capoluogo di provincia ed ha previsto, al contempo, che l'obbligo possa essere assolto anche mediante il ricorso ad un soggetto aggregatore o alle province oppure, in alternativa, che i comuni possano utilizzare gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip o da altro soggetto aggregatore di riferimento (art. 9, co. 4). Poco dopo, l'art. 23 ter, co. 1, del d.l. n. 90/2014 (convertito in l. n. 114/2014) ha disposto un rinvio dell'obbligo della centralizzazione fissando al 31 dicembre 2014 la data utile per l'acquisizione di beni e servizi e per tutti i Comuni non capoluogo e al 30 giugno 2015 quella per l'affidamento di lavori.

Per comprendere con maggior precisione quale siano le limitazioni di cui godono le amministrazioni comunali non capoluogo di provincia nell'esercizio della loro funzione acquisti, occorre leggere la previsione di cui al citato art. 33, co. 3 bis, in combinato disposto con diverse altre entrate in vigore contestualmente o successivamente, non coordinate in modo espresso con il testo di cui al Codice dei contratti ma di impatto sull'azione amministrativa dei comuni non capoluogo.

Ci si riferisce, in primo luogo, all'art. 23 ter, co. 3, del d.l. n. 90/2014, che ha consentito ai comuni con popolazione superiore a 10.000 abitanti di procedere autonomamente per gli acquisti di beni, servizi e lavori di valore inferiore a 40.000 euro. In secondo luogo, all'art. 7, co. 2, del d.l. n. 52/2012, secondo cui tali enti devono ricorrere al MEPA o ai mercati elettronici istituiti da altre centrali di committenza per gli acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria. Infine, occorre richiamare l'art. 1, co. 7, del d.l. n. 95/2012, a mente del quale (come già detto) i comuni in esame devono ricorrere alle convenzioni o agli accordi quadro stipulati da Consip o dalle centrali regionali per categorie merceologiche di beni standard o, in alternativa, avvalersi di sistemi telematici di negoziazione.

⁵² Vedi in proposito l'art. 1, co. 157 e 158, della l. n. 266/2005.

Le disposizioni riportate hanno fatto molto discutere, anche se un giudizio complessivo sul nuovo sistema sarà possibile solo dopo la diffusa applicazione degli obblighi da esso sanciti. In termini generali, peraltro, la legittimità della previsione di centralizzazione obbligatoria per i piccoli comuni è stata confermata dalla sentenza n. 220/2013 della Corte costituzionale, che si è limitata a chiarirne la non applicabilità per le regioni a statuto speciale salvandone al contempo l'impianto complessivo.

Questo *modus operandi* del legislatore nazionale, in linea di principio legittimo e ammesso con riferimento alla fissazione di condizioni operative in grado di garantire il risultato dell'azione amministrativa, giunge però sino ad imporre regole di dettaglio tali da rendere difficoltoso l'esercizio dell'autonomia locale. Il principio di autodeterminazione degli enti locali risulta, infatti, compromesso di fronte alle esigenze di contenimento e riduzione della spesa pubblica, che sono la *ratio* giustificatrice per la fissazione di limiti e vincoli adottati senza considerazione per le differenze, anche molto rilevanti, esistenti sul territorio, ne' sulla base di apposite analisi di impatto in grado di offrire una visione prognostica degli effetti derivanti dalle riforme introdotte⁵³.

V. Conclusioni e prospettive

Una lettura complessiva delle direttive europee 2014/23/UE sulle concessioni, 2014/24/UE sugli appalti nei settori ordinari e 2014/25/UE relativa ai settori speciali, mostra come questi provvedimenti siano, senza dubbio, stati influenzati dall'attuale fase recessiva⁵⁴.

Il sistema europeo dei contratti che mirano a disegnare appare, infatti, per alcuni aspetti, più complesso del passato nonostante sia espressa la volontà di semplificarlo. Questo perché l'andamento del contesto economico ha imposto, oltre alla maggiore efficienza nella spesa pubblica, la valorizzazione delle interdipendenze tra il settore dei contratti e altri ambiti di azione pubblica, come avvenuto ad esempio rispetto alle finanze pubbliche, al contrasto della corruzione e alla trasparenza.

Va in questa direzione anche la valorizzazione dei criteri di sostenibilità ambientale e sociale sia nella fase di aggiudicazione, sia in quella di esecuzione degli appalti, che è finalizzata ad integrare la politiche europee sugli appalti con altre come quella ambientale, sociale e di prevenzione dell'illegalità. Si è già fatto cenno al fatto che, tra gli altri profili di novità promossi dalle nuove direttive, vi è l'attenzione per il Green Pu-

53 Su questi temi, sia consentito il rinvio a DI LASCIO, F., "Centralizzazione degli acquisti, spending review e autonomia locale", in *Gior. dir. amm.*, n. 2, 2014, pp. 205 e ss.

54 Per un primo commento in merito si vedano, nella dottrina italiana, AA.VV., "Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni", in *Gior. dir. amm.*, n. 12, 2014, pp. 1135 e ss.; CARANTA, R. e COSMIN DRAGOS, D., "La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici", in *Urb. App.*, n. 5, 2014, pp. 493 e ss.; RICCHI, M., "La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici", in *Urb. app.*, n. 7, 2014, pp. 741 e ss. Si rinvia anche a GIMENO FELIU, J.M. (dir.) e BERNAL BLAY, M.A. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; LICHÈRE, F. (red.), CARANTA, R. (red.) e TREUMER, S. (red.), *Modernising Public Procurement: The New Directive, European Procurement Law Series vol. 6*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014; SÁNCHEZ GRAELLS, A., "Novedades en materia de compra colaborativa y adjudicación de concesiones de servicios en las nuevas Directivas de febrero de 2014", in *Anuario de Derecho Municipal 2013*, n. 7, 2013, pp. 121 e ss.

blic Procurement (GPP) attraverso cui le amministrazioni integrano i criteri ambientali in tutte le fasi del processo di acquisto, incoraggiando la diffusione di tecnologie ambientali e lo sviluppo di prodotti validi sotto il profilo ambientale⁵⁵. Si tratta, perciò, di uno strumento di politica ambientale volontario che intende favorire lo sviluppo di un mercato di prodotti e servizi a ridotto impatto ambientale attraverso una leva che orienti la domanda pubblica.

È con questa ratio che il diritto europeo ha inteso incidere anche sui criteri di valutazione delle offerte, che non possono più essere meramente economici.

Guardando a queste considerazioni dalla prospettiva del diritto interno, le nuove direttive dovranno essere recepite dagli Stati entro il mese di febbraio 2016. Sarà questa una importante occasione per riordinare e semplificare la disciplina contenuta nel decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 (c.d. Codice dei contratti) e nel decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010 n. 207 (c.d. Regolamento di esecuzione del Codice), la cui complessità appare evidente e rappresenta un chiaro fattore di svantaggio per le imprese nell'accesso al mercato dei contratti pubblici nazionale ed europeo.

Il decreto legislativo n. 163/2006 è, infatti, il provvedimento con cui è stato attuato il recepimento delle direttive del 2004 ma, pur essendo in vigore da meno di un decennio, ha già subito ben 44 modifiche⁵⁶ che, talvolta, hanno riscritto intere disposizioni dei circa 250 articoli contenuti nel citato provvedimento. Peraltro, l'eccessivo dettaglio delle previsioni ivi contenute è stato sottolineato, sia pure indirettamente, anche dalle autorità di regolazione: nella determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 4 del 10 ottobre 2012, che detta indicazioni sulla redazione dei bandi gara

55 Nella disciplina italiana, le stazioni appaltanti possono introdurre nei documenti di gara criteri di selezione delle imprese che condizionano l'esecuzione del contratto: l'art. 42, lett. f, e l'art. 44 del d.lgs. n. 163/2006 richiedono di indicare le misure di gestione ambientale che l'operatore applicherà nella fase di esecuzione e obbligo di presentare certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto di talune norme di gestione ambientale (EMAS o simili). Il sistema italiano era, quindi, già sensibile al tema e, in adesione alla Comunicazione della Commissione europea "Politica integrata dei prodotti, sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale" (COM(2003) 302) e in ottemperanza all'art. 1, co. 1126, della legge n. 296/2006 (legge finanziaria 2007), è stato elaborato il "Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione" adottato con il decreto interministeriale 11 aprile 2008, poi aggiornato con il decreto 10 aprile 2013. La finalità del documento è di definire una politica ambientale, economica e industriale che risponda all'obiettivo comune di modificare in chiave sostenibile i modelli di produzione e consumo adottati. Il Piano fornisce un quadro generale del *Green Public Procurement*, definisce degli obiettivi nazionali, identifica le categorie di beni, servizi e lavori di intervento prioritarie per gli impatti ambientali e i volumi di spesa, su cui definire i Criteri Ambientali Minimi (CAM), funzione che spetta a organismi appositamente istituiti: Il Comitato di Gestione, cui è affidata l'attività di coordinamento, oltre ad alcuni compiti tecnici, il Tavolo di confronto permanente, dove avviene il confronto tra il Ministero dell'ambiente, la Consip spa e le centrali di acquisto regionali sui criteri minimi da adottare; tavoli di consultazione con le associazioni di categoria, specifici per ciascuna categoria di prodotto indicata nel Piano. Il documento contiene, inoltre, specifiche prescrizioni per gli enti pubblici cui spetta analizzare i propri fabbisogni al fine di razionalizzare i consumi, identificare le funzioni competenti per l'attuazione del GPP al proprio interno e redigere un programma interno per implementare le azioni nell'ambito indicato. Una delle azioni, ad esempio, è la promozione di interventi di efficienza energetica presso gli edifici scolastici da parte degli enti locali. Il Piano fa riferimento, inoltre, a criteri correlati con l'innovazione in rapporto all'oggetto dell'appalto, in linea con quanto disposto dall'art. 70 e dal Considerando n. 47 e n. 48 della direttiva 2014/24/UE che suggeriscono di consentire varianti con frequenza ai fini della realizzazione degli obiettivi di Europa 2020. Sul tema, si vedano AMADEI, M. e COZZIO, M. (a cura di), *Appalti di servizi e criteri ambientali. Aspetti giuridici e tecnici*, Tangram, Trento, 2013.

56 Le modifiche sono state disposte, principalmente, da quattro decreti correttivi ovvero il d.lgs. n. 6/2007, il d.lgs. n. 113/2007, il d.lgs. n. 152/2008 e dal d.l. n. 70/2011.

con fini di semplificazione, sono, infatti, individuate ben novanta cause di esclusione insanabile dei partecipanti dalle gare.

Allo stato attuale, il recepimento delle nuove direttive europee in materia di appalti nell'ordinamento italiano è in corso di definizione. Nello specifico, il 29 agosto 2014, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, è stato approvato in Consiglio dei Ministri un disegno di legge delega intitolato "Delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE e della direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE". Il progetto è stato presentato al Senato il 18 novembre 2014 e rubricato come AS1678, in attesa di essere assegnato per l'esame e la discussione⁵⁷.

Nella relazione di accompagnamento al provvedimento, che entro il 18 febbraio 2016 sostituirà integralmente il decreto legislativo n. 163/2006 portando alla compilazione di un unico testo normativo denominato "Codice degli appalti pubblici e delle concessioni", si può leggere che "il recepimento della nuova normativa europea costituisce un'importante occasione per rivedere e razionalizzare la materia nel suo complesso, al fine di creare un sistema più snello, trasparente ed efficace, necessario per garantire la certezza giuridica nel settore e assicurare un'effettiva concorrenza e condizioni di parità tra gli operatori economici".

Trattandosi di un disegno di legge delega, il progetto richiamato contiene numerosi principi direttivi, che sono indicati quali elementi di guida per il provvedimento che dovrà essere adottato dal Governo. Alcuni tra questi appaiono particolarmente significativi e in grado di condizionare positivamente il recepimento del nuovo sistema di regolazione europea degli appalti.

Si pensi, ad esempio, al criterio secondo cui negli atti di recepimento non devono essere introdotti livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse; si tratta del c.d. divieto di goldplating, imposto al fine di evitare che gli Stati membri introducano regole che comportino costi e oneri aggiuntivi per le imprese ed i cittadini, maggiori rispetto a quelli già previsti dal legislatore comunitario. Oppure allo svolgimento di consultazioni con le principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della nuova normativa, al fine di acquisire le informazioni ed i dati necessari per redigere un testo normativo il più possibile rispondente alle diverse esigenze e pervenire a soluzioni quanto più possibile condivise⁵⁸.

O, ancora, alla trasparenza e pubblicità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive. La diffusione di questi principi persegue, peraltro, l'obiettivo di contribuire alle attività di prevenzione della corruzione nel settore degli appalti

57 Quale supporto nella definizione del provvedimento è stata, tra l'altro, costituita una commissione *ad hoc* presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), la quale ha fornito prime indicazioni al Senato della Repubblica già durante l'Audizione del Presidente dell'Autorità del 20 gennaio 2015.

58 Ma qui il progetto ma fa cenno all'obbligo che i risultati delle consultazioni debbano confluire nel provvedimento finale, il che comporta la possibilità che siano disattesi perdendo dunque di qualunque efficacia.

pubblici, al quale si correla la revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici attraverso l'introduzione di misure di premialità connesse a criteri "reputazionali" fondati su parametri oggettivi e misurabili, nonché di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera⁵⁹.

In materia di semplificazione procedurale, invece, si prevede, da un lato, la riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e la semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti e, dall'altro, il miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e delle concessioni per le piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione⁶⁰.

59 Si osserva, in merito, che la riorganizzazione dell'articolazione dell'ANAC, di cui si è detto, è coincisa con l'attribuzione di nuovi poteri in favore del presidente della medesima autorità ad opera del d.l. n. 90/2014. Nello specifico, il provvedimento ha riconosciuto in capo a tale soggetto un potere di formulazione di proposte al Commissario unico delegato dal Governo e alla società EXPO 2015 (che sta gestendo la realizzazione delle infrastrutture legate all'evento a seguito dell'emersione di fatti di corruzione nell'aggiudicazione degli appalti) in merito alla corretta gestione delle procedure di appalto nonché un potere di segnalazione di omissioni in relazione agli obblighi imposti dal d.lgs. n. 33/2013 (codice sulla trasparenza) nella pubblicazione on line di dati e informazioni. Sempre in relazione all'EXPO 2015 funzioni di alta sorveglianza, per il cui supporto è stata istituita un'apposita Unità operativa speciale, e poteri corrispondenti in relazione alla verifica preventiva della legittimità degli atti di gara, del rispetto degli obblighi di trasparenza, dell'adempimento di quelli contenuti nei protocolli di legalità redatti dalla prefettura di Milano, di ispezione e di accesso alla banca dati nazionale sui contratti pubblici e sulla documentazione antimafia. Infine, al Presidente dell'ANAC sono state assegnate funzioni incidenti sulle imprese in merito alle quali l'autorità giudiziaria sta indagando per delitti di concussione, corruzione, traffico di influenze, turnata libertà degli incanti o del procedimento di scelta del contraente. In specie, l'art. 32 del d.l. 90/2014 ha previsto, nell'interesse pubblico del completamento delle opere in corso di esecuzione, che il Presidente dell'ANAC, in presenza di fatti gravi e accertati, proponga al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente, la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione. Il prefetto, previo accertamento dei presupposti indicati e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto e ove l'impresa non si adegui nel termine di trenta giorni ovvero nei casi più gravi, provvede nei dieci giorni successivi con decreto alla nomina di uno o più amministratori. Un potere peculiare spetta, invece, direttamente allo stesso prefetto il quale, nel caso di indagini su organi societari diversi da quelli prima indicati, può avvalersi di una misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa e nominare fino a tre esperti che devono accompagnare l'impresa in un percorso di revisione virtuosa della prassi e dell'organizzazione aziendale.

60 Nel diritto italiano si rileva la tendenza alla dequotazione dei vizi formali in favore di una valorizzazione dei profili sostanziali dell'azione amministrativa. In materia di annullabilità del provvedimento amministrativo, l'art. 21 *octies*, co. 2, della l. n. 241/1990 (legge generale sul procedimento amministrativo), come riformato dalla l. n. 15/2005, recita infatti: "Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". In quest'ottica, si sono mossi interventi normativi recenti in materia di contratti pubblici. In primo luogo, il d.l. n. 70/2011 ha introdotto il co. 1 bis all'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, consentendo all'amministrazione di escludere i candidati solo in ipotesi tassativamente individuate dal legislatore. La discrezionalità amministrativa è stata così molto ridotta. Le cause di esclusione sono individuate col metodo di individuazione delle cause di nullità. In secondo luogo, il d.l. n. 90/2014 (convertito in legge nel mese di agosto 2014) ha disposto in merito alla semplificazione degli oneri formali nella partecipazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici. In particolare, l'art. 39 modifica in più parti il Codice dei contratti e, ai sensi di questa disposizione, il nuovo art. 38, co. 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006 recita "La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive...obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte". Questa previsione, ai sensi del nuovo art. 46, co. 1 ter, del medesimo provvedimento si applica "a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle di-

Infine, uno degli elementi principali di cui il legislatore italiano dovrà tenere conto in sede di recepimento è la necessità, fortemente promossa dal diritto europeo, verso una maggiore razionalizzazione delle procedure amministrative di aggiudicazione così come delle procedure organizzative e delle procedure di spesa⁶¹.

chiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara". Il sistema è allineato con la previsione di cui all'art. 56, co. 3, della direttiva 24/2014/UE, che indirettamente è collegata al considerando 84 nel quale si rileva come i cospicui oneri amministrativi gravanti sulle imprese in sede di domanda sono un ostacolo alla loro partecipazione. La previsione non si estende però alle offerte già presentate, né si lega alla possibilità di presentare una nuova offerta. Tra i mezzi di semplificazione va citata anche la previsione di cui all'art. 56, co. 2, della direttiva 2014/24/UE che permette alle amministrazioni aggiudicatrici, nelle procedure aperte, di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione. In tal caso, però, le stesse amministrazioni garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti. A riguardo, nel sistema italiano, l'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 prevede già che il controllo dei requisiti sia svolto nei confronti dell'aggiudicatario provvisorio, ovvero dopo la valutazione delle offerte e quale condizione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva. In termini di semplificazione procedurale, invece, l'art. 59 della direttiva 24/2014/UE prevede che l'autodichiarazione del possesso dei requisiti soggettivi sia redatta su un formulario unico europeo (il documento di gara unico europeo), che copre i certificati relativi a ogni condizione della fase di selezione qualitativa, sia se emessi da autorità pubbliche, sia da privati. Gli operatori economici possono, peraltro, riutilizzare il Dgue di una gara precedente, confermando la veridicità delle informazioni ivi contenute. Il Dgue sarà scaricabile in tutte le lingue da una piattaforma on line denominata e-Certis. Nel sistema italiano, l'art. 15 della l. n. 183/2011 ha previsto la decertificazione nei rapporti tra amministrazione e privati stabilendo che *"le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti"* da autocertificazioni. E, inoltre, *"Le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive...nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato"*. Le due discipline, quindi, non appaiono presentare un potenziale contrasto.

61 Quanto alle prime, il diritto europeo appare indifferente all'uso di procedure ordinarie e generali, mentre il diritto italiano, ai sensi dell'art. 55, co. 2, del d.lgs. n. 163/2006, esprime una preferenza per la procedura ristretta se il contratto non ha ad oggetto la sola esecuzione o se il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa. È comune, invece, la previsione secondo cui nelle procedure ristrette può essere posto un limite al numero di idonei che l'amministrazione invita a presentare offerta: così l'art. 65 della direttiva 2014/24/UE e già gli articoli 62 e 177 del d.lgs. n. 163/2006. Quanto alle nuove procedure previste dal diritto europeo, finalizzate come noto a promuovere la negoziazione in un'ottica di promozione degli scambi transfrontalieri, quella competitiva con negoziazione di cui all'art. 29 della direttiva 2014/24/UE (e in cui l'offerta iniziale è la base per la successiva negoziazione e deve essere formulata secondo i requisiti minimi inderogabili previsti a monte nel bando), non pare discostarsi molto dalla procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 56 del d.lgs. n. 163/2006. A questa sembra assimilabile, peraltro, anche il partenariato per l'innovazione, se non in termini sostanziali, in termini procedurali. Il dialogo competitivo di cui all'art. 30 della direttiva 2014/24/UE, che permette un dialogo tecnico con le stazioni appaltanti in merito alla definizione dell'oggetto contrattuale, era, invece, stato disciplinato già dall'art. 58 del Codice degli appalti italiano e presenta gli stessi presupposti di applicabilità della procedura competitiva con negoziazione. Tuttavia, questa procedura è stata sinora scarsamente utilizzata nel diritto interno: a fine 2013, infatti, la banca dati del servizio *Tenders Electronic Daily* dell'Unione europea mostrava come risultavano svolti 8994 procedimenti di dialogo competitivo in Europa, di cui solo 85 in Italia, a fronte dei 3425 della Francia e dei 2086 del Regno Unito. È probabile che ciò sia accaduto a causa delle difficoltà incontrate dalle stazioni appaltanti nella negoziazione basata su competenze e meccanismi molto tecnici ma emerge anche, più in generale, la scarsa capacità di negoziare delle stazioni appaltanti di piccole dimensioni (che rappresentano, di fatto, la maggior parte). Pertanto, si evidenzia qui, più che altrove, la necessità di accrescere la professionalità dei committenti pubblici. Sotto un altro profilo, le nuove direttive superano il carattere di eccezionalità e tassatività nell'uso delle due nuove procedure, estensione del margine applicativo di cui dovrà tenere conto la disciplina nazionale in sede di recepimento. Occorre, in proposito, considerare che per le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara, l'art. 32 della direttiva 2014/24/UE conferma un numero chiuso di cause legittimanti l'uso, ma non declina particolari oneri procedurali nell'uso di questa metodologia di affidamento. L'art. 57 del d.lgs. n. 163/2006, invece, prevede che la stazione appaltante individui gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni desunte da un'indagine di mercato, selezionandone almeno tre cui chiedere di presentare l'offerta, che sarà poi aggiudicata previa verifica del rispetto dei requisiti richiesti per contratti di uguale importo a mezzo di procedure aperte, ristrette o negoziate con bando. In materia di procedure di aggiudicazione la *ratio* della disciplina

È in tale ottica che, da un lato, tra i criteri direttivi della delega è contenuto il richiamo alla estensione delle forme di partenariato pubblico privato e alla conseguente incentivazione del loro utilizzo e, dall'altro, (particolarmente rilevante ai fini del presente contributo) si richiama la promozione di adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti⁶².

In conclusione, l'obiettivo di razionalizzare la spesa pubblica per appalti e concessioni, al fine di renderla più efficiente ed efficace attraverso l'uso diffuso delle centrali di committenza può essere correlata al rilancio di modelli di sviluppo e ripresa del sistema Paese nel suo complesso, modelli nei quali il procurement pubblico può diventare un vero e proprio motore di innovazione istituzionale.

Si tratta di un processo che coinvolge tutti gli attori istituzionali, ma in particolar modo quelli locali: gli acquisti effettuati dal comparto territoriale impegnano, infatti, l'ampia maggioranza delle risorse pubbliche destinate a tale funzione. Gli enti locali saranno, quindi, a breve chiamati all'assunzione di nuove responsabilità nella definizione di sistemi di procurement efficienti in cui, pur sussistendo un ruolo programmatico e propulsore da parte dello Stato, rimanga integra la centralità decisionale delle stazioni appaltanti chiamate a gestire in prima persona le scelte strategiche e di programmazione relative ai propri affidamenti. Queste ultime dovranno in ogni caso collocarsi nell'alveo del quadro normativo di riferimento vigente e futuro e nell'ambito delle quali le modalità organizzative, prescelte al fine di adempiere alle disposizioni che impongono l'accentramento della funzione acquisti, assumono un'importanza estremamente rilevante.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., "Le nuove misure di controllo della spesa pubblica", *Gior. Dir. Amm.*, n. 10, 2012.

AA.VV., "Il decreto «spending review»", *Gior. Dir. Amm.*, n. 12, 2012.

AA.VV., "Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni", *Gior. dir. amm.*, n. 12, 2014.

italiana, caratterizzata da un rigido formalismo, potrebbe dunque scontrarsi con quella europea, volta allo sviluppo della concorrenza e del mercato unico. In particolare, il sistema nazionale è favorevole alla riduzione massima della discrezionalità amministrativa delle stazioni appaltanti e la persegue, per esempio, con una rigida omologazione dei procedimenti rispetto all'automatismo dei confronti nelle offerte (offerta al prezzo più basso), all'immutabilità delle offerte (quindi, all'assenza di negoziazione su queste).

62 Si segnala, in merito, che i provvedimenti di cui alla manovra finanziaria per il periodo 2012-2014 hanno valorizzato, in generale, il ruolo delle centrali di committenza rispetto alla razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi in rapporto agli obiettivi di finanza pubblica. È in quest'ottica che l'art. 11 del d.l. n. 98/2011 ha previsto l'avvio, da parte del Ministero dell'economia e delle finanze, di un piano volto all'ampliamento della quota di spesa per gli acquisti di beni e servizi gestita dal sistema a rete. A tal fine, si dispone la pubblicazione, con cadenza trimestrale, delle categorie merceologiche oggetto del piano sul sito "www.acquistinretepa.it" e il rafforzamento del ruolo di Consip nel supporto alla razionalizzazione dei processi di approvvigionamento. E, inoltre, perseguita la finalità di incentivare gli acquisti in via telematica con la messa a disposizione in riuso del sistema informatico del Ministero dell'economia e delle finanze.

- ACOCELLA, C., "Art. 33 - Appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza", L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, Milano, 2013.
- ALBANO, G.L. y SPARRO, M., *Flexible Strategies for Centralized Public Procurement*, *Rev. Ec. In.*, vol. 1, n. 2, 2010 (reperibile in www.rei.unipg.it)
- AMADEI, M. e COZZIO, M. (a cura di), *Appalti di servizi e criteri ambientali. Aspetti giuridici e tecnici*, Tangram, Trento, 2013.
- BERGO, M., "Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi", *Federalismi.it*, n. 6, 2013.
- CANAPARO, P., "La legge costituzionale n. 1 del 2012: la riforma dell'articolo 81, il pareggio di bilancio e il nuovo impianto costituzionale in materia di finanza pubblica", *Federalismi.it*, n. 13, 2012.
- CANTONE, R. e MERLONI, F. (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015.
- CARANTA, R., *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2004.
- CARANTA, R., "Le centrali di committenza", R. Garofoli e M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano, 2005.
- CARANTA, R. e COSMIN DRAGOS, D., "La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici", *Urb. App.*, n. 5, 2014.
- CAVALLO PERIN, R. e RACCA, M.G., "La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici", *Dir. amm.*, n. 2, 2010.
- D'ALTERIO, E., *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2015.
- DELLA CANANEA, G., *I mercati dell'amministrazione. Le nuove procedure per l'acquisto di beni e servizi*, Ipsoa, Milano, 2005.
- DELLA CANANEA, G., "Le alternative all'evidenza pubblica", C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, I, Utet, Milano, 2007.
- DI CRISTINA, F., "La corruzione negli appalti pubblici", *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 1, 2012.
- DI FOLCO, M., "Gli acquisti pubblici e gli appalti", AA.VV., "Le nuove misure di controllo della spesa pubblica", *Gior. Dir. Amm.*, n. 10, 2012.
- DI LASCIO, F., "Le centrali di committenza regionali", in L. Fiorentino (a cura di), *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nella Repubblica federale*, Il Mulino, Bologna, 2011.

- DI LASCIO, F., “Centralizzazione degli acquisti, spending review e autonomia locale”, *Gior. dir. amm.*, n. 2, 2014.
- DI SCIASCIO, A.F., “La compatibilità comunitaria della proroga ex lege delle convenzioni Consip”, *Urb. app.*, n. 11, 2014.
- DIMITRI, N., DINI, F. e PIGA, G., “When Should Procurement Be Centralized?”, N. Dimitri, G. Piga e G. Spagnolo (a cura di), *Handbook of Procurement: Auctions, Contracting, Electronic Platforms and Other Current Trends*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- FIORENTINO, L., “Le centrali di committenza”, L. Fiorentino e C. Lacava (a cura di), “Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici”, *Quaderno Gior. dir. amm.*, n. 9, 2004.
- FIORENTINO, L., “Le spese di funzionamento delle pubbliche amministrazioni”, *Gior. Dir. Amm.*, n. 4, 2013.
- GASPARRI, W., “L’evoluzione della disciplina per la concentrazione della domanda di beni e servizi nell’amministrazione pubblica”, D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.
- GIMENO FELIU, J.M. (dir.) e BERNAL BLAY, M.A. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- IAIONE, C., “L’ambito oggettivo e soggettivo (artt. 3; 28-33; 14-15; 53)”, M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010.
- LICHÈRE, F. (red.), CARANTA, R. (red.) e TREUMER, S. (red.), *Modernising Public Procurement: The New Directive, European Procurement Law Series vol. 6*, Djof Publishing, Copenhagen, 2014.
- MACRÌ, M., “Il nuovo sistema di acquisti di beni e servizi”, *Gior. Dir. Amm.*, n. 12, 2012.
- MAZZANTINI, G., “La lunga strada della spending review”, AA.VV., “Il decreto «spending review»”, *Gior. Dir. Amm.*, n. 12, 2012.
- MORBIDELLI, G. e ZOPPOLATO, M., “Appalti pubblici”, M.P. Chiti e G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte spec., tomo I, Giuffrè, Milano, 2007.
- MORGANTE, D., “La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio”, *Federalismi.it*, n. 14, 2012.
- MORRONE, A., “Pareggio di bilancio e stato costituzionale”, *Rivista AIC*, n. 1, 2014.
- NAPOLITANO, G., “La crisi del debito sovrano e le misure di «riduzione dello Stato»”, *Gior. Dir. Amm.*, n. 12, 2010.

- NAPOLITANO, G., "Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione", *Gior. Dir. Amm.*, n. 5, 2012.
- NAPOLITANO, G., *Crisi economica e ruolo del diritto amministrativo*, 4, relazione discussa al XIX Congreso Italo Espanol de profesores de derecho administrativo "Crisis economica y crisis del estado del bienestar. El papel del derecho administrativo", Madrid, 18-20 ottobre 2012.
- NAPOLITANO, G. e ABBRESCIA, M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- OCSE, *Government at glance*, 2013.
- OECD, *Centralised and Decentralised Public Procurement*, Sigma Papers, 2000.
- OECD, *Centralised purchasing systems in the European Union*, Sigma papers, 2010.
- OECD Publishing, e da *Public Procurement Network*, *The comparative survey on the national public procurement system across the PPN*, 2010.
- PÉREZ, R., "Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal compact", *Gior. Dir. Amm.*, n. 5, 2012.
- PIPERATA, G., "L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione", F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2014.
- RACCA, G.M., "Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici", *Aperta Contrada* (www.apertacontrada.it).
- RACCA, G.M., "Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie", A. Pioggia, M. Dugato, G. M. Racca e S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l' aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2008.
- RACCA, G.M., "La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro", *Foro Tar*, n. 7-8, 2010.
- RACCA, G.M., "Professional Buying Organisations, Sustainability and Competition in Public Procurement Performance", paper discusso alla *IV International Public Procurement Conference, 2010*, Corea, par. 1 (in www.ippa.org/IPPC4/Proceedings/18TransparencyAccountabilityinProcurement/Paper18-13.pdf).
- RACCA, G.M., "La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)", B.G. Mattarella e M. Pelissero (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013.
- RICCHI, M., "La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici", *Urb. app.*, n. 7, 2014.

- SÁNCHEZ GRAELLS, A., “Novedades en materia de compra colaborativa y adjudicación de concesiones de servicios en las nuevas Directivas de febrero de 2014”, *Anuario de Derecho Municipal* 2013, n. 7, 2013,
- SANDULLI, M.A., CANCRINI, A., “I contratti pubblici”, F. Merloni e L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010.
- TROELS POULSEN, S., STIG JAKOBSEN, P. e EVERS KALSMOSE-HJELMBORG, S. (a cura di), *EU Public procurement law*, II ed., Djof Publishing, Copenhagen, 2012.
- VANNUCCI, A., “Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione”, G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.
- ZUCCOLOTTO, S. e MINGANTI, L., “Evoluzione storica del processo di acquisto della pubblica amministrazione”, L. Fiorentino (a cura di), *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2007.

EL NUEVO MARCO JURÍDICO COMUNITARIO APLICABLE A LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN¹

MARÍA HERNANDO RYDINGS

Profesora Doctora de Derecho Administrativo

Universidad Rey Juan Carlos

I. Objeto de estudio y precisiones previas

El ámbito de la contratación pública viene siendo tradicionalmente un claro ejemplo de sector sometido a la constante actividad del legislador². Esta vez le ha correspondido al comunitario, el cual acaba de adoptar un nuevo paquete legislativo, constituido por las conocidas como Directivas de cuarta generación³. En éste aparecen comprendidas tres nuevas Directivas: la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios

1 Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación "Potestad sancionadora y organismos reguladores" (DER 2011-22549) integrado en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid (Ref. 931089) sobre *Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa*. Por otro lado, el citado estudio ha sido objeto de publicación en el Homenaje al Prof. L. Cosculluela Montaner, actualmente en prensa.

2 En este sentido, L. Cosculluela Montaner, en el prólogo recogido en HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público privada. Fórmulas Contractuales*, Civitas, Madrid, 2011, afirmaba de manera muy ilustrativa que nos encontramos ante una atormentada normativa en la que el Derecho comunitario y la legislación nacional que hace las correspondientes trasposiciones al Derecho nacional, parecen jugar al ratón y al gato, con las consiguientes reacciones de aquél y la consiguiente movilidad de la normativa reguladora de contratos.

3 De esta forma se refieren a aquellas, entre otros, GIMENO FELIU, J.M., "Las nuevas Directivas – cuarta generación – en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente de compra pública", *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, n. 159, julio-septiembre 2013, p. 39; y MORENO MOLINA, J.A., "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos", *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013, p. 115. También se han ocupado de su análisis en *La contratación pública a debate, Presente y futuro*, FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y BELLO CONDIDE, J. (coords.), Civitas, Madrid, 2014.

postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17⁴. El legislador nacional dispone de un plazo de dos años para su transposición en el derecho interno.

En términos generales, cabe señalar que el objetivo de la reforma consiste en modernizar el escenario de la contratación pública, para que logre ser más eficiente y competitivo y permita, a su vez, el cumplimiento de políticas públicas concretas de conformidad con los objetivos fijados en la estrategia Europa 2020⁵.

De esta forma, el marco normativo de la UE sobre contratación pública, queda actualmente integrado, además de por las citadas Directivas, por la Directiva 2009/81, que establece normas específicas para la contratación en los ámbitos de la defensa y la seguridad, así como por las Directivas 89/665 y 92/13 (modificadas en virtud de la Directiva 2007/6) que fijaron normas comunes para los procedimientos de recurso a nivel nacional⁶.

No obstante, en las líneas que siguen, nos centraremos en la nueva normativa comunitaria aplicable al ámbito de las concesiones, o dicho de otro modo, al estudio del marco jurídico comunitario aplicable a la colaboración público privada contractual. La iniciativa resulta ser novedosa, por cuanto, conviene tener presente que es la primera vez que la UE opta por regular el mercado concesional, desde que comenzara a ocuparse de las formas de colaboración público privada, a principios de la década de los noventa⁷.

4 Fueron publicadas en el DOUE con fecha de 28 de marzo de 2014. Por otro lado, como antecedentes del citado paquete, hay que tener presentes, fundamentalmente, la Comunicación de la Comisión «Hacia un Acta del Mercado Único: por una economía social de mercado altamente competitiva», de 27 de octubre de 2010, COM (2010) 608, la cual incluye la reforma sobre la contratación pública como una de las doce acciones prioritarias inscritas en el Acta de Mercado Único, el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, de enero de 2011, el cual inicia el trámite de reforma y la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública.

5 “Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, COM (2010) 2020.

6 Al respecto, como apuntó MEDINA ARNAIZ, T., “La regulación europea de contratación pública no se agota en las Directivas: Nota sobre el nuevo Reglamento Financiero de la Unión”, Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es), habría que tener también en cuenta, el Reglamento 966/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y el Reglamento Delegado (UE) 1268/2012 de la Comisión, de 29 de octubre de 2012, sobre sus normas de desarrollo.

7 Al respecto puede consultarse el desarrollo de la CPP, tanto en el ámbito de la UE como en el de algunos Estados miembros en HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, cit.. En este sentido, como se apunta en la citada monografía, a comienzos de los noventa, la UE apuesta por la participación del sector privado en la consecución de los objetivos públicos para dar solución a los problemas que comenzaban a plantearse en esos años. Así, por un lado, en orden a garantizar la consecución y consolidación de un mercado común, resultaba imprescindible que aquella estuviera bien comunicada y que por tanto contara con un sistema competitivo de infraestructuras de transporte. No obstante, en la consecución de este objetivo resultaba imprescindible contar con la financiación del sector privado, por cuanto las Administraciones Públicas, debían ajustar su endeudamiento a los límites fijados en Maastricht y dar cumplimiento al principio de estabilidad presupuestaria. Ésta es, a nuestro juicio, la razón por la que, la Unión, partiendo del éxito que estaba teniendo este tipo de técnicas en el Reino Unido, decide apostar también por la CPP y comienza desde la década de los noventa a trabajar en su difusión, fundamentalmente en documentos de *soft law*. Entre éstos destaca en primer lugar, el conocido Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (COM (2004) 327), el cual ya puso de manifiesto la necesidad de adoptar iniciativas legislativas para regular las concesiones de manera conjunta y/o separada del resto de contratos públicos). En este mismo año, Eurostat publica un importante documento, con el fin de armonizar los criterios contables que deben ser utilizados y aplicados por parte de los países comunitarios a la hora de contabilizar sus operaciones, de CPP. Asimismo, en el año 2009, la Comisión publica la Comunicación relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada, así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al

Asimismo es importante subrayar que a pesar de que se planteaba la posibilidad de aprobar la correspondiente normativa en la que se incluyeran todo este tipo de fórmulas, (las de base concesional no estaban reguladas), finalmente se descartó esta posibilidad, y uno de los principales argumentos utilizados fueron las grandes diferencias existentes entre los distintos regímenes jurídicos de los estados comunitarios. En este sentido, la única técnica de participación privada en los cometidos públicos que se encontraba regulada en las Directivas comunitarias sobre contratación pública de 2004, eran las concesiones de obra pública y el único guiño realizado a lo que la Comisión denominó otro tipo de contratos de CPP de base no concesional fue la introducción del procedimiento de diálogo competitivo.

En cualquier caso, como decimos, ha sido veinte años después, cuando la UE se ha decidido a adoptar un marco jurídico sistematizado que resulta de aplicación a cualquier tipo de concesión y ello por cuanto, se trata de cumplir, como se señalaba más arriba, con los objetivos de la Estrategia Europa 2020, la cual ya puso de manifiesto el papel clave que juega la contratación pública en la consecución de sus objetivos, afirmando respecto de las concesiones que “representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de infraestructuras y servicios, contribuyen al desarrollo de la competencia en el mercado interior, aprovechando las competencias del sector privado y permiten lograr eficiencia y aportar innovación”.

Pero para poder lograr lo anterior, resultaba necesario instaurar un marco jurídico uniforme aplicable a las concesiones con el fin de facilitar el acceso al mercado del mayor número de operadores económicos garantizando que dicho acceso sea efectivo y no discriminatorio. En definitiva se persigue, dotar de seguridad jurídica al sistema de las concesiones proporcionando una definición homogénea y precisa sobre la figura de la concesión así como disposiciones sobre los procedimientos de su adjudicación. Además, se logra acabar con el sistema anterior en virtud del cual sólo las concesiones de obras públicas se regían por la Directiva 2004/18, mientras que a las de servicios únicamente les resultaban de aplicación los principios del TFUE (igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia), lo que determinaba la aparición de un riesgo de inseguridad jurídica como consecuencia de la aparición de interpretaciones diversas de los principios por parte de los legisladores nacionales. Pero no sólo eso, sino que además van a quedar sometidas a la presente Directiva las concesiones de todos los sectores regulados por el derecho comunitario de la contratación pública, esto es, las concesiones adjudicadas en el sector clásico, las correspondientes a los sectores excluidos y las de defensa y seguridad⁸.

Hechas las anteriores consideraciones y centrado el análisis, conviene a continuación analizar el contenido de la recientemente aprobada Directiva 2014/23/UE relativa

Comité de las Regiones, de 19 de noviembre de 2009, relativa a movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP), (COM (2009) 615 final).

8 No obstante, hay que tener en cuenta que respecto del sector de la defensa, la Directiva condiciona su aplicación a la garantía efectiva de los intereses generales de la seguridad, tal y como se señala en el artículo 10.5 de la citada Directiva.

a la adjudicación de los contratos de concesión y que como decía al principio constituye el marco normativo comunitario de la colaboración público privada contractual.

II. La Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión

El análisis de la citada norma, se va a desarrollar en torno a tres ejes fundamentales: el ámbito de aplicación de la Directiva, el contenido del riesgo, como elemento vertebrador de las concesiones, y en las especialidades que presenta la nueva norma.

1. Ámbito de aplicación de la Directiva de concesiones

El ámbito de aplicación de la Directiva requiere el cumplimiento de una triple exigencia: subjetiva, objetiva y cuantitativa. En este sentido, de conformidad con lo estipulado en el artículo 1, la Directiva resulta de aplicación a “los procedimientos de contratación por parte de poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras por medio de una concesión de un valor estimado igual o superior a los umbrales establecidos en el artículo 8”.

A) Ámbito subjetivo de aplicación

En primer lugar, tal y como estipula el artículo 1.2, ésta se aplicará a la adjudicación de concesiones de obras o servicios a los operadores económicos por un poder adjudicador, o por una entidad adjudicadora, siendo necesario en este último caso que las obras o servicios estén destinadas a la realización de alguna de las actividades recogidas en el anexo II.

El concepto de poder adjudicador, fijado en el artículo 6 de la Directiva, coincide, en términos generales con el concepto establecido en la nueva Directiva sobre contratación pública 2014/24 sobre contratación pública (art. 2.1), que, a su vez, toma el relevo del fijado en la derogada Directiva 2004/18. El artículo 6 dispone que: “A efectos de la presente Directiva serán «poderes adjudicadores» el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público distintos de aquellos que desarrollen alguna de las actividades recogidas en el anexo II y adjudiquen una concesión para la realización de una de esas actividades”⁹.

Por otro lado, respecto de las entidades adjudicadoras, hay que tener en cuenta una premisa previa y es que la concesión debe ser adjudicada para la realización de alguna de las actividades recogidas en el anexo II (actividades relacionadas con el gas, calefacción, electricidad, servicios postales, servicios de transporte y la prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, y puertos y aeropuer-

⁹ Nótese que el concepto se incluyó también, en nuestro ordenamiento interno, primero en virtud de la LCSP, y actualmente en el artículo 3.2 del TRLCSP.

tos). Asimismo, será necesario que la entidad correspondiente pueda ser incluida en alguna de las categorías recogidas en el artículo 7.

En este sentido, quedan incluidos, los poderes adjudicadores (que desarrollen una de las actividades del anexo II); las empresas públicas¹⁰ cuyo concepto no presente ninguna novedad respecto del ya fijado en la LCSE (art. 3.2.b) y las entidades distintas de las anteriores pero que funcionan sobre la base de derechos especiales o exclusivos, concedidas por una las autoridades competentes de un Estado miembros para ejercer una de las actividades del anexo II, salvo que los citados derechos se hayan concedido contando con la debida publicidad.

Estas previsiones coinciden con las fijadas en la nueva Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, la cual se ocupa de concretar la categoría de poder adjudicador en el artículo 3 y la de entidad adjudicadora en el artículo 4, aunque apenas se detectan diferencias materiales.

En cualquier caso, como han puesto de manifiesto algunos, podría haberse optado por remitir el contenido de cada categoría a lo dispuesto, respectivamente, en la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y a lo establecido en la Directiva 2014/25/UE, de adjudicación de contratos en sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales)¹¹.

B) Ámbito objetivo

Ante todo, hay que realizar una importante precisión previa y es que la Directiva no prejuzga ni impone una determinada forma de organizar o de prestar los servicios o, en su caso, de ejecutar las obras por parte de los Estados miembros (art.2). De esta forma no se predetermina la elección del modo de gestión, pero sí establece normas particulares para el caso de que se opte por la gestión indirecta.

Dicho lo cual, la Directiva dedica el artículo 5 a definir los dos tipos de contratos de concesión que regula: las de obras y las de servicios. En este sentido, las concesiones de obras son contratos a título oneroso celebrados por escrito, en virtud del cual, uno o más poderes o entidades adjudicadoras, confían al ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida consiste, bien en el derecho a explotar la obra objeto del contrato o en este mismo derecho en conjunción con un pago.

A su vez el artículo 5.7 define ejecución de obras como la ejecución o el proyecto y la ejecución de obras relacionadas con las actividades recogidas en el anexo I o bien la ejecución de una obra que responda a las especificaciones suministradas por el poder

¹⁰ Que son aquellas, de conformidad con las estipulaciones del artículo 7.4, sobre las que los poderes adjudicadores pueden ejercer una influencia dominante por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que la rigen. La influencia dominante se ejerce sobre una empresa pública, en cualquiera de los siguientes casos: cuando el PA está en posesión de la mayoría del capital suscrito de la empresa, cuando el PA dispone de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa o, cuando pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de supervisión.

¹¹ En este sentido se pronuncia LAZO VITORIA, X., "El futuro del mercado concesional en Europa", *Revista CEFLEGAL*, n. 154, noviembre 2013, p. 157.

o entidad adjudicadora. Por su parte, el anexo I recoge un listado de actividades tradicionalmente propias del contrato de obras, tales como la construcción, reparación, trabajos de aislamiento, instalaciones, etc.

Por su parte, el objeto de la concesión de servicios (art. 5.1.b) consiste en confiar la prestación y la gestión de servicios distintos a la ejecución de obras a uno o más operadores económicos cuya contrapartida consiste: bien en el derecho a explotar el servicio objeto del contrato únicamente, o en este mismo derecho en conjunción con un pago¹².

De esta forma, como ya advirtiera la Comisión en su Comunicación Interpretativa sobre las concesiones en Derecho Comunitario¹³, la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras (también trasladable al de servicios) es que otorga el derecho de explotación de la obra/servicio como contrapartida de la construcción de la misma, pudiendo ir este derecho de explotación acompañado de un precio. Por tanto, la causa de los contratos de concesión, tanto de obras como de servicios, es el derecho de explotación de la obra construida o del servicio implantado que se reconoce al concesionario, con independencia de que tal derecho pueda venir acompañado de un precio pagado por la entidad contratante.

Asimismo, conviene recordar que las concesiones venían estando caracterizadas por la forma en que debía abonarse la retribución, pudiendo proceder ésta, bien del derecho de explotación, o bien acompañando dicho derecho del abono de un pago. No obstante, junto con las anteriores modalidades de retribución, resulta ciertamente novedoso que el considerando 18 de la citada Directiva, aclare, respecto de los regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, que las operaciones correspondientes podrán considerarse concesión si la recupera-

12 En este sentido, respecto de los sectores excluidos, (el anexo II, incluye en términos similares a cómo lo hacía la Directiva 2004/17, determinadas actividades relacionadas con el gas, calefacción, electricidad, servicios postales, servicios de transporte y la prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, y puertos y aeropuertos) y teniendo en cuenta que la mayor parte de estos se encuentran, o bien, liberalizados o bien sometidos a algún tipo de reserva, entiendo que las concesiones de servicios sólo podrán llevarse a cabo respecto de las actividades que no se encuentren limitadas por las razones antes expuestas, lo que determinará la necesidad de concretar en cada uno de los sectores excluidos, qué ámbitos se encuentran sometidos a la competencia y cuáles no. Más aún si tenemos en cuenta las previsiones del artículo 16, que excluye del ámbito de aplicación de la Directiva, aquellas concesiones adjudicadas por una entidad adjudicadora, en el caso de que la actividad correspondiente esté sometida a la libre competencia. Por tanto, entiendo que para nuestro derecho interno, será escasa la utilidad práctica de la Directiva en lo que respecta a las concesiones de servicios en los sectores excluidos. Por otro lado, se ha llamado la atención también sobre las discrepancias que surgieron durante la tramitación legislativa de la Directiva de concesiones en relación con el tratamiento legislativo de los servicios de interés general (art. 14 TFUE). En este sentido, como bien afirma LAZO VITORIA, X., "El futuro del mercado concesional...", cit., pp. 148-149, y partiendo de que la decisión sobre la organización, prestación y financiación de estos servicios corresponden en primer término a los Estados miembros, la cuestión que se plantea es "si resulta admisible una intervención legislativa mediante la regulación de las concesiones de servicios en circunstancias en que dicha intervención alcanza de un modo tan significativo a un ámbito, el de los servicios de interés general, en el cual los Estados tienen asignado un papel de primer orden." No obstante, como veremos en el apartado relativo a las exclusiones del ámbito de aplicación de la Directiva, la cuestión ha quedado más o menos dilucidada desde el momento en el que el sector del agua ha sido excluida del ámbito de aplicación y de que el sector sanitario sólo queda parcialmente incluido en el citado ámbito, es decir, que finalmente el legislador comunitario ha incluido únicamente en los sectores excluidos, aquellos que se encuentran caracterizados como servicios económicos de interés general. Ahora bien, como apuntaba antes, hay que tener también en cuenta que si los citados sectores se encuentran abiertos a la competencia tampoco van a quedar sometidos al ámbito de aplicación de la Directiva.

13 Diario Oficial C 121 de 29.4.2000.

ción de los costes e inversiones realizados por el operador económico depende de la demanda o suministro efectivo de los bienes o servicios correspondientes.

Pero además, resulta imprescindible que la adjudicación de las concesiones de obras o servicios implique la transferencia al concesionario de un *riesgo operacional* en la explotación de las obras o de los servicios. Sin transferencia de riesgo no hay concesión. Retomaremos el análisis del riesgo en el siguiente apartado de esta exposición.

C) Ámbito cuantitativo

Finalmente, para que una concesión quede sometida a la Directiva, es necesario que tenga un valor igual o superior a 5.186.000€ (art.8), basado en el importe total, sin incluir el IVA. En este sentido, la Directiva ha optado por eliminar las previsiones recogidas en el proyecto en virtud de las cuales se establecían reglas diferenciadas para calcular el valor estimado de las concesiones según su objeto fueran obras o servicios¹⁴.

2. Exclusiones

La Directiva establece, en sus artículos 10 a 17, numerosas excepciones a su ámbito de aplicación. Así, entre otras, el artículo 10, excluye las concesiones de servicios de transporte aéreo (Reglamento 1008/2008), así como las relativas a servicios públicos de transporte de viajeros (Reglamento 1370/2007). También se excluyen, a tenor de lo establecido en el 8.3, las concesiones otorgadas con arreglo a procedimientos de contratación en el marco de un acuerdo internacional celebrado de conformidad con el TFUE entre un Estado miembro y uno o varios países terceros, o establecidas en virtud de una organización internacional.

Asimismo, como apuntábamos más arriba, el artículo 16, excluye las concesiones adjudicadas por una entidad adjudicadora cuando en el Estado miembro donde vayan a ejecutarse las concesiones, haya quedado probado que la actividad está sometida directamente a la competencia¹⁵.

Por otro lado, la Directiva, excluye las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable a dichas redes. Asimismo, se excluyen las concesiones de servicios para la evacuación o tratamiento de aguas residuales y para proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje¹⁶. En este

¹⁴ Este régimen fue muy criticado, entre otros por parte de la Comisión de Mercado Interior y protección del consumidor, Parlamento Europeo en *Proyecto de Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión*, de 5 de julio de 2012, en el que proponía la fijación de un umbral único así como la simplificación de las reglas de cálculo.

¹⁵ Vid nota 10.

¹⁶ Al respecto el considerando 40 de la Directiva dispone que: En el sector del agua, las concesiones están sujetas a menudo a mecanismos específicos y complejos que requieren una consideración especial debido a la importancia del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión. Las características especiales de dichos mecanismos justifican exclusiones en el sector del agua ámbito de aplicación de la presente Directiva. La exclusión incluye las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable o a suministrar agua potable a dichas redes. También debe excluirse, en la medida en que los servicios estén vinculados a una de las actividades mencionadas,

sentido, hay que tener en cuenta que esta exclusión es el resultado – por cuanto inicialmente se encontraba incluida en el Anexo II – de un complejo proceso previo en el que parece que finalmente fue determinante la Iniciativa Ciudadana Europea presentada ante la Comisión Europea el 10 de mayo de 2012, con la finalidad de que este sector quedara al margen de las normas del mercado interior y que por tanto, los servicios del agua quedaran excluidas del ámbito de la “liberalización”¹⁷. Haciéndose eco de las citadas reclamaciones, el Comisario M. Barnier, finalmente emitió un comunicado con fecha de 21 de junio de 2013 en el que confirmaba que iba a proponerle a la Comisión, la exclusión de este sector del ámbito de aplicación de la Directiva de concesiones¹⁸.

Por su parte, el artículo 17 excluye las concesiones que tengan lugar entre entidades del sector público. Éste, dividido en cinco apartados, incluye a su vez cuatro supuestos distintos, respecto de los que exige el cumplimiento de una serie de condiciones¹⁹.

Por otro lado, la Directiva también contempla la exclusión parcial de determinados sectores, como ocurre en el caso del ámbito de la defensa y los servicios sociales, sanitarios o educativos.

Éstos últimos, de conformidad con las previsiones del considerando 53, se prestan en el marco de un contexto particular que varía mucho según el Estado miembro de que se trate debido a la existencia de diferentes tradiciones culturales. Como consecuencia de ello, la Directiva obliga a publicar, en el caso de concesiones de un valor igual o superior al umbral establecido en la Directiva, un anuncio de información previa y un anuncio de adjudicación de la concesión. Asimismo, en relación con la adjudicación de contratos de concesión en estos ámbitos, los Estados miembros deben someter las medidas adecuadas para garantizar la observancia de los principios de transparencia e igualdad de trato de los operadores económicos.

Respecto del ámbito de la seguridad y la defensa, el artículo 10, apartados 5 y 6, establece los supuestos que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. Así, entre otros, se permite su no aplicación a las concesiones que estén reguladas por acuerdos internacionales o en los casos en que la revelación de información pueda considerarse contraria a los intereses esenciales de seguridad de un Estado miembro.

la concesión de servicios para la evacuación o tratamiento de aguas residuales y para proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje (siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje).

17 Ésta constituye la primera Iniciativa Ciudadana Europea y la misma fue suscrita por 1,5 millones de personas.

18 Disponible en la web: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/barnier/docs/speeches/20130621_water-out-of-concessions-directive_en.pdf

19 Estos supuestos son los siguientes: 1. Concesiones adjudicadas por un poder o entidad adjudicadora a un medio propio. Aquí se recogen las conocidas como relaciones *in house*, pero para que pueda aplicarse la exclusión es preciso que se cumplan las condiciones de control establecidas en el apartado 1 y que vienen a recoger los criterios del jurisprudenciales del TJUE. 2. Concesiones adjudicadas por un medio propio controlado, que es a su vez PA/EA, adjudica una concesión a su PA/EA de control o bien adjudique una concesión a otra persona jurídica controlada por el mismo PA/EA. 3. Concesiones adjudicadas por un PA/EA a otra persona jurídica sobre la que ejerce un control de forma conjunta con otros PA/EA. 4. Cuando se trate de acuerdos de cooperación entre PA/EA.

3. El riesgo

Para que una determinada operación pueda ser calificada como concesión, resulta imprescindible que se transfiera al concesionario el *riesgo operacional* de la misma en la explotación de las obras o servicios. A su vez, el riesgo operacional, tal y como dispone el artículo 5.1. *in fine*, abarca el de demanda, o el de suministro o ambos²⁰. En este sentido, debe entenderse por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Por su parte, el riesgo de oferta es el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de servicios no se ajuste a la demanda²¹. De esta forma, el riesgo operacional aparece caracterizado como el eje vertebrador de las concesiones.

En un intento de depuración conceptual, la Directiva procede, además, a fijar criterios destinados a la concreción, tanto de su contenido, como de la parte del riesgo que debe transferirse al concesionario para que la operación correspondiente pueda merecer la calificación de concesión.

La norma entiende que “la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni que cubra los costes que haya contraído para explotar las obras o servicios adjudicados *en condiciones normales de funcionamiento*”, y ello, como aclara el considerando 18, aunque parte del riesgo siga asumiéndolo el poder/entidad adjudicadora. A mayor abundamiento, el artículo 5 exige que “la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado, y que pueden consistir en un riesgo de demanda, de suministro o de ambos”. Exponerse a las incertidumbres del mercado implica que cualquier pérdida potencial en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable²².

Y aunque la retribución provenga únicamente del poder/entidad adjudicadora, puede haber concesión siempre y cuando la recuperación de las inversiones y de los

20 A la hora de concretar el contenido del riesgo que debe transferirse al concesionario para que la operación pueda merecer la calificación de concesión, podemos recordar, como precedente, la Comunicación Interpretativa de la Comisión del año 2000, la cual establecía que, en una concesión de obras públicas, el derecho de explotación que se reconoce al concesionario conlleva la asunción de los riesgos de ejecución y explotación de la obra, implicando éste último “la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento.”

21 Vid., cdo. 20 de la Directiva. Sobre la configuración del riesgo en el proyecto de Directiva, puede consultarse LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional...”, cit., pp. 143 y ss.

22 El citado considerando toma, a su vez, la doctrina sentada por la jurisprudencia del TJUE. En este sentido, la Sentencia 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09, afirma que: “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”.

costes que hubiera satisfecho el operador, dependen de la demanda o suministros efectivos de esos bienes o servicios²³.

En cambio, no habría transferencia de riesgos si el poder/entidad adjudicadora alivia al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico debe asumir en relación con la ejecución del contrato. Al respecto cabe recordar que el TJUE estableció en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008 (As. C-437/07, *Comisión/Italia*) que no existe riesgo alguno cuando el concesionario recibe un importe fijo en concepto de explotación de la obra²⁴.

De esta forma, la existencia del riesgo operacional depende del grado de incertidumbre presente, ya que, como establece el considerando 20, éste aparece ligado a factores que escapan al control de las partes y al respecto “no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, los riesgos vinculados a la mala gestión, a los incumplimientos del contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión”.

En cambio, el hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio, no impide, tal y como sostiene la Directiva, que el contrato pueda considerarse una concesión lo que ocurre cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder/entidad adjudicadora, o por causas de fuerza mayor²⁵.

Por otro lado, no se exige la transferencia total del riesgo operacional, sino que parte del mismo puede quedar en manos del poder/entidad adjudicadora, tal y como se desprende del artículo 5.1 *in fine* cuando afirma que: “la parte de los riesgos transferidos al concesionario...”. Tampoco se califica expresamente la cuantía que ha de trasladarse, a diferencia de lo que hacía la propuesta de Directiva, que exigía que la misma fuera *sustancial*. Lo que se exige es que la transferencia se haga en la medida suficiente como para asegurar que el concesionario está expuesto a las incertidumbres del mercado, lo que implica, como ya hemos afirmado, que cualquier pérdida potencial o estimada en que incurra éste no es meramente nominal o desdénable.

²³ Vid., considerando 18 *in fine*.

²⁴ Así lo declaró el TJUE, al hilo de un contrato calificado como concesión de obras públicas que tenía por objeto la construcción de la infraestructura necesaria para la implantación de un tranvía (la prestación del servicio público de transporte no estaba integrada en dicho contrato, sino que se hacía cargo de la misma un tercero). La explotación de la obra consistía en la percepción de un canon fijo de la entidad gestora del servicio de transporte público, canon que había sido fijado por el titular del servicio (y también entidad adjudicadora del contrato de concesión de obras públicas) por un importe más o menos equivalente a la inversión que debía realizar el concesionario de obra pública para construir las obras necesarias para implementar el tranvía. La garantía de la retribución del concesionario de obra pública elimina su riesgo en la ejecución del contrato, y la ausencia de riesgo del concesionario trae como consecuencia la calificación del contrato como de obras, en lugar de concesión de obras públicas, y consecuentemente, la aplicación al contrato de un régimen jurídico distinto.

²⁵ Vid., considerando 19.

Dicho lo cual, conviene precisar que lo anterior, resulta clave a efectos de transposición en nuestro Derecho interno, por cuanto, la norma no exige una aplicación rigurosa del principio de que el concesionario es el que asume todos los riesgos inherentes a la construcción y explotación de la obra²⁶. Y la aplicación del principio de riesgo y ventura no debe ser rigurosa, a mi juicio, en un doble sentido.

La Directiva entiende que se transfiere el riesgo operacional cuando se transfiere el riesgo de demanda o de uso o ambos. Al no ser acumulativos, parece que podría tomarse en consideración, a efectos de la distribución de riesgos, el principio general de quién es el más capacitado para asumirlos ya que de ello va a depender, en buena medida, el éxito de este tipo de contratos y que la operación represente *value for money*²⁷.

Pero por otro lado, el concepto de riesgo operacional debería permitir la aplicación de reglas del reequilibrio financiero del contrato por actuaciones no controladas por el concesionario, ajenas a su correcta gestión o a la debida diligencia en la planificación de la concesión, tal y como ha venido reconociendo nuestra propia jurisprudencia²⁸.

Y es al legislador interno al que le corresponderá arrojar luz sobre esta cuestión que, aunque suavizada respecto de versiones anteriores, no queda del todo resuelta en la normativa comunitaria. Más aún, si tenemos en cuenta la regulación que se incluye en la citada norma sobre las modificaciones contractuales.

26 Y no debe ser así, ya que, como apuntan, entre otros, GIMENO FELIU, J.M., "Las nuevas Directivas, - cuarta generación -...", cit., pp. 96 y ss., ya que ello generaría más problemas, imposibilitaría en muchas ocasiones garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos o BERNAL BLAY, M.A., *El contrato de concesión de obra pública y otras técnicas para concesionales*, Civitas, Madrid, 2011, que califica esta situación de "desalentadora". También resulta muy clarificador, FUERTES FERNÁNDEZ, M., "Los riesgos del riesgo de explotación", *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013, pp. 197-239.

27 En este sentido, como apunta, VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, R., "Proyecto de Directiva de Concesiones", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 32, mayo-agosto 2012, resulta evidente que un exceso de riesgo para el operador económico puede determinar un encarecimiento considerable de su precio o, incluso, que la actuación no sea viable. A su vez, la asunción de un exceso de riesgo por parte del PA/EA podría suponer un exceso de endeudamiento y determinar que la sostenibilidad de las cuentas públicas quedara en peligro. En cualquier caso, parece que los riesgos que mejor puede manejar el operador económico son los de construcción y disponibilidad ya que puede controlarlos mejor. En cambio, el riesgo de demanda, depende de toda una serie de factores externos al operador económico, que deberían tenerse muy en cuenta por los PA/EA a la hora de decidir transferirlos íntegramente al operador económico (estudio previo de la demanda potencial). En cualquier caso, parece que las últimas actuaciones que se han llevado a cabo en este ámbito, (Plan Extraordinario de Infraestructuras del Ministerio de Fomento de 7 de abril de 2010, Plan de infraestructuras, transporte y vivienda (2012-2024), tienen en cuenta algunas de estas circunstancias ya que han optado por limitar o mitigar el riesgo de demanda en determinados supuestos o, incluso, vincular la retribución del operador económico a la satisfacción de los estándares de calidad y disponibilidad que se hubieran pactado entre las partes.

28 Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 20 de junio de 2011, RJ 2011/5906, y de 15 de octubre de 2012 RJ 2013/1482. Así lo entienden además, entre otros, GIMENO FELIU, J.M., "Las nuevas Directivas, - cuarta generación -...", cit., pp. 96 y ss, al sostener que en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligar a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico y además ese equilibrio determinado inicialmente, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución. De este modo, como muy ilustrativamente afirma, 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 pactado.

4. La modificación de las concesiones

La Directiva dedica su artículo 43 a la regulación de la modificación de las concesiones. Sin perder de vista lo que apuntábamos hace un momento, conviene dar unas breves pinceladas del contenido del citado artículo.

En términos generales, la norma permite la modificación de la concesión, siempre que la misma no sea de carácter sustancial. En este sentido, éstas pueden modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento en los siguientes casos:

1.- Cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Estas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas. No obstante, no podrán contener modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión.

2.- Cuando resulten necesarias obras o servicios adicionales que no estuviesen incluidos en la concesión original, y cuando un cambio de concesionario:

i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, servicios o instalaciones adquiridos en el marco de la concesión inicial;

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

No obstante, en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo III, el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. Estas modificaciones consecutivas no podrán tener por objetivo el de eludir la presente Directiva.

3.- Cuando se cumplan todas las circunstancias siguientes:

i) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever;

ii) que la modificación no altere el carácter global de la concesión;

iii) en el caso de las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, el posible aumento de valor no podrá superar el 50 % del valor de la concesión original. En caso de que se apliquen varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas.

4.- Cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador adjudicadores o la entidad adjudicadora como consecuencia de:

i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a); (prevista en la documentación),

ii) la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva; o bien,

iii) la asunción por el propio poder o entidad adjudicador de las obligaciones del concesionario principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional;

5.- También se puede modificar una concesión sin necesidad de nuevo procedimiento cuando, con independencia de su valor, no sean sustanciales. Una modificación de una concesión durante su período de vigencia se considerará sustancial, cuando tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una de las condiciones siguientes:

a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión;

b) que la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial;

c) que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión;

d) cuando un nuevo concesionario sustituya a aquel al que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente la concesión en otros casos que los previstos en la letra d) del apartado 1.

Finalmente, tal y como dispone el artículo 43.2, se puede modificar una concesión sin necesidad de iniciar nuevo procedimiento y sin necesidad de comprobar si es sustancial, si el valor de la modificación es inferior al umbral indicado en el artículo 8, es decir a 5.186.000 euros, y al 10 % del valor inicial de la concesión.

Dicho lo cual, conviene retomar la cuestión que planteábamos más arriba, acerca de la posible admisión de la aplicación de las reglas del equilibrio económico financiero del contrato. En este sentido, de las previsiones contenidas en los artículos 43.1. c) i) y 43.4. b), así como de las contenidas en el considerando 76 de la Directiva, se desprende que el límite respecto a la procedencia o no de la modificación se sitúa en que la misma no puede alterar el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estuviere previsto en la concesión inicial (artículo 43.4 b) ya que en este caso, la modificación sería sustancial. Por ello, resulta dudosa la procedencia de la aplicación de las reglas del equilibrio económico y ello por cuanto cabría parecen

surgir dos posibles interpretaciones. Por un lado, a favor de la aplicación de las citadas reglas, se podría esgrimir que la misma procedería siempre y cuando no determinen una modificación sustancial y una modificación que altera el equilibrio económico a favor del concesionario, no lo es, si la misma está prevista en la concesión inicial o en la correspondiente normativa.

Pero por otro lado, resulta cuestionable que lo que se pueda prever en la citada concesión inicial, sean precisamente supuestos imprevisibles (riesgo imprevisible o fuerza mayor), más aún cuando el citado artículo 43 autoriza la modificación si la misma responde a circunstancias *imprevistas* que el poder/entidad adjudicadora *no pudieron prever*. En este sentido, parece que no ofrece lugar a dudas, la procedencia de la modificación en el caso de que surjan circunstancias imprevistas que escapan a la diligencia del poder adjudicador, pero lo que no parece tan claro es si cabe la citada modificación si la misma trae como consecuencia que el equilibrio económico de la concesión se altere a favor del concesionario.

En cualquier caso, como ya afirmábamos anteriormente, creemos que la solución por la que opte finalmente el legislador interno, debe permitir, en la medida de lo posible la aplicación de las citadas reglas, lo que determina la necesidad de que se haga una muy cuidada delimitación de supuestos que permitan su aplicación. Lo contrario, determinaría además de la desincentivación del sector privado, que la Directiva posiblemente perdiera una de sus justificaciones: concebir y convertir las concesiones en instrumentos estratégicos de cara a la consecución de los objetivos de Europa 2020.

5. Otras cuestiones

Junto a las anteriores cuestiones, la Directiva recoge también otra serie de especialidades que podríamos considerar menores y que afectan al régimen de publicidad de las concesiones, a su duración de las mismas y al régimen de impugnación.

En primer lugar y en relación con el Anuncio previo de licitación o Anuncio de concesión (en palabras de la Directiva), el artículo 31 dispone que el poder o entidad adjudicadora que desee adjudicar una concesión dará a conocer su propósito por medio de un anuncio de concesión, los cuales deben contener la información que figura recogida en el Anexo V.

No obstante, se excepcionan de esta obligación los supuestos recogidos en el apartado 4 y 5 del citado artículo 31. Así, por un lado, el poder o entidad adjudicadora no estará obligado a publicar un nuevo anuncio de concesión cuando no se haya presentado ninguna solicitud de participación y oferta, o ninguna oferta adecuada o ninguna solicitud de participación adecuada, siempre y cuando no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato y se remita un informe a la Comisión cuando se solicite. Pero además, tampoco estará obligado, cuando las obras sólo pueden ser suministradas por un operador económico determinado por alguna de las razones recogidas en el apartado 4º (ausencia de competencia, existencia de un derecho exclusivo, etc).

Asimismo, conviene poner de manifiesto que se han acortado sensiblemente los plazos mínimos para la recepción de solicitudes de participación. En este sentido, el artículo 39 fija que el plazo general será de treinta días, salvo en el caso de que el procedimiento se desarrolle en etapas sucesivas (en cuyo caso será de veintidós días), o bien, que se acepte la recepción de ofertas por vía electrónica (en este caso el plazo será de cinco días).

La concesión debe adjudicarse, de conformidad con las previsiones del artículo 41, a la oferta que presente la ventaja económica global para el poder o entidad adjudicadora y esta debe efectuarse basándose en criterios objetivos que cumplan con los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación. Ahora bien, los criterios deberán vincularse al objeto de la concesión y no conferirán una libertad de elección ilimitada, pudiendo incluir, entre otros, criterios medioambientales, sociales o relacionados con la innovación.

Por otro lado, la Directiva, en el artículo 18, no establece un plazo máximo de duración, sino que únicamente dispone que la concesión tendrá una duración limitada y que le corresponde al poder/entidad adjudicadora fijar su duración máxima, teniendo en cuenta la naturaleza de las obras o de los servicios solicitados²⁹. De esta forma, si la concesión va a durar más de cinco años, la duración máxima de la misma, no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

Finalmente, y de conformidad con las previsiones del artículo 46, la norma modifica las Directivas de recursos, con la finalidad de ampliar su ámbito de aplicación a las concesiones que estén sometidas, a su vez, al ámbito de aplicación de la citada Directiva de concesiones.

III. Consideración final

Con la nueva Directiva de concesiones, como hemos venido afirmando, se ha dado cumplimiento a varios objetivos. En este sentido, el ámbito comunitario cuenta ya con un marco jurídico uniforme aplicable a las concesiones que persigue facilitar el acceso al mercado del mayor número de operadores económicos de manera efectiva y no discriminatoria. Además, se logra acabar con el sistema anterior en virtud del cual sólo las concesiones de obras públicas se regían por la Directiva 2004/18, mientras que a las de servicios únicamente les resultaban de aplicación los principios del TFUE, lo que determinaba la aparición de un riesgo de inseguridad jurídica como consecuencia de la aparición de interpretaciones diversas de los principios por parte de los legisladores nacionales. Pero no sólo eso, sino que además quedan sometidas a la presente Directiva las concesiones de todos los sectores regulados por el derecho comunitario

²⁹ En este sentido, de conformidad con las previsiones del cdo. 52, la Directiva establece que las concesiones deben ser limitadas con el fin de evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia.

de la contratación pública, esto es, las concesiones adjudicadas en el sector clásico, las correspondientes a los sectores excluidos y las de defensa y seguridad.

El siguiente paso le corresponde darlo al legislador nacional. Y con independencia de la cuidada transposición que deberá realizar respecto de las otras dos Directivas que también han sido aprobadas sobre contratación pública, entiendo que en relación con la normativa de concesiones se plantean toda una serie de interesantes interrogantes. En este sentido, y sin ánimo exhaustivo, conviene decidir qué modalidades de colaboración público privada van a ser tipificadas en la futura norma. Por un lado, cabría decantarse por el modelo comunitario e incluir únicamente los contratos de concesión, tanto de obras como de servicios, lo que supondría acabar con el contrato de gestión de servicios públicos, con el contrato de colaboración entre el sector público y privado y buscar la forma en que pudieran tener cabida las fórmulas institucionales de colaboración o sociedades de economía mixta. Pero, también sería posible optar por una solución más conservadora y mantener los tipos contractuales actuales, convenientemente depurados y sistematizados.

Junto con lo anterior, creo que al legislador se le plantea además otro importante obstáculo relacionado con el régimen jurídico de las modificaciones contractuales y con la forma en que decida articular – confiemos en que así lo haga –, el régimen del equilibrio económico del contrato con la finalidad de poder hacer atractivo el mercado concesional para el sector privado.

En cualquier caso, parece que podremos comprobar más pronto que tarde cómo quedan resueltas todas estas cuestiones y si las soluciones adoptadas convencen al juez comunitario.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL BLAY, M.A., *El contrato de concesión de obra pública y otras técnicas para-concesionales*, Civitas, Madrid, 2011,

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. y BELLO CONDIDE, J. (cords.), *La contratación pública a debate, Presente y futuro*, Civitas, Madrid, 2014.

FUERTES FERNÁNDEZ, M., “Los riesgos del riesgo de explotación”, *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013

GIMENO FELIU, J.M., “Las nuevas Directivas – cuarta generación – en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente de compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, n. 159, julio-septiembre 2013,

HERNANDO RYDINGS M., *La colaboración público privada. Fórmulas Contractuales*, Civitas, Madrid, 2011,

LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, n. 154, noviembre 2013,

MEDINA ARNAIZ, T., “La regulación europea de contratación pública no se agota en las Directivas: Nota sobre el nuevo Reglamento Financiero de la Unión”, *Observatorio de Contratación Pública* (www.obcp.es),

MORENO MOLINA, J.A., “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos”, *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013,

VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, R., “Proyecto de Directiva de Concesiones”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 32, mayo-agosto 2012.

LAS RELACIONES “CONTRACTUALES” ENTRE ENTES PÚBLICOS NO SOMETIDAS A LA DIRECTIVA 2014/24/UE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA¹

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

I. Del derecho pretoriano a la codificación de las excepciones a la aplicación de derecho europeo de la contratación pública en determinados supuestos de relaciones entre entes públicos

Prescindiendo de antecedentes más lejanos², el artículo 1.1. a) de la Directiva 2004/18/CE, por la que se regulan las normas de adjudicación de los contratos públicos, define como «contratos públicos» a «los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva».

Por tanto, para determinar que parte de las complejas relaciones que se establecen entre Administraciones públicas están sometidas al Derecho de la contratación pública europeo es preciso discernir, en primer lugar, si los poderes adjudicadores ostentan el carácter de operador económico – pues de no gozar esa condición, las relaciones entre poderes adjudicadores estarían excluidas *per se* del ámbito de aplicación de la Directiva – y, en segundo lugar, determinar los elementos necesarios para calificar un contrato de «oneroso», ya que muchas de estas relaciones parten de que no existan más transferencias financieras que aquellas relativas a un mero reembolso de costes.

Pues bien, según el art. 1.9 de la citada Directiva, «los términos «contratista», «proveedor» y «prestador de servicios» designan a «toda persona física o jurídica, entidad

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado “Hacia una contratación pública eficiente”, REF: DER2012-39003-C02-0.

2 Entre otros, art. 1 a) de la Directiva 93/37/CEE; 5 de la Directiva 93/36/CEE y 3 de la Directiva 93/37/CEE.

pública o agrupación de dichas personas u organismos que ofrezca, respectivamente, la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado». Así, a efectos de la aplicación de la normativa europea sobre contratación pública es irrelevante que el operador económico sea él mismo una entidad adjudicadora, o que la entidad de que se trate no tenga, con carácter principal, ánimo de lucro³. En consecuencia, *a priori* no puede excluirse que una relación entre dos poderes adjudicadores tenga carácter contractual y, en consecuencia, esté sometida a la Directiva sobre contratación. De hecho, la STJUE de 13 de enero de 2005, Comisión c. España, C-84/03, declaró que Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la Unión Europea al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio a los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas⁴. Como declarara dicha sentencia, una entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva en razón de que pretende celebrar el contrato en cuestión con una segunda entidad adjudicadora. En supuestos de este tipo, sólo se podrá celebrar el contrato si el poder adjudicador resulta seleccionado tras un proceso de licitación⁵.

3 Entre otras, STJUE de 19 de diciembre de 2012.

4 Ello es así debido a que: «Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 36/93, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50)[...]. En consecuencia, dado que excluye *a priori* del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 36/93 y 37/93». Como es sabido, el art. 4 TRLCSP dispone ahora que están excluidos del ámbito de aplicación de la norma «los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley».

5 En todo caso, la participación de organismos públicos en procedimientos de licitación de otros poderes adjudicadores resultar en algunos puntos conflictiva. De ahí que el considerando cuarto de la Directiva 2004/18/CE literalmente afirme que «los Estados miembros deben velar 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 privados».

Pero, en todo caso, la STJUE de 18 de diciembre de 2014, as C-568/13, reiteró que tanto de las normas de la Unión como de la jurisprudencia se desprende que puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si sólo interviene con carácter ocasional. Y aunque los principios generales de libre competencia, de no discriminación y de proporcionalidad deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que permite a un organismo de Derecho público que participe en una licitación presentar, gracias a la financiación pública que recibe, una oferta a la que ningún competidor puede hacer frente, en el examen del carácter anormalmente bajo de una oferta en la entidad adjudicadora puede tomar en consideración, por lo que respecta a la facultad de rechazar dicha oferta, la existencia de una financiación pública en favor de tal centro. Sobre esta cuestión, vid. Igualmente STJUE de 7 de diciembre de 2000, C-94/99, ARGE. Según esta última, el principio de igualdad de trato de los licitadores no se viola por el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben, de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones, del tipo que

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que un contrato no deja de ser oneroso por el mero hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado⁶. En definitiva, aunque el negocio no sea lucrativo, podrá tener la condición de oneroso⁷. Y si dos poderes adjudicadores celebran un contrato oneroso, dicho negocio jurídico estará sometido a la normativa sobre contratación pública.

No obstante, a partir de la sentencia *Teckal* se admitirá que existen "contratos" – en el sentido del Derecho europeo – a los que, sin embargo, no se aplica la Directiva sobre contratación por obedecer a fórmulas bien de autoorganización, bien cooperativas. Sin embargo, no ha resultado fácil determinar en cada caso si un concreto acuerdo entre poderes adjudicadores entra en el ámbito de aplicación de la Directiva. De hecho, en el Informe del Parlamento Europeo «Nuevos aspectos de la política de contratación pública»⁸ se instó a la Comisión a que difundiese ampliamente la información sobre las implicaciones jurídicas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la cooperación dentro del sector público. Para cumplir dicha finalidad, la Comisión publicó en el año 2011 un Documento de trabajo relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público)⁹. En dicho documento se sistematizaban los diferentes conceptos desarrollados por la jurisprudencia.

sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones. Ahora bien, un licitador puede ser excluido durante el procedimiento de selección cuando la entidad adjudicadora considere que ha recibido una ayuda que no es conforme con el Tratado y que la obligación de restituir la ayuda ilícita pondría en peligro su solidez financiera, de modo que puede considerarse que dicho licitador no ofrece las garantías financieras o económicas exigidas.

Sobre el fenómeno de las creaciones de personificaciones instrumentales para favorecer la huida del Derecho Administrativo, vid. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "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 las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas", *Revista General de Derecho administrativo*, n. 12, 2006.

- 6 Apartado 29 del STJUE de 19 de diciembre de 2012. Como explica VILALTA REIXACH, M. (*La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 293 y 294), la doctrina jurídica más especializada utiliza la denominación "contratos onerosos" para referirse a aquellos contratos en los que se produce un sacrificio económico de las dos partes contratantes. De manera que la prestación de uno se corresponde con la del otro. A dicha categoría contractual se contraponen los contratos gratuitos, en los que, en cambio uno de los contratantes se compromete a proporcionar al otro una ventaja pero sin recibir equivalente alguno, es decir, con ausencia de contraprestación. En el mismo sentido, insiste GIMENO FELIÚ, J.M., ("La contratación conjunta y las fórmulas eficientes de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de organización en el modelo local", en la obra colectiva *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 76) en que no es criterio suficiente que no se cubra totalmente el coste del servicio, pues se confunde así la onerosidad (es decir, la existencia de contraprestaciones) que sí es un requisito para la existencia del contrato, con ánimo de lucro, que no lo es, razón por la cual las entidades que carezcan de él pueden ser adjudicatarias de contratos públicos.
- 7 Así, advierte la Abogada General Trstjak en sus conclusiones de 23 de mayo de 2012, «la sola falta de beneficio no convierte en gratuito el acuerdo contractual. Este sigue siendo a título oneroso desde el punto de vista económico, pues el destinatario sí recibe una prestación de carácter pecuniario, por lo que, en principio, pueda estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18. Al margen de esto se puede sostener que sólo una interpretación amplia del concepto de carácter "oneroso" satisface el objetivo de las Directivas sobre contratación pública [...]».
- 8 Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, 2009/2175.
- 9 SEC (2011) 1169 final, de 4 de octubre de 2011, a cargo de la DG Mercado Interior y Servicios.

La Comisión reconocía, en primer lugar que, de acuerdo con la facultad de autoorganización de los poderes adjudicadores, la normativa sobre contratación pública de la UE (esto es, no solo las Directivas, sino también los principios contenidos en el Tratado) no es aplicable si un poder adjudicador celebra un contrato con un tercero que, aunque formalmente independiente de él, en sustancia no lo es. En este caso, nos encontraríamos ante la figura que se ha conocido como «contratación in-house», contratos domésticos o contratos de autoprovisión.

En segundo lugar, si los poderes adjudicadores celebran entre sí contratos a título oneroso (esto es, que comportan derechos y obligaciones recíprocos), cabe preguntarse si dichos contratos pueden excluirse del ámbito de las Directivas sobre contratación pública de la UE, pese a la regla general según la cual dichas Directivas se aplican a los contratos entre diferentes personas jurídicas. Y la Comisión analiza los dos supuestos en los que, pese a la existencia de un contrato público, no son aplicables las normas sobre contratación pública¹⁰:

1.- «cooperación vertical/institucionalizada», que se produce si los poderes adjudicadores cooperan a fin de velar conjuntamente por la ejecución de tareas de interés público, supervisando conjuntamente una tercera entidad a la que se encomiende la ejecución de la tarea. Ello sucedería, por ejemplo, si dos ayuntamientos prestan los servicios de transporte en un término municipal mediante una empresa de transporte que poseen y controlan en su totalidad¹¹.

2.- «cooperación horizontal/no institucionalizada» que se produce si los poderes adjudicadores cooperan a fin de velar conjuntamente por la ejecución de tareas de interés público, sin crear una entidad nueva o designar una entidad específicamente para ello. Así ocurriría en un supuesto en el que las partes cooperantes tuviesen como objetivo común el tratamiento de residuos en el que partes de dividen las pertinentes tareas, de forma que una se encarga de recoger y otra de incinerar los residuos. Se insiste, en todo caso, en que el acuerdo ha de revestir el carácter de una cooperación real, frente a un contrato público normal en el que una de las partes realiza cierta tarea a cambio de una retribución¹².

Desde esta perspectiva, no debe sorprender que unos meses antes de la publicación de este documento, en el Libro Verde sobre «La modernización de la política de contratación pública de la UE» de 2011¹³, se constataste que en los últimos decenios había

¹⁰ *Ibidem*, p. 6.

¹¹ *Ibidem*, p. 7.

¹² En este sentido, se señala que no puede considerarse cooperación un supuesto en el que se suministra electricidad a los edificios administrativos de una ciudad por parte de una empresa de servicio público de otra ciudad sin procedimiento de contratación previo. Sobre la caracterización de los contratos entre entes del sector público sometidos a la Directiva, vid. *supra* nota 4.

¹³ Libro verde sobre «La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», Bruselas, 27-1-2011, COM (2011) 15 final. En relación con dicho documento, resultan de interés las «Contribuciones al Libro Verde presentadas por los miembros investigadores de proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación “Nuevos escenarios de la contratación pública (DER JURI 2009-12116)”», publicadas *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 459 y ss. En esa misma obra, vid. igualmente RUIZ CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A. y BERNAL BLAY, M.A., “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”.

sido controvertido determinar si las normas de contratación pública deben aplicarse a los contratos celebrados entre entidades públicas, y en qué medida. De esta forma, la duda principal que se somete a consulta es si (y cómo) esta cuestión debe tratarse mediante normas legislativas. Y, en el caso que se abogase por la regulación, se planteaba como alternativas bien el desarrollo de un concepto, con determinados criterios comunes, para las formas de cooperación dentro del sector público que deben ser eximidas, bien la redacción de normas específicas para las diferentes formas de cooperación, según la jurisprudencia del TJUE. Según el documento de síntesis de las respuestas al Libro Verde una clara mayoría de grupos interesados apoyaban la aprobación de normas sobre el ámbito y criterios de la cooperación público-pública, que, preferiblemente, debería definir un único concepto que aglutinase los criterios comunes para la aplicación de las excepciones a la aplicación de la Directiva.

Por todo ello, no causa extrañeza que la Directiva 2014/24/UE del 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante DCP), pretenda precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública¹⁴. Aunque en el texto se huye del concepto común que preconizaba el documento de síntesis de las respuestas al Libro Verde.

Así, en primer lugar, existen dos tipos de relaciones entre poderes adjudicadores que no tienen carácter contractual: las transferencias de competencias y los «encargos técnicos». Los primeros se disciplinan por el art. 1.6 de la Directiva, precepto que establece que los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencia y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en este sentido, en modo alguno se ven afectados por la Directiva¹⁵. Los segundos, son objeto de atención en el considerando trigésimo cuarto¹⁶.

Por otro lado, no todos los «contratos» – definidos ahora en el art. 1.5 DCP¹⁷ – que celebren los entes del sector público entre sí deben someterse a la Directiva. De esta forma, dentro del Título I («Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales») y dentro de la sección tercera del capítulo I («Exclusiones»), el art. 12 regula los «contratos entre entidades del sector público». En este sentido, como insistiremos, el ámbito de la excepción se amplía, en algunos supuestos, a relaciones entre poderes adjudicadores y entidades que necesariamente no han de gozar de dicha condición.

¹⁴ Vid. Considerando trigésimo primero.

¹⁵ Como explicara el citado Libro Verde de 2011 (p. 23), la transferencia de competencias queda fuera del ámbito de aplicación de las Directivas de la UE sobre contratación pública si la responsabilidad por la tarea como tal se transfiere totalmente (y no se trata tan solo de encomendar la ejecución efectiva de la tarea a otra entidad). En relación con este tipo de relaciones, vid. STJUE 18-12-2007, C-532/03, Comisión contra Irlanda.

¹⁶ Vid. *Infra*.

¹⁷ La definición de «operador económico» se contiene ahora en el art. 1.10 DCP.

Los primeros dos apartados del precepto regulan los contratos de autoprovisión o *contratos inhouse*. El tercero, disciplina los supuestos de cooperación vertical, el cuarto los relativos a la cooperación horizontal y el quinto precisa cómo aplicar uno de los criterios – concretamente el de actividad – previsto en los apartados 1, 3, y 4.

Por otro lado, la nueva regulación en principio iría encaminada a codificar la jurisprudencia del TJUE existente. De hecho, el considerando trigésimo primero DCP parte de que si bien hace falta precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública, «esta precisión debe guiarse por los principios establecidos en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». No obstante, lo cierto es que la norma finalmente aprobada introduce palpables matizaciones al Derecho pretoriano que hasta el momento ha disciplinado estas relaciones. Por ello, en este trabajo, antes de exponer en qué consiste el régimen jurídico introducido por la nueva Directiva, se partirá ofrecer una visión general la doctrina del TJUE sobre la materia.

II. Las fórmulas de cooperación vertical en el derecho de la UE

1. De Teckal a Such o de las dificultades de deslindar cooperación y contrato

La primera vez que el Tribunal de Justicia declaró que no todos los contratos entre entes públicos deben someterse a las Directiva sobre contratación fue en la ya célebre STJUE de 18 de noviembre de 1998, C-107/1998, *Teckal*. Precisamente el supuesto de hecho que motivó esta decisión prejudicial versaba sobre una fórmula de cooperación vertical. En concreto, se analizó si el Derecho europeo permitía a un Ayuntamiento adquirir gas de una mancomunidad de la que era partícipe y cuyo objeto era, precisamente, el suministro de combustible de calefacción a los edificios municipales. Y aunque el TJUE concluyó que correspondía el Juez nacional verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas, señaló que este Juez habría de tener en cuenta que para la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratación pública bastaba, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Pero este sólido principio admitía una importante excepción, ya que: «solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece».

Sobradamente son conocidos los titánicos esfuerzos no sólo doctrinales¹⁸, si no también jurisprudenciales, que se han realizado para desentrañar el significado cabal de esta cuatro líneas.

18 Sin ánimo de exhaustividad, *vid.* FUERTES LÓPEZ, M. y SOSA WAGNER, F., “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)”, *Diario La Ley*, n. 6715, año XXVIII, 17 mayo 2007; GIMENO FELIÚ, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en España*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 137 y ss.; PER-NÁS GARCÍA, J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia*.

El elemento principal para excepcionar la aplicación de las normas sobre contratación pública cuando son dos entes públicos los que perfeccionan el acuerdo, es la definición del concepto de «control análogo». Por «control análogo» ha de entenderse posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control. En otros términos, la entidad adjudicadora debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control estructural y funcional. Control, además, que ha de ser efectivo¹⁹.

El TJUE ha ido precisando a golpe de sentencia en qué supuestos era aplicable la normativa sobre contratación pública a las relaciones entre poderes adjudicadores. En primer lugar, la jurisprudencia ha negado la existencia de un «control análogo» al que se ejerce sobre los propios servicios cuando existe participación privada en el ente encargado de realizar la prestación [SSTJUE de 11 de enero de 2005, C-26/03, *Stadt Halle*²⁰, y 10 de noviembre de 2005, C-29/04, *Comisión contra Austria*]. Y ello, como ha declarado recientemente la STJUE de 19 de junio de 2014, C-574/12, *Such*, aunque los socios privados del ente que ha de realizar la prestación tengan carácter minoritario y estén conformados por asociaciones de solidaridad social sin ánimo de lucro.

Ahora bien, la condición de que la empresa sea totalmente pública no implica necesariamente que se pueda considerar medio propio de la Administración. Así se puso ya de manifiesto en la STJUE de 13 de octubre de 2005, C-458/03, *Parking Brixen*. Aunque la circunstancia de que el poder adjudicador posea por sí solo o junto con otros poderes públicos la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiene a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (STJUE de 11 de mayo de 2006, C-340/04, *Carbotermo*).

En todo caso, una de las cuestiones más controvertidas ha sido precisamente perfilar el contenido del «control análogo» cuando se trata de supuestos de cooperación vertical, es decir, cuando son varias las entidades que ejercen pretendidamente este tipo de control sobre un mismo ente instrumental. Al margen de la doctrina contenida en la discutible STJUE, de 19 de abril de 2007, *Tragsa*, sobre la que volveremos después, la STJUE de 13 de noviembre de 2008, C-324/07, *Coditel*, concluye que la existencia de control análogo debe verificarse con relación al conjunto de autoridades públicas a las que pertenece la entidad encomendada, no siendo preciso que el ente encomendante ejerza un control individual sobre el ente instrumental común. En este

cia del TJUE, Iustel, Madrid, 2008, y VILALTA REIXACH, M., *La encomienda de gestión...*, cit.; TIAGO FERREIRA, D., *Contratacao in house*, Almedina, Coimbra, 2013.

19 STJUE de 29 de noviembre de 2012, C-182/11.

20 La sentencia analizó un supuesto de adjudicación directa de un contrato a una sociedad de economía mixta. Y el Tribunal concluyó que «es necesario señalar, 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. En segundo lugar, 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 contemplado en la Directiva 92/50, 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 (apartados 50 y 51)».

sentido, esta sentencia ha seguido relajando la aplicación del criterio del «control análogo» con relación a los entes comunes a varias autoridades públicas²¹. Y como señala PERNÁS GARCÍA²², esta doctrina expande las posibilidades autoorganizativas de las entidades públicas (especialmente aquellas que tengan menos recursos), sin necesidad de acudir al mercado mediante la aplicación del Derecho de los contratos públicos.

En todo caso, precisiones adicionales han sido contenidas en la STJUE de 29 de noviembre de 2012, *Econord*, según la cual: «si bien es verdad que en caso de que varias administraciones públicas utilicen una entidad común para llevar a cabo una misión común de servicio público no es desde luego indispensable que cada una de las administraciones públicas tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate, no es menos cierto que el control que se ejerce sobre ésta no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto».

En efecto, una posición de una entidad adjudicadora en el seno de una entidad adjudicataria poseída en común que no confiera a aquélla la más mínima posibilidad de participar en el control de ésta daría pie a que pudiera eludirse la aplicación de las normas de Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o concesiones de servicios, puesto que una asociación meramente formal con tal entidad adjudicataria o con un órgano común de dirección de ésta eximiría a la entidad adjudicadora de la obligación de incoar un procedimiento de licitación de conformidad con las normas de la Unión, aun cuando la entidad adjudicadora no tuviera ninguna participación en el ejercicio del «control análogo» sobre la entidad adjudicataria» (apartados 30 y 31).

De esta forma, se considerará cumplido el requisito del control análogo «cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los

21 Literalmente, la sentencia afirma (apartados 47 a 50): «[...] en el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo sus funciones de servicio público a través de una entidad concesionaria común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de ésta, a menos que posea una participación mayoritaria en esa entidad. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que una autoridad pública tuviera intención de adherirse a un grupo, como una sociedad cooperativa intermunicipal, formado por otras autoridades públicas».

Ahora bien, dicho resultado no sería acorde con el sistema de normas comunitarias en materia de contratos públicos y de concesiones. En efecto, nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 48).

Esta posibilidad de que las autoridades públicas recurran a sus propios medios para llevar a cabo sus funciones de servicio público puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas (véase, en este sentido, la sentencia Asemfo, antes citada, apartado 65).

Por consiguiente, procede reconocer que, en el supuesto de que varias autoridades públicas controlen una entidad concesionaria a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control que dichas autoridades públicas ejercen sobre esa entidad puede ser ejercido por éstas conjuntamente».

Comenta esta sentencia CUBILLO CONTRERAS, I., «El medio propio en la jurisprudencia comunitaria sobre contratos públicos. Análisis de la sentencia TJUE Coditel y reflexiones desde una perspectiva española», *Contratación Administrativa Práctica*, n. 90, 2009, pp. 37 y ss.

22 PERNÁS GARCÍA, J., «La expansión de la excepción in house y la flexibilización progresiva del criterio del «control análogo». Comentario a la sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2008», *Contratación Administrativa Práctica*, n. 87, 2009, p. 57.

órganos de dirección de la entidad en cuestión». O lo que es lo mismo, expresamente se admite que el dato de la participación pública en el capital social no es por sí solo suficiente para determinar la existencia de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios²³. Dicho en términos más explícitos, la mera posesión de una pequeña parte del capital social por parte de una Administración no implica que el ente en cuestión deba ser considerado automáticamente medio propio de la Administración accionista minoritaria.

Finalmente, la entidad controlada no debe tener vocación de mercado, ya que ello puede «precarizar» el control ejercido sobre ella por las entidades adjudicatarias (entre otras, STJUE de 10 de septiembre de 2009, C-573/07, *Sea*).

2. La cooperación vertical en la Directiva 2014/24/UE

Como ya hemos adelantado, la Directiva 2014/24/UE establece expresamente cuáles son los requisitos que han de concurrir para considerar que las relaciones entre un ente público y los distintos entes que lo controlan de forma conjunta están exentas de la aplicación de la normativa sobre contratación pública. De esta forma, la llamada cooperación vertical halla regulación el tercer apartado del art. 12 de la Directiva 2014/24/UE. Según el precepto, un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica de Derecho público o privado un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios podrá, no obstante, adjudicar un contrato público a dicha persona jurídica sin aplicar la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el poder adjudicador ejerza sobre dicha persona jurídica, conjuntamente con otros poderes adjudicadores, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;

b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores;

c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las modalidades de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Las condiciones para excepcionar la aplicación de la DCP por tanto son las mismas que se han fijado en el supuesto de los contratos domésticos²⁴. Lo que no debe sorprender, ya que la cooperación vertical no supone más que un desarrollo ulterior de la doctrina *in house*. No obstante, ha de advertirse que en una interpretación literal de

²³ Vid. BERNAL BLAY, M.A., "El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 124, 2013, nota 7.

²⁴ Vid. art. 12.1 DCP.

la Directiva no se aplican a los supuestos de control conjunto las disposiciones del art. 12.2 sobre adjudicaciones «inversas» (contratos entre dos entidades internas controladas por la misma matriz) y sobre adjudicaciones «en horizontal» (contratos entre dos entidades internas controladas por la misma matriz).

En todo caso, desde una perspectiva subjetiva, la nueva Directiva afronta una cuestión que no había sido abordada hasta el momento por la jurisprudencia, y es la relativa a determinar si el/los entes sobre los que se ejerce el control han de tener la condición de poder adjudicador. La respuesta es negativa, pues para aplicar la excepción basta con la presencia de un poder adjudicador y de «otra persona de Derecho público o privado»²⁵.

Pues bien, el acuerdo por el cual un poder adjudicador requiere de otra persona jurídica bienes, obras o servicios no está sometido a la Directiva sobre contratación pública si se verifican los requisitos de control conjunto, actividad y ausencia de capital privado sobre el ente participado – con algunas excepciones – que analizaremos a continuación.

A) Control conjunto

En relación con el requisito del control conjunto, la nueva Directiva sistematiza qué tres elementos deben concurrir para que pueda entenderse que existe un supuesto de control conjunto por parte de distintas entidades sobre un mismo ente instrumental.

Así, los poderes adjudicadores ejercen un control conjunto sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos.

En este punto, la nueva norma se limita a codificar la jurisprudencia existente, que proporciona ejemplos tanto de participación directa como indirecta en los órganos decisorios de la entidad controlada. Así, en el supuesto *Sea*, el Comité unitario y los Comités técnicos del ente controlado estaban integrados por representantes de las entidades socias. Cada una de estas entidades tenía voz en el seno de dichos Comités, cualquiera que fuese el tamaño de la entidad de que se tratara o el número de acciones que poseyera, por lo que el ejercicio de un control conjunto sobre el ente instrumental era evidente. Por su parte, en la sentencia *Coditel*, el Consejo Rector de la entidad controlada se componía de representantes de los municipios asociados, designados por la asamblea general, que a su vez estaba formada por representantes de los municipios asociados. El Tribunal de Justicia concluyó también en este caso que el hecho de que los órganos de decisión estuviesen compuestos por delegados de las autoridades públicas asociadas indicaba que éstas intervenían en los órganos de decisión de la entidad

²⁵ Como es sabido, la definición de «organismo de Derecho público» contenido en el art. 1.4 DCP es funcional y prescinde de la forma jurídico-formal pública o privada del ente.

controlada y, por lo tanto, podían ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de ésta.

b) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada.

El supuesto que motivó la sentencia *Econord* puso de manifiesto que la participación en el capital social y en los órganos de dirección puede no ser suficiente para entender que un poder adjudicador ostenta sobre determinada entidad un control conjunto. La cuestión que se plantea al Tribunal de Justicia en ese caso es si el derecho a ser consultado, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar a un miembro del Consejo de Administración de común acuerdo con otras entidades permite afirmar que un accionista que posee una sola acción ostenta un control sobre la entidad análogo al que se dispone sobre los propios servicios.

El Tribunal respondió de forma un tanto ambigua que el requisito del control análogo: «se entenderá cumplido cuando cada una de las administraciones participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión».

En base a ello, el *Consiglio di Stato*²⁶ entendió que en el supuesto concreto no estaba sometido a la normativa europea sobre contratación, en una interpretación de la sentencia en buena medida excesivamente literal. Como ha destacado GIMENO FELIÚ, J.M.²⁷, en este caso es discutible que pueda alegarse la existencia de una relación de control efectivo, ya que éste no puede deducirse del derecho de consulta (no vinculante), del 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 los otros ayuntamientos.

En definitiva, como ha subrayado ARROWSMITH, S.²⁸, si una de las autoridades que de forma conjunta controla a la entidad adjudicataria ostenta un capital o poderes tan amplios que puede por sí misma ejercitar el control sobre ese organismo pese a que otras entidades ostentan también capital o poder en sentido formal, no se aplica la excepción de cooperación vertical. En mi opinión, al resolver el supuesto *Econord*, el *Consiglio di Stato* olvidó que el control no debe basarse únicamente en el poder de la mayoría de la accionariado²⁹, sino en el hecho de que los distintos poderes adjudicadores deben ser capaces de contribuir efectivamente al control de la sociedad adju-

26 Sentencia de 12 de junio de 2013, recurso n. 4392 del 2009.

27 GIMENO FELIÚ, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 70.

28 ARROWSMITH, S., *Law of Public and Utilities Procurement*, Volume 1, 3ª ed., Sweet and Maxwell, Londres, 2014, p. 506.

29 Conviene recordar que según el apartado 30 de la sentencia, «si bien es verdad que en caso de que varias administraciones públicas utilicen una entidad común para llevar a cabo una misión común de servicio público no es desde luego indispensable que cada una de las administraciones públicas tenga por sí sola un poder de control individual sobre la entidad de que se trate, no es menos cierto que el control que se ejerce sobre ésta no puede basarse exclusivamente en el poder de control de la administración pública que tenga una participación mayoritaria en el capital de la entidad en cuestión, pues lo contrario supondría vaciar de contenido el concepto mismo de control conjunto».

dicataria. Es esta interpretación, a mi juicio, la que debe guiar la exégesis de la nueva norma.

c) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

Mediante este críptico enunciado, la Directiva recoge la condición que había establecido el Tribunal de Justicia según el cual la entidad controlada debe actuar movida por razones de interés público, en lugar de hacerlo persiguiendo intereses comerciales.

Aunque no se tratase de un requisito que haya resultado decisivo en los supuestos analizados, el TJUE ha empleado la “vocación de mercado” del ente controlado como criterio para determinar la existencia de un control análogo por parte de los poderes adjudicadores.

Así, pese a que se garantice la influencia en la toma de decisiones, el control puede resultar débil si la actividad de la entidad controlada se orienta al mercado. Una empresa gozaría de libertad de acción aunque el ente territorial al que pertenece controle las decisiones que la conciernen, si aún puede desarrollar una parte importante de su actividad económica con otros operadores económicos (apartado 61, *Carbotermo*).

No obstante, en mi opinión, no se trata tanto de una cuestión relativa a la intensidad del control como a los efectos perniciosos que esta orientación al mercado puede tener en la competencia.

La orientación al mercado del ente controlado incrementa significativamente el riesgo de que la cooperación entre entidades públicas produzca distorsiones en la competencia en detrimento de los operadores privados. Y es que si un número potencialmente amplio de autoridades contratantes participantes adjudican contratos directamente a una entidad con vocación de mercado, esta entidad gozaría de una ventaja competitiva frente a operadores privados con los que competiría en igualdad. La preocupación que produce el hecho de que una entidad pueda resultar adjudicataria de contratos de forma directa, obteniendo así una ventaja competitiva de la que pueda después beneficiarse en el ejercicio de otras actividades en el mercado, era todavía más evidente en la propuesta de Directiva. En esta se contenía un requisito, que no había sido formulado antes por la jurisprudencia, según el cual que la persona jurídica controlada no debía obtener ningún beneficio que no fuera el reembolso de los costes reales de los contratos públicos celebrados con los poderes adjudicadores.

En este sentido, en la sentencia *Sea* se discutía si esta entidad tenía en realidad vocación de mercado, lo que precarizaría el control que ejercían las entidades que son sus accionistas. El Tribunal de Justicia descarta la pretendida vocación de mercado del ente controlado, tomando en consideración tanto el ámbito geográfico de la entidad como la posibilidad de que estableciese relaciones con terceros. En relación con el ámbito geográfico de las actividades de la sociedad adjudicataria, éste no se extendía más allá del territorio de los municipios que eran sus accionistas, dándose la circunstancia, además, que dicha sociedad tenía por objeto gestionar los servicios públicos únicamente para tales municipios. Por otro lado, la facultad de que disponía de tratar

con empresas del sector privado era accesoria y necesaria para la ejecución de sus funciones de servicio público³⁰.

En definitiva, la existencia de la facultad de prestar servicios a operadores privados no basta para considerar que la citada sociedad tiene vocación de mercado que precariza el control por las entidades que la poseen. O dicho en los términos de la nueva Directiva, no es indicativo de que la entidad controlada persigue intereses contrarios a los de los entes adjudicadores.

En todo caso, hubiera sido deseable que el requisito se hubiera definido con mayor nitidez. Además es preciso tener en cuenta, como se ha destacado, que el fin lucrativo o no de la entidad adjudicataria no mina tanto la efectividad del control ejercido sobre el ente como puede eventualmente plantear conflictos de intereses de la entidad controlada con los de uno o varios de los entes matrices³¹.

B) Criterio de actividad

Según el apartado b) del art. 12.3 DCP, para que pueda aplicarse la excepción a la aplicación de la DCP en los supuestos de acuerdos de cooperación, más del 80% de las actividades la persona jurídica controlada han de llevarse a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores³².

El hecho de que la persona controlada haya de realizar la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece fue ya uno de los dos condicionantes establecidos en la sentencia *Teckal*. La duda, en todo caso, ha sido definir con precisión en qué consiste «la parte esencial de su actividad».

Esta cuestión fue abordada, no sin dificultad, en la sentencia *Carbotermo*, en la que el Tribunal de Justicia concluyó que debía tomarse en consideración todas las circunstancias del caso, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. Y, desde una perspectiva estrictamente cuantitativa se rechazó la aplicación analógica del criterio del 80% de la actividad previsto en el art. 13 Directiva 93/38/CEE, empleado para definir a las «empresas asociadas»³³. Precisamente por ello, en la propuesta original

30 En concreto, en aquel supuesto la entidad controlada tenía como función la recogida de residuos, que podía requerir la reventa de determinadas categorías de materiales recuperados a entidades especializadas para su reciclaje. Resulta evidente que se trataría de actividades accesorias a la recogida de residuos, y no de actividades ajenas a la actividad principal.

Por su parte, en la sentencia *Coditel* el TJUE también rechazó que el ente controlado tuviera vocación de mercado.

31 ARROWSMITH, S., *Law of Public ...*, op. cit., p. 519.

32 Según el art. 12.5 de la Directiva, para determinar este porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.

Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

33 Según aquel precepto, la presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios:

de Directiva este porcentaje se elevó a un 90%, aunque la tramitación posterior lo ha rebajado a la cifra finalmente establecida.

En todo caso, la nueva Directiva facilita la aplicación del controvertido criterio relativo a la “actividad esencial” del ente. Como podrá fácilmente advertirse, este requisito está estrechamente ligado la condición ya analizada de ausencia de vocación de mercado, pues si un ente realiza en el mercado abierto más de un 20 % de su actividad no será siquiera preciso analizar si esta vocación concurre. Por su parte, si la actividad “libre” es inferior al 20%, será difícil deducir que el ente persigue intereses contrarios a los de los poderes adjudicadores que lo controlan.

C) Posibilidad de participación de entidades con capital privado

Una de las cuestiones que ha suscitado mayor perplejidad es la previsión expresa de que en el ente controlado exista capital privado. Esta posibilidad supone una rectificación del contenido de las sentencias *Stadt Halle* o *Such*. Bien es verdad que se trata de una posibilidad excepcional. En concreto, para aplicar la excepción relativa a la cooperación vertical, es preciso que “no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las modalidades de control de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, que no supongan el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada”.

El principal motivo de esta restricción no parece ser tanto impedir que los intereses representados por el capital privado puedan minar el control ejercido por el socio público³⁴, como evitar que operadores privados puedan obtener directamente contratos que les permitan subvencionar otras actividades en el mercado. Esta preocupación es

a) que una entidad contratante celebre con una empresa asociada; b) que una empresa conjunta, constituida por varias entidades contratantes con el fin de desarrollar las actividades contempladas en el apartado 2 del artículo 2, celebre con una de dichas entidades contratantes o con una empresa asociada a una de estas entidades contratantes, siempre que como mínimo el 80% del promedio del volumen de negocios que tal empresa haya efectuado en la Comunidad en los últimos tres años en materia de servicios provenga de la prestación de estos servicios a las empresas con las que esté asociada. Cuando más de una empresa afiliada a la entidad contratante preste el mismo servicio o servicios similares, deberá tenerse en cuenta el volumen de negocios total en la Comunidad resultante de la prestación de servicios por dichas empresas.

En términos similares, vid. art. 23 de la Directiva 2004/17/CE. Los contratos adjudicados a empresas asociadas se regulan ahora en el art. 29 de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

34 De ser esta la verdadera razón que impone la composición totalmente pública de los entes implicados, el criterio habría de entenderse no tanto como una prohibición absoluta de participación de capital privado en el ente controlado, sino desde una perspectiva funcional. Es esta óptica la que guió algunas interpretaciones.

En efecto, en sus conclusiones de 15 de junio de 2000, *ARGE*, Abogado General Léger, postulaba que para determinar si existía control análogo sobre una sociedad de economía mixta era preciso comprobar el número y la naturaleza de los puestos ocupados por representantes de operadores privados en los órganos de decisión de dicho organismo y declarar en qué medida los poderes de este modo repartidos inciden, según el Derecho interno aplicable, en las orientaciones económicas tomadas por el ente.

En el mismo sentido, la Abogado General Stix-Hack, en sus conclusiones presentadas el 23 de septiembre de 2004, *Stadt Halle*, afirmó literalmente que también aquellos organismos en los que tenga una participación un socio minoritario privado pueden cumplir el criterio del control, pues debe deducirse que la excepción establecida en la sentencia *Teckal* no se aplica únicamente a las sociedades propias, sino también a las sociedades mixtas público-privadas.

ahora explícita en el considerando 32 de la Directiva, según el cual, la excepción debe extenderse a situaciones en las que exista participación directa de un operador económico privado en el capital de la persona jurídica controlada, puesto que, en esas circunstancias, la adjudicación de un contrato público sin un procedimiento de licitación ofrecería al operador económico privado con participación en el capital de la persona jurídica controlada una excesiva ventaja respecto a sus competidores.

En todo caso, para que en el ente controlado pueda existir participación de capital privado es necesario que se cumplan dos requisitos simultáneamente: ausencia de posibilidad de ejercitar control sobre el ente e imposición legal de la composición mixta.

Las razones por las que se ha recogido esta nueva disposición se recogen en el considerando trigésimo segundo de la nueva Directiva, de forma que: «[...] habida cuenta de las particulares características de los órganos públicos con afiliación obligatoria, tales como las organizaciones encargadas de la gestión o la prestación de algunos servicios públicos, esto no se debe aplicar en casos en que la participación de operadores económicos privados específicos en el capital de la persona jurídica controlada es obligatoria por una disposición de la legislación nacional acorde con los Tratados, siempre que dicha participación no permita controlar ni bloquear a la persona jurídica controlada y no otorgue tampoco una influencia decisiva en las decisiones de esta. Además, es preciso aclarar que el elemento decisivo es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada. Por ello, cuando exista una participación de capital privado en el o los poderes adjudicadores controladores, ello no debe impedir la adjudicación de contratos públicos a la persona jurídica controlada sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva, puesto que estas participaciones no perjudican la competencia entre operadores económicos privados».

Como ya hemos adelantado, la participación del capital privado directo en la sociedad controlada debe tener su origen en una imposición legal. En mi opinión, la legislación no sólo ha de prever la posibilidad de que participen operadores económicos privados, sino que la participación de éstos ha de resultar obligatoria³⁵.

Al margen de esta novedad destacada, en desde una perspectiva más general la Directiva aclara que el elemento decisivo es únicamente la participación privada directa en la persona jurídica controlada, y no otras formas de participación, como pudiera ser la concesión de préstamos³⁶. Por otro lado, expresamente se recoge la posibilidad, que no había sido puesta en cuestión por la jurisprudencia, de que una sociedad de economía mixta pueda adjudicar contratos a empresas controladas siempre que se cumplan el resto de criterios.

35 Cfr. CARULLO, G., ("Reflessioni su alcune aperture del legislatore in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 2014, p. 1014), para quien parece preferible dejar a la Administración la posibilidad de valorar, caso por caso, la utilidad efectiva de la participación de los privados en ente controlado, a la vista de las eventuales ventajas que pudiera suponer el know-how de la iniciativa privada.

36 Estas cuestiones se abordaron ya en el documento de trabajo de la Comisión. *Vid.* p. 8.

3. Una solución ad hoc. El «encargo técnico» como nueva categoría jurídica

Como es sobradamente conocido, en la sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, el Tribunal europeo resolvió las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español en relación con la atribución *ex lege* a TRAGSA de un régimen jurídico que le permite realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas al respecto. Si bien la consideración de TRAGSA como medio propio no solo de la Administración del Estado sino también de Comunidades Autónomas es harto discutible³⁷, nos interesa resaltar que para su consideración como medio propio el TJUE hizo énfasis en que la entidad está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las CC.AA. y los organismos independientes de ellas. De este modo, el TJUE insiste en que «TRAGSA no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por la autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones» (apartado 54) y en que de la normativa nacional «también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las CC.AA. como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado Español, TRAGSA no tiene posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones sus relaciones con dichas Comunidades no tiene naturaleza contractual»³⁸.

No hemos de ocultar que lo establecido en esta única sentencia no deja de ser una desviación de una doctrina más o menos asentada en otras resoluciones anteriores³⁹. Y que difícilmente puede defenderse que el requisito del control conjunto tal y como ha

37 *Vid.* las fundadas conclusiones presentadas el 28 de septiembre de 2006 por el Abogado General Sr. Geelhed. Y es que, como allí se razona, es difícil afirmar que de acuerdo con la doctrina del TJUE las CC.AA. tuvieran un control sobre TRAGSA análogo al que ejercen sobre sus propios medios.

Ya en su sentencia de 8 de mayo de 2003, C-349/1997, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas concluyó que un organismo como TRAGSA que, pese a su autonomía financiera y contable, está plenamente sujeto al control del Estado español debe considerarse un servicio propio de la Administración española, en el sentido del art. 3, apartado 5, párrafo primero, del Reglamento n. 154/1975. Ahora bien, esta apreciación del Tribunal de Justicia se refería a las actividades que TRAGSA realizó por encargo del Estado español para el establecimiento de un registro oleícola.

38 Realiza algunas consideraciones críticas a esta sentencia GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *Revista de Administración Pública*, n. 173, 2007. En cualquier caso, el contenido de la sentencia fue pronto asumido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de enero de 2008 (LA LEY 1718/2008).

39 En un sentido similar, señala MONTOYA MARTÍN, E. (*Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, pp. 92 y 93) que el entendimiento que el art. 24.6 TRLCSP hace del control análogo llega a desvirtuarse, consagrando la práctica de la «cesión de medios propios» entre Administraciones Públicas, que es lo que realiza el TJUE de manera extraña a su propia doctrina en la sentencia TRAGSA. *Vid.* igualmente BERNAL BLAY, M.A. (“Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007”, *RAP* n. 137, 2008, pp. 115 a 138), para quien la sentencia TRAGSA constituye un error de la apreciación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. *Vid.* igualmente NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *RAP*, n. 182, 2010, p. 166. En relación con todo ello, baste contrastar la doctrina de la sentencia TRAGSA con la STJUE de 21 de Julio de 2005, C-231/03, *Coname*, apartado 59.

sido codificado concurre cuando es un ente distinto a la Administración estatal le que adjudica un contrato a TRAGSA. Sin embargo, el considerando trigésimo cuarto, que no estaba incluido en la propuesta original, consolida la doctrina jurisprudencial sobre el ente que hemos resaltado. Así, literalmente se afirma que: «Se dan casos en que una entidad pública actúa con arreglo a las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, como un instrumento o servicio técnico para determinados poderes adjudicadores, y está obligado a cumplir las instrucciones recibidas de estos poderes adjudicadores, sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. Dado su carácter contractual, esta relación meramente administrativa debe quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación pública».

De esta forma, la nueva norma consagra una artificiosa distinción entre encargo técnico y contrato entre entes públicos sometido a la Directiva, permitiendo un elemento de disfunción en la aplicación de la doctrina sobre la cooperación vertical.

III. Las fórmulas de cooperación horizontal y su evolución en el Derecho de la UE

1. *Hamburgo* o de la cooperación horizontal

El reconocimiento de que las fórmulas de cooperación institucionalizada no son las únicas admisibles en el Derecho de la Unión Europea es relativamente reciente. De hecho, el acta de nacimiento de la llamada cooperación horizontal puede encontrarse en la STJUE de 9 de junio de 2009, C-480/06, *Hamburgo*. Dicha sentencia, apartándose de las conclusiones del Abogado General⁴⁰, declaró que no es aplicable la normativa sobre contratación pública a un acuerdo de cooperación celebrado entre la Ciudad de Hamburgo y cuatro entes locales alemanes. En concreto, cuatro Landkreise de Baja Sajonia celebraron con los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo un contrato relativo a la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, con una capacidad de 320.000 toneladas, destinada a producir a la vez electricidad y calor, cuya construcción debía finalizar cuatro años más tarde. Mediante dicho contrato, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo reservan una capacidad de 120.000 toneladas para los cuatro Landkreise en cuestión, por un precio calculado por las partes mediante la misma fórmula para cada una de las partes implicadas. Dicho precio se abonaría al titular de la instalación, contraparte contractual de los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, a través de dichos servicios de limpieza urbana.

En su recurso, la Comisión admite que si la cooperación controvertida hubiese dado lugar a la creación de un organismo de Derecho público habría admitido que la relación no entraba dentro de la normativa sobre contratación pública. Sin embargo,

⁴⁰ En efecto, el Abogado General Ján Mazák en sus conclusiones presentadas el 19 de febrero de 2009 propuso la estimación del recurso de la Comisión, ya que aplicando la doctrina sobre cooperación vertical, se estaría ante una situación que entraría de lleno en el ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública.

la fórmula elegida no resultaría admisible. Pero frente a esta rígida interpretación, el TJUE recuerda que una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas. Y para concluir que existe una auténtica relación de colaboración, el Tribunal de Justicia analiza la finalidad del acuerdo, el contenido obligacional resultante, así como el carácter lucrativo o no del negocio.

En primer lugar, el TJUE advierte que el contrato controvertido establece una cooperación entre entidades locales que tiene como finalidad garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas, a saber, la eliminación de residuos⁴¹.

En segundo lugar, se subraya que más que una prestación de la ciudad de Hamburgo, consiste principalmente en el compromiso de los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo de poner a disposición de los cuatro Landkreise de que se trata, determinada capacidad de tratamiento de residuos con vistas a su valorización térmica en la instalación de Rugenberger Damm⁴². Se añade además que acuerdo establece obligaciones recíprocas⁴³. Así, se ha subrayado⁴⁴ que el contenido material del acuerdo de cooperación tampoco se identifica con el propio de un contrato público, pues algunos de sus términos exceden de los propios de una relación contractual ordinaria. En tercer lugar, se destaca que el negocio jurídico no tiene carácter lucrativo. De esta forma, la prestación de servicios de eliminación de residuos únicamente da lugar al pago de un precio al titular de la instalación. En cambio, de las estipulaciones del contrato controvertido se desprende que la cooperación que éste establece entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los cuatro Landkreise de que se trata no da lugar, entre dichas entidades, a otros movimientos financieros más que aquellos que corresponden al reembolso de la parte de los gastos que incumben

41 Literalmente se afirma que el acuerdo «debe analizarse como la culminación de una acción de cooperación intermunicipal entre las partes del mismo y que conlleva exigencias propias para garantizar la misión de eliminación de residuos».

42 Así, se advierte que los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo no asumen en modo alguno la responsabilidad de la explotación de dicha instalación y no ofrecen ninguna garantía a este respecto. En caso de paralización o mal funcionamiento de la instalación, sus obligaciones se limitan a ofrecer capacidades de reemplazo, obligación condicionada, sin embargo, por dos circunstancias. Por un lado, la eliminación de residuos de la ciudad de Hamburgo debe garantizarse de manera prioritaria y, por otro, deben estar disponibles capacidades en otras instalaciones a las que tengan acceso los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo.

43 En concreto, se señala que efecto, si bien la ciudad de Hamburgo se ocupa de la mayor parte de los servicios objeto del contrato celebrado entre ella y los cuatro Landkreise de que se trata, éstos últimos ponen a disposición de los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo las capacidades de vertido que ellos mismos no utilizan con el fin de paliar la falta de capacidades de vertido de la ciudad de Hamburgo. Del mismo modo se comprometen a aceptar en sus vertederos una cantidad de escorias de incineración no valorizables proporcional a la cantidad de residuos que han aportado. Además, en virtud del contrato, las partes contratantes deben, si fuera necesario, prestarse asistencia en el marco de la ejecución de su obligación legal de eliminación de residuos. En particular, está previsto que en determinadas circunstancias, como la sobrecarga puntual de la instalación en cuestión, los cuatro Landkreise de que se trata se comprometen a reducir la cantidad de residuos aportada y aceptan, así, limitar su derecho de acceso a la incineradora.

44 BERNAL BLAY, M.A., «La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos», en J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Organización Local. Nuevas tendencias*, Civitas, Madrid, 2011, p. 373.

a dichos Landkreise, pero que los servicios de limpieza urbana se encargan de abonar al titular de la instalación.

Y por último, también se atiende a la estructura subjetiva del contrato, de forma que se resalta que dicho contrato se celebró exclusivamente entre autoridades públicas, sin la participación de ninguna parte privada, y no prevé ni prejuzga la eventual convocatoria de una licitación necesaria para la construcción y la explotación de la instalación de tratamiento de residuos⁴⁵. En definitiva:

«El Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. Por otro lado, tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores (véase, en este sentido, la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartados 50 y 51)».

Estos requisitos son después sistematizados en la STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, *Azienda*⁴⁶, según la cual, no se aplica el Derecho de la Unión sobre contratos públicos no sólo en los supuestos de control análogo sobre un medio propio, sino también en los casos en los que:

a) Se trate de contratos que establecen una cooperación entre entidades públicas que tengan por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas⁴⁷.

b) Tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada.

c) No se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores.

d) La cooperación que establezcan sólo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público⁴⁸.

En la sentencia *Azienda*, el Tribunal analizó un acuerdo celebrado ente dos entidades públicas, una de las cuales una era una Universidad. El objeto del contrato era el estudio de la evaluación de la vulnerabilidad sísmica de determinadas instalaciones hospitalarias.

⁴⁵ Apartado 44.

⁴⁶ Con acierto destacan PEDERSEN, K. y OLSSON, E. ("*Azienda*-the Creation of an Exemption from Public Procurement Law", *PPLR*, n. 22, 2013, p. 234), que el hecho de que la sentencia fuera pronunciada por la Gran Sala debe verse como la constatación de la importancia del supuesto, no menor en el contexto de las negociaciones del nuevo paquete de Directivas sobre contratación pública.

⁴⁷ Apartado 34.

⁴⁸ Estos tres últimos requisitos se contienen en el apartado 36 de la sentencia.

En TJUE califica el acuerdo como contrato sometido a la Directiva por dos razones. En primer lugar, porque no existe el desempeño de una misión de servicio público común, ya que: «De la resolución de remisión parece desprenderse, en primer lugar, que dicho contrato incluye una serie de aspectos materiales de los que una parte considerable, si no preponderante, corresponde a actividades realizadas generalmente por ingenieros o arquitectos y que, aunque tengan una base científica, no son investigación científica. En consecuencia, contrariamente a lo que el Tribunal de Justicia pudo declarar en el apartado 37 de la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, la misión de servicio público objeto de la cooperación entre entidades públicas establecida por dicho contrato no parece garantizar la realización de una misión de servicio público común a la ASL y a la Universidad» (apartado 37).

En segundo lugar, según el Tribunal no podía descartarse el que contrato controvertido favoreciera a operadores privados, ya que se preveía la realización de la prestación por parte de terceros.

Por otro lado la STJUE de 13 de junio 2013, *Piepenbrock*, C-386/11, analiza un proyecto de contrato de Derecho público mediante el cual una asociación de municipios transfería a uno de los municipios que formaban la asociación la competencia de limpieza de sus edificios destinados a oficinas, locales administrativos y centros escolares. En este caso, el Tribunal de Justicia determina que existe un contrato sometido a las normas sobre contratación pública.

El Tribunal de Justicia rechaza que se trate de un contrato que establezca una cooperación entre entidades públicas, que tienen por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas. Para que esta exención sea aplicable, deben darse tres requisitos cumulativos: a) que tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada, b) no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y c) la cooperación que establezcan sólo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público.

El Tribunal concluye que es aplicable la normativa sobre contratación ya que, por un lado, no existe una misión de servicio público común y, por otro, el contrato autoriza a recurrir a un tercero para la ejecución de la tarea prevista por el mencionado contrato, de tal forma que ese tercero podría estar en una situación ventajosa respecto a las demás empresas que operan en el mismo mercado.

Por su parte, la STJUE de 8 de mayo de 2014, C15/13, *Universidad de Hamburgo*, analiza un supuesto en el que una Universidad alemana adquiere un sistema de gestión informática para la enseñanza superior de una sociedad mercantil pública, cuyo objeto social consiste precisamente en prestar asistencia a los centros públicos de enseñanza superior y a las administraciones competentes en sus esfuerzos por cumplir de manera racional y eficaz sus funciones de enseñanza superior. El Tribunal de Justicia considera que se trata de un contrato sometido a las normas sobre contratación pública, ya que «la cooperación establecida entre la Universidad e HIS no está destinada a la realización de una misión de servicio público común en el sentido de la jurisprudencia»

(apartado 35). En este sentido, se destaca que el órgano remitente había considerado que ni la Universidad ni HIS son autoridades públicas, ni HIS tiene directamente atribuido el desempeño de una misión de servicio público.

2. Las fórmulas de cooperación horizontal y su evolución en Directiva 2014/24/UE

La Directiva 2014/24/UE establece expresamente cuáles son los requisitos que han de concurrir para considerar que las relaciones entre dos poderes adjudicadores en aras a establecer una cooperación no institucionalizada están exentas de la aplicación de la normativa sobre contratación pública. La cooperación horizontal encuentra así su disciplina normativa en el cuarto apartado del art. 12 de la Directiva 2014/24/UE. Según el precepto, un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;

b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y

c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de la cooperación.

Desde un punto de vista subjetivo, como ya se recogiera en el Documento de trabajo de la Comisión⁴⁹, en la cooperación horizontal sólo intervendrán poderes adjudicadores. Bien es verdad que en aquel documento de trabajo se establecía la exigencia de que no existiera participación de capital en dichos poderes adjudicadores, condición que dejará de aplicarse según el claro tenor del considerando trigésimo segundo de la DCP (vid. *infra*).

En todo caso, no estará sometido la DCP un acuerdo entre dos poderes adjudicadores que tenga como finalidad la cooperación para la consecución de objetivos comunes ligados a la prestación de servicios públicos, siempre que este acuerdo se guíe exclusivamente por consideraciones de interés público y además se cumplan determinados criterios de actividad. Además, el acuerdo no debe favorecer a operadores privados. Examinaremos a continuación estos requisitos.

A) Cooperación al servicio de la consecución de objetivos comunes

Como ya hemos señalado, el primer requisito que ha de concurrir para que pueda considerarse que el acuerdo está excluido de la Directiva es que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la fi-

⁴⁹ Vid. p. 16.

nalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

En realidad, este requisito se cumple cuando se verifican dos condiciones: que la finalidad del acuerdo sea conseguir un objetivo común y que exista una auténtica cooperación.

Aunque el precepto se refiere a la garantía de la prestación de servicios públicos⁵⁰, este concepto ha de entenderse en sentido amplio. De esta forma, el objeto de la cooperación no ha de entenderse estrictamente limitado a la prestación de un servicio público⁵¹. Como establece el considerando trigésimo tercero de la Directiva, la cooperación puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como tareas obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regionales o los servicios conferidos a organismos específicos de Derecho público.

De esta forma, a mi juicio, el elemento esencial es que el acuerdo establezca una cooperación real entre las partes, lo que sólo sucederá, como se desprende de la sentencia *Hamburgo*, cuando las prestaciones sean recíprocas⁵². Rectamente entendido, no necesariamente las distintas partes deben realizar prestaciones que tengan carácter de principal. Así se explica en el considerando trigésimo primero de la Directiva que los servicios prestados por los distintos poderes participantes no han de ser necesariamente idénticos: también pueden ser complementarios. Y aunque la cooperación debe estar basada en un «concepto cooperador», mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman a la ejecución de las principales obligaciones contractuales⁵³.

B) Finalidad de la cooperación

El requisito de que la cooperación se guíe exclusivamente por consideraciones relacionadas con el interés público, interpretado a la luz de la jurisprudencia, implica que un

50 En el considerando trigésimo tercero se insiste en que los poderes adjudicadores han de poder optar por prestar de manera conjunta sus servicios públicos mediante cooperación sin verse obligados a adoptar una forma jurídica particular.

51 Así, subraya ARROWSMITH, S. (*Law of Public ...*, op. cit., p. 527), que aunque exista una referencia explícita a los servicios públicos, esta no limita la cooperación en relación con servicios, ya que el aprovisionamiento de obras y suministro puede estar vinculado a la prestación de servicios públicos.

52 La propuesta de Directiva era más expresiva: que el acuerdo establezca una cooperación *genuina* entre los poderes adjudicadores participantes para el desempeño conjunto de sus tareas de servicio público e implique derechos y obligaciones mutuos de las partes. Como señala WIGGEN, J. ("Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector", *P.P.L.R.*, n. 23, 2014, p. 90), el cambio del tenor del precepto se debe más a una simplificación que a un auténtico cambio material.

53 Considera ARROWSMITH, S., (*Law of Public ...*, op. cit., pp. 523 y 528) que la aportación de las partes podría limitarse solamente a garantizar la existencia de un mercado para el resultado, de modo que la exigencia de que todas las partes participen en la prestación resultaría desafortunada. Pero como reconoce la propia autora, la interpretación propuesta no ha sido la asumida por el TJUE en su sentencia *Piepenbrock*. Vid. igualmente SANTIAGO IGLESIAS, D., "Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 38, 2015.

acuerdo de cooperación estará incluido en el ámbito de la aplicación de la DCP si en una de las partes existe ánimo de lucro. Y es que, por un lado, el interés público excluye la existencia de interés comercial por una de las partes. De nuevo, el considerando trigésimo tercero puntualiza que la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público.

En la propuesta de Directiva este requisito se veía fortalecido ya que se añadía, además, que el acuerdo de cooperación no debía implicar transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, excepto los correspondientes al reembolso de los costes reales de las obras, los servicios o los suministros. Aunque esta condición no se haya recogido expresamente en la versión finalmente aprobada de la norma, supondrá un importante indicio de que el acuerdo no tiene carácter comercial⁵⁴.

C) Criterio de actividad

Finalmente, para que no sea aplicable la DCP a un acuerdo entre dos poderes adjudicadores es preciso que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de cooperación.

La introducción de este criterio relativo a la actividad de los poderes adjudicadores puede considerarse hasta cierto punto novedosa, ya que expresamente no se había formulado en la jurisprudencia del TJUE. En todo caso, se anticipó ya en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada⁵⁵ y en el documento de trabajo de la Comisión⁵⁶, en el que se subrayaba que el Tribunal había manifestado que la cooperación debería guiarse solo por consideraciones de interés público. En consecuencia, se añadía que la cooperación no estaría exenta si se guiara por consideraciones de tipo comercial. De ahí se deduciría que, en principio, las partes cooperantes no deberían desarrollar actividades de mercado en el marco de la cooperación. Pero en todo caso, esta exclusión no se entiende en términos absolutos, ya que podría resultar aceptable una actividad auxiliar y de carácter marginal con entidades que no participen en la cooperación⁵⁷.

54 En el mismo sentido añade WIGGEN, J. ("Directive 2014/24/EU", *op. cit.*, p. 91) que aunque se halla eliminado en la versión final el requisito de que la cooperación no conlleve transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, excepto las correspondientes al reembolso de costes reales, constituirá un elemento en la valoración de si la cooperación persigue únicamente un interés público.

55 Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de octubre de 2006 sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [2006/2043 (INI)]. En esta resolución se rechazaba que se aplicase el Derecho de la contratación pública en los casos en los que las autoridades públicas deseen desempeñar cometidos conjuntamente con otras autoridades públicas en su ámbito geográfico de actuación como medida de reorganización administrativa, sin ofrecer a terceros en el mercado libre la prestación de tales servicios.

56 Apartado 3.3.3.

57 A modo de ejemplo señalaba la Comisión que si las partes cooperantes en el asunto *Hamburgo* hubieran construido una planta de incineración de residuos de una capacidad superior a sus necesidades, a fin de vender la capacidad excedentaria en el mercado abierto y con ánimo de lucro, su cooperación no se habría guiado solo por consideraciones y exigencias relativas al interés público. Sin embargo, si sería admisible que se efectuara un uso razonable de una posible capacidad excedentaria.

En todo caso, el criterio de actividad se limita a las actividades objeto de cooperación, y no al resto de actividades de los entes participantes. Según el art. 12.5 de la Directiva, para determinar este porcentaje de se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato⁵⁸.

D) Implicaciones de la prohibición de falseamiento de la competencia

Como se advertirá fácilmente, en el articulado de la Directiva no se ha recogido el requisito jurisprudencial según el cual para que el acuerdo de cooperación se sitúe fuera de la normativa sobre contratación pública ninguna empresa privada debe situarse en una situación privilegiada respecto de sus competidores. Sin embargo, este principio no sólo está ínsito en el de igualdad de trato (art. 18 DCP), sino también en último párrafo del considerando trigésimo primero, que advierte que es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores. Sobre este requisito se insiste en el considerando trigésimo tercero de la Directiva, que se dedica a la prestación conjunta de servicios públicos.

La jurisprudencia del TJUE había deducido de este principio de igualdad de trato la limitación de la participación tanto directa como indirecta de operadores privados en la cooperación

En primer lugar, un criterio jurisprudencial que se había reiterado de forma constante era el relativo a que los acuerdos de cooperación debían celebrarse exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada (*Hamburgo*, apartados 44 y 47, *Piepenbrock*, apartado 37). Por su parte, en el ya citado Libre Verde sobre la modernización de la contratación pública en la UE de 2011 se afirma que «parece desprenderse con claridad que cualquier cooperación dentro del sector público eximida de la aplicación de las normas de la UE sobre contratación pública debe ser siempre estrictamente pública. Por lo tanto, la participación de capital privado en alguna de las entidades cooperantes impide que esa cooperación quede exenta como tal de las normas sobre contratación pública»⁵⁹. Por ello sorprende que entre los requisitos para que se excepcione la posibilidad la aplicación de la Directiva no se haya recogido en la Directiva finalmente aprobada la circunstancia de que exista participación privada en ninguno de los poderes adjudicadores implicados, aunque este requisito sí constaba en las sucesivas versiones de la misma. Pero no se trata en

58 Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

59 Vid. p. 24.

ningún caso de una omisión involuntaria del legislador europeo, ya que el considerando trigésimo segundo contiene el siguiente tenor: "Asimismo, es preciso aclarar que poderes adjudicadores, tales como organismos de Derecho público, que puedan tener una participación de capital privado, deben estar en condiciones de aprovecharse de la excepción por cooperación horizontal. Por consiguiente, cuando se cumplan todas las demás condiciones relativas a la cooperación horizontal, la excepción por cooperación horizontal debe aplicarse a dichos poderes adjudicadores cuando el contrato se celebre exclusivamente entre poderes adjudicadores."

Como ya hemos señalado, el Tribunal de Justicia ha sido reacio a admitir la participación del capital privado en los entes cooperantes. Ello es así, por dos razones. En primer lugar, la relación entre entidades cooperantes de naturaleza pública se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (*Stadt Halle*, considerando 51). En segundo lugar, incluso aunque se trate de instituciones privadas sin ánimo de lucro, éstas pueden llegar a cabo actividades económicas compitiendo con otros operadores económicos, por lo que la participación en el acuerdo de cooperación puede deparar a los socios privados una ventaja competitiva (así se declaró en la sentencia *SUCH*). Sin embargo, según el nuevo tenor de la Directiva no debe presumirse que la participación del capital privado en uno de los entes cooperantes impide que el desarrollo de la cooperación deba guiarse únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, ni que esta participación privada de *per se* otorgue un beneficio competitivo al operador privado en cuestión. En todo caso, la previsión es coherente con la aclaración efectuada en relación con las relaciones de cooperación institucionalizada, ya que si bien el ente controlado sólo en circunstancias excepcionales puede contar con capital privado, los entes que lo controlan sí que pueden tener una conformación mixta.

En todo caso, para ARROWSMITH⁶⁰, la nueva regla que permite la participación del capital privado en los entes cooperantes permite un adecuado equilibrio entre los intereses de las administraciones nacionales en la cooperación pública-pública y la necesidad de evitar distorsiones en la competencia en el mercado. En este sentido, advierte la autora que debería tomarse en consideración, que la naturaleza de la remuneración (en particular, si va más allá del pago de costes) es un elemento para aplicar la doctrina *Hamburgo* y que la selección de partes privadas está sometida a controles bajo el Derecho de la Unión europea. Pero, en mi opinión, además, dada la contundencia de la regla según la cual la cooperación no debe beneficiar a operadores privados, deberá examinarse con atención si un acuerdo de cooperación concreto permite la realización de actividades aun con carácter residual en el mercado abierto, el hecho de que el ente privado tenga carácter lucrativo o no, y el grado de reciprocidad de las prestaciones establecidas⁶¹.

60 ARROWSMITH, S., *Law of Public ...*, op. cit., pp. 525 y 528.

61 En este sentido, señala WIGGEN, J., ("Directive 2014/24/EU", op. cit., p. 91) que el texto finalmente aprobado puede facilitar que operadores privados gocen de una ventaja competitiva.

En definitiva, en aras a una mayor flexibilidad se sacrifica en cierto modo la seguridad jurídica. Porque, como se ha destacado⁶², la principal virtud del requisito pretoriano según el cual no debía existir capital privado en los entes cooperantes es que era fácilmente aplicable, mientras que la aplicación de la nueva Directiva resultará en este punto compleja.

Desde el punto de vista de la posibilidad de que un tercero pueda realizar prestaciones de forma indirecta en el marco de la cooperación, la doctrina jurisprudencial no es absoluta. Así, la sentencia *Hamburgo*⁶³ admite la participación de un tercero en la prestación del servicio público que motiva la cooperación. En cambio, según la sentencia *Azienda*, no puede descartarse que el supuesto en este caso controvertido favorezca a operadores privados, lo que sucedería «si los colaboradores externos altamente cualificados que, de acuerdo con dicho contrato, la Universidad puede contratar para la realización de ciertas prestaciones incluyeran a prestadores privados» (apartado 38). Por su parte, en la sentencia *Piepenbrock*, se subraya que el contrato autorizaba a recurrir a un tercero para la ejecución de la tarea prevista por el mencionado contrato, de tal forma que ese tercero podría estar en una situación ventajosa respecto a las demás empresas que operan en el mismo mercado (apartado 40)⁶⁴. En todo caso, aunque el criterio no se haya formulado de forma excesivamente clara, lo cierto es que no debe entenderse que la posibilidad de subcontratar prestaciones en el marco de la cooperación sea un indicio de que se está ante un contrato sometido a la Directiva. Así, un elemento esencial para determinar si el acuerdo favorece o no a determinado operador privado es atender al hecho de que el subcontratista sea elegido a través de un procedimiento público de licitación. Porque en este caso, no existe operador privado al que se haya posicionado en una situación de ventaja.

IV. Conclusiones

Las relaciones de cooperación vertical y horizontal no estaban incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE. Sin embargo, esta exclusión no se debía a precepto alguno de la misma, sino a las interpretaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mantenidas en una trascendente y en algún momento vacilante línea jurisprudencial. Por ello, era previsible y deseable que en el nuevo paquete legislativo sobre contratación pública se recogiesen claramente estas excepciones a la aplicación de la normativa sobre contratación pública, positivizando los criterios que para su ad-

62 PEDERSEN, K. y OLSSON, E., “*Azienda-the Creation...*”, *op. cit.*, p. 231.

63 Así, como señala la sentencia, se infiere que el contrato controvertido constituye tanto el fundamento como el marco jurídico de la construcción y explotación futuras de una instalación destinada a la realización de un servicio público, a saber, la valorización térmica de residuos. Dicho contrato se celebró exclusivamente entre autoridades públicas, sin la participación de ninguna parte privada, y no prevé ni prejuzga la eventual convocatoria de una licitación necesaria para la construcción y la explotación de la instalación de tratamiento de residuos.

64 Crítica esta sentencia ARROWSMITH, S. (*Law of Public ...*, *op. cit.*, p. 525), para quien la interpretación mantenida en la sentencia *Piepenbrock* parece irrazonablemente estricta, ya que implicaría la prohibición de acuerdos que si estarían permitidos si tendrían cabida dentro del ámbito de la cooperación vertical.

misibilidad había señalado la jurisprudencia y precisando ésta los aspectos en los que no eran lo suficientemente nítida.

Dado que la articulación de los mecanismos de cooperación entre los distintos entes del sector público puede realizarse a través de técnicas heterogéneas, la DCP renuncia al propósito de formular un concepto unitario de cooperación que aglutine todas sus vertientes. Lo que, a mi juicio, resulta la opción más segura, pues aunque ambas formas de cooperación mantienen elementos comunes, son también notables las diferencias existentes entre ambas. De esta forma, se han establecido normas específicas para cada modalidad de cooperación. Y estas disposiciones no se han limitado a codificar el Derecho pretoriano existente sobre la materia, sino que, en algunos supuestos, han llegado incluso a corregirlo, como sucede en relación con aquellas normas destinadas a permitir la participación de capital privado en los entes cooperantes.

Por lo demás, si bien es cierto que la nueva normativa aporta seguridad jurídica en algunos elementos de capital importancia – así, por ejemplo, en el relativo a la definición de cuándo se produce un control conjunto sobre un ente –, también lo es que surgirán nuevas dudas aplicativas. En especial, en el ámbito de las relaciones de cooperación horizontal, será necesario perfilar en que consiste el “concepto cooperador” que permite la inaplicación de la DCP, así como precisar cuándo la participación directa o indirecta de capital privado en el marco de la cooperación produce un falseamiento de la competencia. En todo caso, dado que el sustrato material sobre el que operan estas normas es de gran complejidad, cierta inseguridad jurídica sobre la materia parece en este momento del desarrollo del Derecho de la Unión inevitable.

Finalmente, resulta decepcionante que, mediante la consolidación de la discutible “doctrina TRAGSA”, se introduzca una artificiosa distinción entre cooperación, contrato entre entes públicos sometido a la Directiva y encargo técnico que no hace sino arrojar mayor confusión a un marco conceptual ya de por sí oscuro.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROWSMITH, S., *Law of Public and Utilities Procurement*, Volume 1, 3ª ed., Sweet and Maxwell, Londres, 2014.
- BERNAL BLAY, M.A., “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las *relaciones in house*. Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007”, *RAP*, n. 137, 2008.
- BERNAL BLAY, M.A., “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”, J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Organización Local. Nuevas tendencias*, Civitas, Madrid, 2011.

- BERNAL BLAY, M.A., “El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 124, 2013.
- CARULLO, G., “Reflessioni su alcune apertura del legislatore in teme de in house, anche in prospettiva dei corrisponenti limiti nazionali per le società”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n.5, 2014.
- CUBILLO CONTRERAS, I., “El medio propio en la jurisprudencia comunitaria sobre contratos públicos. Análisis de la sentencia TJUE Coditel y reflexiones desde una perspectiva española”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 90, 2009.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 38, 2015.
- FUERTES LÓPEZ, M. y SOSA WAGNER, F., “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación in house)”, *Diario La Ley*, n. 6715, año XXVIII, 17 mayo 2007.
- GIMENO FELIÚ, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en España*, Civitas, Madrid, 2006.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “La contratación conjunta y las fórmulas eficientes de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de organización en el modelo local”, *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- GIMENO FELIÚ, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *Revista de Administración Pública*, n. 173, 2007.
- MONTOYA MARTÍN, E. (*Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009).
- NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos in house en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *RAP*, n. 182, 2010.
- PEDERSEN, K. y OLSSON, E., “Azienda-the Creation of an Exemption from Public Procurement Law”, *PPLR*, n. 22, 2013.
- PERNÁS GARCÍA, J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJUE*, Iustel, Madrid, 2008.

- PERNÁS GARCÍA, J., "La expansión de la excepción in house y la flexibilización progresiva del criterio del «control análogo». Comentario a la sentencia del TJUE de 13 de noviembre de 2008", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 87, 2009.
- RUIZ CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A. y BERNAL BLAY, M.A., "La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes", *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, Madrid, 2011.
- TIAGO FERREIRA, D., *Contratação in house*, Almedina, Coimbra, 2013.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "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 las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas", *Revista General de Derecho administrativo*, n. 12, 2006.
- VILALTA REIXACH, M., *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- WIGGEN, J., "Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector", *P.P.L.R.*, n. 23, 2014.

CONTRATTAZIONE PUBBLICA E LOTTA ALLA CORRUZIONE. UNO SGUARDO ALLE RECENTI RIFORME AMMINISTRATIVE ITALIANE

GIUSEPPE PIPERATA

Professore Associato di Diritto Amministrativo
Università IUAV de Venezia

I. La corruzione amministrativa ed il sistema-Italia

La corruzione amministrativa, al pari di qualsiasi altro fenomeno sociale, appartiene alla storia dell'uomo, e al diritto è sempre spettato il compito di provare a prevenirla e, in seconda battuta, reprimerla.

In Italia, la corruzione amministrativa è un fenomeno che presenta una certa rilevanza¹. I luoghi comuni sulla "familiarità" del popolo italiano e delle sue amministrazioni pubbliche con le dinamiche corruttive abbondano, e molte volte sono frutto di esagerate e ingiustificate enfattizzazioni di presunte caratteristiche o abitudini. Alcune volte, però, dati più o meno ufficiali e oggettivi registrano, in maniera preoccupante, il diffondersi di pratiche illecite nello svolgimento dei compiti pubblici. Si prenda, ad esempio, il *Corruption Perceptions Index* per il 2014, pubblicato recentemente². Come ogni anno, oramai dal 1995, un'organizzazione non governativa, la *Transparency International*, registra il livello di corruzione percepita in tutti i paesi del mondo. Rispetto agli anni scorsi, l'Italia non solo è peggiorata, ma presenta un punteggio ben al di sotto della media europea e della sufficienza, collocandosi, infatti, al 69° posto con Senegal, Romania e Bulgaria. Sono dati che, come a tutti noto, hanno un notevole impatto a livello mediatico, sull'opinione pubblica, a proposito della credibilità delle istituzioni e delle economie dei singoli paesi di riferimento.

¹ Cfr. MANGANARO, F., "La corruption en Italie", *Ius Publicum* (www.ius-publicum.com), n. 2, 2014, pp. 3 e ss., e FIORINO, N. e GALLI, E., *La corruzione in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2013.

² <http://www.transparency.org/>.

Che l'Italia non goda di ottima reputazione sotto il profilo del rispetto dei principi di etica pubblica non è una novità. Certo, non è solo un male italiano.

Sia ben chiaro. Non si vuole in questa sede sostenere in maniera assertiva che la pubblica amministrazione in Italia sia stata sempre inefficiente e profondamente corrotta; che esista un "lato oscuro" del settore pubblico che ha sempre contrastato e azzerato gli unici criteri che dovrebbero guidarne l'azione, ossia l'imparzialità ed il buon andamento. Anzi. A ben vedere, non solo non sono mancati nei percorsi evolutivi delle istituzioni momenti in cui gli impiegati pubblici hanno dato prove di alte virtù, ma, come ricordato, tra gli impiegati pubblici «gli onesti sono una larga maggioranza»³.

Rimane, però, un dato di fatto: gli episodi di corruzione amministrativa sono molto diffusi; l'opinione più scontata, anche all'estero, sull'amministrazione italiana è che non sia ispirata da forti virtù; la corruzione appare, a volte, non come anomalia ma come costante del sistema.

Sulle cause di tale situazione si è molto discusso e si continua a discutere⁴. Non è soltanto l'effetto di una mancanza di «noblesse d'Etat», come la chiama Sabino Cassese⁵, ossia di un corpo professionale di pubblici amministratori selezionati per merito, qualificati e adeguatamente formati, indipendenti e non assoggettati al potere politico, non intrisi di «familismo amorale», tutte condizioni ben lontane da quelle che caratterizzano la pubblica amministrazione italiana. Molto è dovuto anche ad alcuni caratteri che sono stati dati alla pubblica amministrazione e anche alla qualità e sovrabbondanza delle leggi che ne regolano il funzionamento, le quali hanno prodotto un effetto di – sono sempre parole di Cassese – «giuridicità debole»⁶, fatta di norme spesso derogabili, disposizioni negoziabili tra amministratori e amministratori, regole applicabili con ampia discrezionalità.

II. La contrattazione pubblica: un settore ad alto rischio corruzione

E' opinione molto diffusa quella secondo la quale sarebbero quattro i settori di amministrazione pubblica in cui il rischio di avere eventi corruttivi è particolarmente elevato. Si tratta del sistema sanitario, dell'amministrazione finanziaria, del governo del territorio (urbanistica, edilizia e ambiente) e del settore degli appalti pubblici.

Quest'ultimo è l'ambito di azione dei pubblici poteri in cui è frequente l'emersione di casi di corruzione⁷. Le rassegne di giurisprudenza penale lo dimostrano. Inoltre,

3 Così MATTARELLA, B.G., *Le regole dell'onestà*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 7.

4 Da ultimo, sulle cause della corruzione amministrativa si v. in part. VANNUCCI, A., "L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto", in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Passigli, Firenze, 2010, pp. 37 e ss.

5 Cfr. CASSESE, S., *L'Italia: una società senza Stato?*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 95.

6 Cfr. CASSESE, S., *L'Italia: una società senza Stato?*, cit., pp. 82 e ss.

7 Cfr. DI CRISTINA, F., "La corruzione negli appalti pubblici", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 177 e ss.; RACCA, G.M. e CAVALLO PERIN, R., "Corruption as a Violation of Fundamental Rights: Reputation Risk as a Deterrent Against the Lack of Loyalty", in *Ius Publicum* (www.ius-publicum.com), n. 1, 2014; RACCA, G.M. e YUKINS, C. (eds), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*,

questa è la considerazione di quasi tutti gli italiani, dato che in una recente Relazione UE sulla lotta alla corruzione si afferma che il 97% degli italiani pensa che tutto il sistema di contrattazione pubblica sia corrotto⁸. E ancora, più volte è stato segnalato l'imponente impatto economico del fenomeno, che, secondo alcuni dati, in Italia ammonterebbe a oltre 60 miliardi di euro, pari al 3,8% del PIL, e determinerebbe un aumento del costo delle opere pubbliche del 40%⁹.

Quali sono le cause di tale situazione? Ovviamente, sono molteplici i fattori che potrebbero essere indicati come elementi condizionanti e presenti nelle pratiche registrabili all'interno delle strutture amministrative¹⁰. Pensare di richiamarli in questa sede è impossibile. Si deve, però, sottolineare la gravità del fenomeno, dato che alla corruzione in senso "soggettivo" (ossia, legato a comportamenti illeciti individuali) si accompagna una situazione di corruzione "oggettiva" (ossia, legata al disfacimento del quadro ordinamentale e della struttura istituzionale), i cui effetti vanno ben al di là dei comportamenti e delle singole vicende¹¹. Due di questi fattori oggettivi meritano di essere ricordati.

Il primo riguarda il quadro particolarmente complesso che spesso caratterizza il sistema, l'organizzazione ed il funzionamento della pubblica amministrazione. Da anni il legislatore italiano sta portando avanti una politica di forte promozione della semplificazione del sistema amministrativo¹². Lo scopo non è solo quello di migliorare il rapporto tra cittadini e strutture pubbliche, ma anche quello tentare di eliminare, più che possibile, opacità e complessità nei processi decisionali pubblici, condizioni che sono alla base di quelle dinamiche di intermediazione tra amministrati e potere, i cui contorni spesso rilevano per il diritto penale. In altri termini, più il linguaggio burocratico è oscuro, più l'azione amministrativa è articolata, più i tempi di intervento dei pubblici poteri sono lunghi e più il cittadino è spinto ad avvalersi di "facilitatori", soggetti cioè in grado di permettergli di conseguire dalla pubblica amministrazione l'utilità sperata attraverso iter rapidi, alternativi e non certo rispettosi dei principi e delle regole.

Il secondo fattore è rappresentato dalla tendenza del legislatore di prevedere ipotesi derogatorie rispetto alle discipline ordinarie in materia di contrattazione pubblica, spesso al fine di recuperare maggiore efficienza e rapidità nella realizzazione di opere

Bruylant, Brussels, 2014; SANDULLI, M.A. e CANCRINI, A., "I contratti pubblici", in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, cit., pp. 437 e ss.

8 Commissione UE, Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, 3 febbraio 2014, (COM) 38.

9 Sul "costo" della corruzione per la collettività, in generale, cfr. HINNA, L. e MARCANTONI, M., *Corruzione. La tassa più iniqua*, Donzelli, Roma, 2013.

10 MELIS, G., *La burocrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 93 e ss., ricorda il *Rapporto del Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione*, Comitato nominato dal Presidente della Camera dei Deputati nel 1996, il quale indicava le principali cause dei fenomeni corruttivi nell'ambito dell'amministrazione pubblica italiana.

11 Cfr. *Corruzione e sistema istituzionale*, a cura di D'ALBERTI, M. e FINOCCHI, R., Il Mulino, Bologna, 1994.

12 Tra i tanti lavori sulla semplificazione che sottolineano tale aspetto cfr. *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, a cura di SCIULLO, G., BUP, Bologna, 2008. Le politiche di semplificazione sono centrali anche nell'agenda politica di altri paesi, come dimostra lo studio di SUNSTEIN, C.R., *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2013.

pubbliche di particolare rilevanza strategica per il paese o tecnologicamente complesse ovvero anche per ragioni emergenziali¹³. L'esperienza italiana dimostra, però, che in molti casi l'allontanamento dal canonico percorso di aggiudicazione di un appalto pubblico genera comportamenti che corrompono l'esercizio della funzione pubblica. Recenti scandali italiani, come quelli che hanno interessato l'appalto per la costruzione e gestione del Mose di Venezia o per la realizzazione dell'Expo di Milano, hanno riguardato opere pubbliche la cui realizzazione era stata affidata a regimi giuridici derogatori rispetto a quanto previsto in generale dalla disciplina di derivazione comunitaria in materia di contratti pubblici. Derogare al regime generale, quindi, può permettere, a volte, di spostare la contrattazione delle pubbliche amministrazioni con gli operatori privati in un contesto di negoziazione con molte zone grigie e con la possibilità di seguire scorciatoie, il cui utilizzo – formalmente giustificato per il perseguimento dell'obiettivo in termini di maggiore celerità – in realtà cela la necessità di avvantaggiare alcuni dei soggetti interessati, in una prospettiva di reciproco e illecito scambio di utilità.

Gli effetti di questa situazione sono ovvi e, in parte, sono stati richiamati, a partire dalle ricadute sulla reputazione di un Paese e di un'amministrazione, fino alla lievitazione dei costi delle opere. Ma c'è un effetto della corruzione, indipendentemente dal settore in cui si manifesta, ancora più grave. Si tratta delle conseguenze negative sulla credibilità delle istituzioni. Infatti, come abbiamo detto, la corruzione amministrativa si trasforma in corruzione istituzionale e, quindi, determina una perdita di qualità del sistema delle istituzioni, con tutto quello che ne consegue dentro e fuori i confini dello Stato.

III. Diritto amministrativo e lotta alla corruzione nei contratti pubblici: lo scenario di riferimento introdotto dalle riforme più recenti

In Italia il fenomeno corruttivo rappresenta la matrice di comportamenti che possono configurare differenti reati, tutti oggetto di disciplina giuridica da parte del Codice penale (artt. 318 ss.). La corruzione, la concussione e altre dinamiche analoghe sono state sempre considerate fattispecie delittuose e, quindi, sempre è stato attribuito al diritto penale il compito di svolgere un ruolo attivo e preponderante nell'attività di contrasto. Tuttavia, è convinzione di molti che relazionarsi al fenomeno in termini esclusivamente repressivi implica un approccio insufficiente al problema e, di sicuro, tale approccio non è in grado, da solo, di impedirne il manifestarsi o di risolvere le tante conseguenze negative da questo prodotte¹⁴. Pertanto, da alcuni anni, il legislatore italiano ha potenziato anche i meccanismi di prevenzione, retti dal diritto amministrativo e funzionali ad un'azione idonea a contrastare “a monte” il possibile insorgere di quelle manifestazioni destinate a corrompere l'esercizio della funzione pubblica.

13 Cfr., in part., DI CRISTINA, F., “La corruzione negli appalti pubblici”, cit., pp 216 e ss.

14 Sottolinea tale aspetto PATRONI GRIFFI, F., “Battere la corruzione: una sfida impossibile?”, in *Astrid Rassegna*, n. 9, 2015, pp. 4 e ss.

Ciò è avvenuto in particolare con riferimento al settore dei contratti pubblici. Per il diritto amministrativo, infatti, è stato sempre importante intervenire nella disciplina delle attività di prevenzione dei fenomeni corruttivi, non fosse altro per contribuire, sotto questo profilo, alla realizzazione del principio di imparzialità che la Costituzione indica come cardine portante della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.). Si pensi, tanto per fare qualche esempio, alla disciplina della formazione e funzionamento delle commissioni di gara, chiamate a selezionare l'aggiudicatario, disciplina da sempre attenta all'individuazione dei criteri più idonei (sorteggio, professionalità dei membri, ecc.) a prevenire forme di connivenza tra commissari e imprese partecipanti, ad assicurare l'imparzialità della struttura e ad evitare possibili conflitti di interesse.

Più recentemente, il sistema italiano di lotta alla corruzione nel settore dei contratti pubblici è stato interessato da processi di radicale trasformazione, i quali hanno riscritto e innovato sul versante penalistico e amministrativistico i tradizionali meccanismi di prevenzione, contrasto e repressione. Tale trasformazione è stata realizzata, in parte, per effetto di riforme di portata generale che hanno affrontato, in termini ampi e generali, il problema dell'illegalità nella pubblica amministrazione, in parte, invece, attraverso misure specifiche introdotte dal legislatore con riferimento al settore dei contratti pubblici.

Le riforme di portata generale, in questa sede, non possono che essere semplicemente richiamate per cenni. La più importante di queste è rappresentata dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, la quale nel dare attuazione ad alcuni impegni assunti dall'Italia in sede internazionale (Convenzione ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003 e Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 1999), ha costruito un sistema integrato di politiche anticorruzione, articolato su tre linee di intervento: rafforzamento dell'impianto repressivo, miglioramento delle misure di prevenzione, promozione di una cultura della legalità e dell'etica pubblica nelle amministrazioni centrali e locali¹⁵.

La l. n. 190/2012 costruisce un vero e proprio sistema organizzato con lo scopo di assicurare un'azione coordinata per favorire il controllo, la prevenzione ed il contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. A tal fine, la legge configura un'apposita organizzazione, appronta specifici strumenti e regola anche processi e azioni che dovranno essere intrapresi nell'ambito delle differenti strutture in cui si articola il potere pubblico. Alcuni contenuti della l.n. 190/2012 sono di portata innovativa per il nostro ordinamento e le nostre pubbliche amministrazioni, a cominciare proprio dalla definizione dei soggetti chiamati a governare le politiche anticorruzione: a livello centrale, la l. n. 190/2012, istituisce l'Autorità nazionale anticorruzione, che – come vedremo – assorbe anche le funzioni della soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, mentre a livello decentrato di singolo ente si immagina l'individuazione obbligatoria di un responsabile della prevenzione della corruzione, al quale spettano impor-

15 Cfr. quanto affermato in tal senso da GAROFOLI, R., "Il contrasto alla corruzione. La L. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie", in www.giustizi-amministrativa.org. Ma sulla l. n. 190/2012 cfr. anche i commenti contenuti nel numero monografico "La nuova disciplina anticorruzione", *Ist. Fed.*, n. 2, 2013, e *La legge anticorruzione*, a cura di MATTARELLA, B.G., PELLISERO, M., Giappichelli, Torino, 2013.

tanti compiti di proposta rispetto alle politiche di lotta alla corruzione e di promozione della cultura della legalità nell'ambito dell'amministrazione di appartenenza.

Altrettanto importanti e innovativi sono gli strumenti e le dinamiche alle quali la riforma affida concretamente l'azione soprattutto preventiva e di lotta alla corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Si tratta, in primo luogo, dell'attività di pianificazione dell'azione di contrasto, anche in questo caso immaginata già in sede governativa, mediante il Piano nazionale anticorruzione, proposto dal Dipartimento della funzione pubblica e approvato dall'Autorità, e poi esercitata anche nelle singole amministrazioni attraverso il Piano triennale anticorruzione, al quale spetta, in primo luogo, il compito di individuare i campi di azione dell'ente in cui i rischi di corruzione sono più elevati e, di conseguenza, immaginare un sistema di prevenzione e di intervento diretto a limitare tali rischi.

Tra i settori più esposti al rischio di corruzione, come si è detto c'è il settore degli appalti pubblici. Ne discende, quindi, che l'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni è destinata a diventare un campo privilegiato di osservazione da parte dei soggetti chiamati dalla l.n. 190/2012 a costruire un sistema di prevenzione della corruzione e anche a rappresentare con una certa frequenza l'oggetto di quegli strumenti di prevenzione e contrasto.

La legge del 2012 conteneva anche alcune deleghe al governo per definire per via legislativa o regolamentare il quadro di riferimento per le specifiche politiche di lotta alla corruzione. In particolare, le politiche hanno riguardato, in primo luogo, l'introduzione di numerosi obblighi di pubblicità per le pubbliche amministrazioni e di rimodulazione del principio di trasparenza dell'azione pubblica, declinato, oggi, in termini innovativi (ossia, di trasparenza intesa come obbligo generalizzato di conoscibilità dell'azione dei pubblici poteri, anche in chiave di maggiore controllo da parte dei cittadini sul loro operato) e supportato dal nuovo istituto dell'accesso civico (d.lgs. 8 aprile 2013, n. 33)¹⁶. In secondo luogo, il legislatore delegato ha anche disciplinato il sistema di incandidabilità e dei divieti a ricoprire cariche pubbliche per effetto di condanne definitive (d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, c.d. legge Severino), e il sistema di inconferibilità e incompatibilità ai fini dell'assunzione di incarichi presso amministrazioni pubbliche o enti da questi controllati (d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39). Infine, è stato anche emanato un codice di comportamento per i pubblici dipendenti, con il quale sono stati fissati i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che questi sono tenuti a rispettare nell'esercizio dei loro compiti (d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62).

Sistema di prevenzione e contrasto alla corruzione; obblighi di pubblicità e trasparenza nell'operato delle amministrazioni pubbliche; sistema di incandidabilità e inconferibilità degli incarichi pubblici: sono gli oggetti più significativi di varie riforme di portata generale, che interessano tutte le amministrazioni pubbliche (e anche gli enti di natura privata dalle stesse partecipati e controllati) e i loro molteplici campi di azione. Ovviamente, interessano anche il settore dei contratti pubblici, per il quale,

¹⁶ Cfr. il numero monografico, "La nuova declinazione del principio di trasparenza", *Ist. Fed.*, n. 3/4, 2013; e SAVINO, M., "La nuova disciplina della trasparenza amministrativa", in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 795 e ss.

però, sono state introdotte anche apposite misure con l'intenzione di contrastare quei fenomeni corruttivi che in tale settore trovano un ambito ideale di manifestazione.

Alcune di queste misure sono già presenti nella l. n. 190/2012 o anche nelle altre riforme di carattere generale ricordate, le quali, nel disciplinare uno strumento, un istituto o un'azione, prendono in considerazione specifiche peculiarità o esigenze del settore negoziale delle pubbliche amministrazioni. Si pensi alla definizione di quelli che sono i compiti spettanti al Piano triennale anticorruzione, da elaborare in ogni amministrazione, tra i quali rientra proprio quello di "monitorare i rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione" (art. 1, c. 9, lett. e), l. n. 190/2012). Oppure, si pensi agli importanti obblighi di pubblicità con riferimento ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che le amministrazioni debbono rispettare (art. 1, c. 32, l. n. 190/2012; art. 37, d.lgs. n. 33/2013).

In altri casi, invece, il legislatore si occupa specificatamente del settore dei contratti pubblici, introducendo innovativi meccanismi pensati proprio per ridurre i rischi di corruzione in tale settore. Anche in questo caso gli esempi potrebbero essere numerosi, ma appare opportuno richiamare almeno due interessanti novità contenute nella l. n. 190/2012. Innanzitutto, bisogna ricordare la c.d. *white list*, l'elenco, cioè, al quale volontariamente possono aderire i fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori, al fine di dimostrare di non essere soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa; elenco che è presente in ogni prefettura e ha il compito di rendere più efficaci i controlli antimafia nei confronti degli operatori economici attivi in quei settori maggiormente esposti a rischi di infiltrazione da parte di gruppi criminali (art. 1, cc. 52 ss.; e d.P.C.M. 14 agosto 2013).

Interessante, inoltre, è anche il riconoscimento legislativo dei protocolli di legalità, ossia quei patti stipulati dagli operatori economici e dagli attori istituzionali pubblici e privati per contrastare fenomeni corruttivi e criminali nel settore degli appalti pubblici (Min. Interno, dir. 23 giugno 2010), che ora possono essere richiamati dalle *stazioni appaltanti nei documenti di gara, con la conseguenza che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli determina una causa di esclusione dell'operatore dalla gara* (art. 1, c. 17, l. n. 190/2012)¹⁷.

Al di là dell'impatto delle singole misure introdotte, si ha l'impressione che la legislazione anticorruzione pensata per il settore dei contratti pubblici lasci intravedere tre tratti caratteristici: in primo luogo, si assiste in generale ad un potenziamento dell'attività e delle misure di prevenzione della corruzione in tale settore, come abbiamo avuto modo di vedere ricordando alcuni di questi interventi; in secondo luogo, un

¹⁷ Sui protocolli di legalità cfr. FERRARI, G., "Il c.d. protocollo di legalità nell'affidamento degli appalti pubblici", in *Gior. dir. amm.*, 2011, pp. 86 e ss., e FOÀ, S., "Le novità della legge anticorruzione", *Urb. app.*, 2013, pp. 301 e ss. Secondo la giurisprudenza, la violazione dei protocolli di legalità sottoscritti dall'impresa rileva, ai fini dell'esclusione dell'impresa stessa dalla gara, solo fino all'aggiudicazione definitiva della stessa: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143.

altro elemento distintivo è rappresentato dal potenziamento dell'attività di vigilanza e garanzia svolta in tale settore, come dimostra la vicenda della trasformazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Autorità nazionale anticorruzione; infine, si registra anche l'aumento degli strumenti amministrativi straordinari di lotta alla corruzione, come ad esempio quelli previsti dall'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114. Sugli ultimi due esempi richiamati è opportuno soffermarsi brevemente.

IV. Alcune misure specifiche per la prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici: il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione e le misure straordinarie di intervento

Per provare a risolvere il fenomeno dilagante della corruzione negli appalti pubblici, subito dopo l'emergere di quella stagione che la storia giudiziaria italiana ha definito Tangentopoli, il legislatore con la l. 11 febbraio 1994, n. 109 (cd. legge Merloni), oltre ad altre misure, aveva istituito l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. La previsione legislativa, in pratica, definiva una nuova funzione di vigilanza, circoscrivendola al solo settore dei contratti di lavori pubblici, e ne affidava l'esercizio ad un'amministrazione pubblica *ad hoc* e con alcuni caratteri di autorità amministrativa indipendente. Successivamente anche l'Unione europea ha condiviso la scelta legislativa italiana. Con le direttive n. 18/2004 e n. 17/2004, infatti, il legislatore europeo ha riconosciuto l'importanza della funzione di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dell'autorità chiamata a garantirne l'esercizio, a tal punto da imporre agli Stati membri di predisporre sistemi di controllo sui contratti della pubblica amministrazione, potendone affidare il funzionamento a agenzie indipendenti.

Forte dell'apertura comunitaria, il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ha rivisto completamente la figura dell'autorità di vigilanza, cambiandone persino la denominazione rispetto a quella precedente: non più Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, ma Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 6, comma 1). La ragione di tale mutazione definitoria è evidente, ed è riconducibile al fatto che il Codice estende le funzioni dell'Autorità anche ai settori dei servizi e delle forniture, che in passato erano, invece, sottratti ad un possibile intervento di vigilanza o regolazione.

Con il Codice del 2006 cambiano non solo il nome e l'estensione dell'ambito di intervento, ma anche il ruolo dell'Autorità. Si tratta di un aspetto importante, in quanto si inizia a riconoscere in capo all'Autorità una più ampia funzione di garanzia rispetto al settore dei contratti pubblici, a metà strada tra regolazione e prevenzione e contrasto dei vari fenomeni che ne possono pregiudicare il funzionamento.

Ora, sappiamo che, con riferimento al settore in questione, l'ordinamento giuridico appronta diversi rimedi soprattutto per far fronte a disfunzioni patologiche, frutto del mancato rispetto del paradigma legislativo e in grado di generare situazioni di illecito penale, illegittimità amministrative o anche di danno erariale. Sono rimedi che inter-

vengono successivamente al verificarsi del fatto o dell'evento e quasi sempre prevedono un coinvolgimento del potere giudiziario per ripristinare l'ordine violato. Il mercato dei contratti pubblici, tuttavia, è un settore di intervento dei pubblici poteri rispetto al quale la prospettiva di correzione appena richiamata svolge un ruolo importante, ma non esaustivo. Il settore, infatti, è un ambito di intervento particolarmente complesso, con attori pubblici chiamati a operare secondo un quadro giuridico di riferimento stratificato, molto dettagliato e spesso in movimento, che assorbe denaro pubblico in ingenti quantità, che coinvolge anche interessi privati di operatori economici e aspettative dei cittadini, a volte, equiparabili a veri e propri utenti. In altri termini, la fase *ex post*, repressiva o ripristinatoria appare insufficiente ad assicurare tutte le finalità e gli interessi che si intrecciano nello svolgimento dell'azione contrattuale pubblica. Tale dinamica di azione pubblica ha bisogno anche di momenti preliminari di indirizzo e di controllo o di interventi correttivi da affidare alla stessa amministrazione o, in ogni caso, a soggetti indipendenti, ma diversi dai giudici, cui consegnare la salvaguardia di quei principi e interessi che abbiamo detto essere molto rilevanti in tale settore. Si tratta di momenti che potrebbero essere ricondotti ad una amplissima funzione di garanzia¹⁸: garanzia offerta a tutti i soggetti che a diverso titolo compongono il quadro della negoziazione pubblica (le stesse amministrazioni, gli operatori economici, i cittadini e gli utenti), avente ad oggetto la pluralità di beni che nelle dinamiche contrattuali vanno tutelati (il denaro pubblico, la concorrenza, l'imparzialità e la correttezza degli amministratori, ecc.) e realizzabile attraverso altre funzioni e molteplici strumenti (di regolazione, di controllo, di vigilanza, ecc.).

Questa funzione di garanzia si è affermata nel sistema italiano della contrattazione pubblica ed è stata riconosciuta e disciplinata dal legislatore, che ne ha affidato l'esercizio ad un'autorità amministrativa indipendente. Gli obiettivi che il legislatore ha inteso perseguire in questo modo sono molteplici e, tra questi è sicuramente rilevante quello di favorire la prevenzione di alcuni fenomeni corruttivi o di possibili infiltrazioni da parte della criminalità organizzata, idonei a contaminare negativamente le operazioni di contrattazione e di arrecare un *vulnus* ai principi richiamati¹⁹.

E proprio questo rapporto stretto tra funzione di garanzia e vigilanza e funzione di prevenzione di fenomeni corruttivi nel settore dei contratti pubblici sta alla base della scelta compiuta dal legislatore italiano di intervenire nuovamente sulla questione, concentrando su di un medesimo soggetto amministrativo entrambe le funzioni. Infatti, il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, all'art. 19, ha soppresso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), finora incaricata dello svol-

18 Per un approfondimento del ruolo dell'Anac e della funzione di garanzia svolta nel settore dei contratti pubblici, sia consentito rinviare a PIPERATA, G., "L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione", in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 33 e ss.

19 I due fenomeni sono fortemente intrecciati e, come segnalato dalla dottrina, la «ingerenza delle associazioni di stampo mafioso nel settore degli appalti pubblici, ma soprattutto il repentino quanto dilagante e diffuso manifestarsi dei fenomeni di collusione fra imprenditori e potere politico in ordine all'affidamento di lavori pubblici, quale sistema di illecito finanziamento occulto dei partiti politici o di loro esponenti a livello nazionale o locale» spesso stanno alla base di processi di riforma legislativa proprio finalizzati a porvi rimedio: così MASTRAGOSTINO, F., *L'appalto di opere pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 9.

gimento delle principali funzioni di regolazione e vigilanza sul settore di riferimento, e ne ha trasferito compiti e funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), alla quale invece l'art. 13, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, riservava compiti diretti a favorire la valutazione, la trasparenza e l'integrità nelle amministrazioni pubbliche²⁰.

Per effetto di tale novità legislativa, oggi, l'ANAC è chiamata ad esercitare un ruolo molto ampio rispetto all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, che può essere scomposto in numerose funzioni così come disciplinate dalla legge. Tra le funzioni in questione rientrano, per prima cosa, le funzioni di prevenzione e contrasto della corruzione nell'ambito dell'attività negoziale dell'amministrazione, che trovano la propria fonte di riferimento nella l.n. 190/2012, ma anche in altri testi legislativi – come vedremo subito dopo a proposito dei poteri straordinari di intervento sui contratti già stipulati –. A queste si aggiungono tutte le funzioni che connotano il ruolo di garanzia nel settore dei contratti pubblici – ruolo che il Codice del 2006 assegnava alla soppressa AVCP e che ora, invece, è stato trasferito all'ANAC –: una generale e ampia funzione di vigilanza, tipica funzione amministrativa che si collega al carattere indipendente dell'organismo titolare; altre funzioni di verifica, controllo e accertamento, al fine di riscontrare eventuali irregolarità nel processo negoziale; e ancora una specifica funzione di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese (art. 6, d.lgs. n. 163/2006). Sempre il Codice del 2006 attribuisce all'Autorità anche poteri di proposta e di segnalazione al Parlamento e al Governo e poteri sanzionatori nei confronti delle amministrazioni ed imprese.

Inoltre, anche se il legislatore non si esprime esplicitamente al riguardo, è opinione condivisa oramai quella secondo la quale sia possibile riconoscere all'Autorità anche un potere di regolazione, da esercitare attraverso atti con i quali l'Autorità affronta questioni di interesse generale o fornisce soluzioni a questioni di massima²¹. Diversa è, invece, la funzione precontenziosa che l'art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. n. 163/2006, attribuisce all'Autorità, in quanto è un potere esercitabile per risolvere una controversia riguardante questioni sorte durante la procedura di gara e sottoposte all'ANAC.

All'Autorità nazionale anticorruzione non solo sono stati trasferiti i compiti in precedenza svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ma interventi legislativi più recenti le hanno riconosciuto nuovi poteri di intervento proprio con specifico riferimento al settore negoziale pubblico. L'esempio più interessante è rappresentato dall'art. 32, d.l. n. 90/2014, il quale ha introdotto un sistema di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione, il cui funzionamento ruota su due soggetti: il Presidente dell'ANAC ed il prefetto territorialmente competente. Secondo la disposizione ricordata, infatti, il Presidente dell'Autorità può proporre al prefetto competente *ratione loci* l'adozione di

20 Segnalano CORRADINO, M. e NERI, B., "L'ANAC nella riforma della disciplina dei contratti pubblici: il recepimento delle direttive appalti", in *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, a cura di R. Cantone e F. Merloni, Giappichelli, Torino, 2015, p. 179, che la scelta operata dal d.l. n. 90/2014, va inquadrata "nel più ampio contesto di una strategia organica, attuata già a partire dal 2011, e tesa a considerare unitamente la lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata e la vigilanza sull'affidamento degli appalti pubblici".

21 L'ANAC ha recentemente emanato il regolamento 8 aprile 2015, contenente *Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*.

misure straordinarie nei confronti di un'impresa esecutrice di un appalto pubblico, nel caso in cui, da elementi concreti e qualificati, sia possibile desumere la presenza di attività illecite nell'ambito dell'appalto stesso. Le misure in questione sono particolarmente incisive, dato che possono consistere:

a) in un ordine di rinnovo degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto in attività illecite;

b) nella nomina di amministratori che provvederanno direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione²².

L'applicazione delle misure in questione presuppone l'esistenza di un'indagine in corso per quei delitti previsti dagli artt. 317 ss. del codice penale o di situazioni anomale, sintomatiche di condotte illecite, attribuibili ad un operatore economico esecutore di un appalto pubblico. Infatti, scopo della disposizione è quello di consentire la prosecuzione del rapporto contrattuale, salvaguardando i tempi di esecuzione dell'appalto, ma allo stesso tempo eliminando quei condizionamenti illeciti riconducibili all'operato degli amministratori dell'impresa aggiudicataria.

La dottrina ha evidenziato le numerose difficoltà applicative che la disposizione incontra, ma soprattutto ha già segnalato la delicatezza del potere riconosciuto al Presidente ANAC e al prefetto dall'art. 32, d.l. n. 90/2014, sottolineando l'impatto pregiudizievole che il suo esercizio ha nei confronti delle imprese che lo subiscono. Si tratta, in pratica, di «misure estreme», con una portata afflittiva, disposte, però, da autorità amministrative e senza le garanzie offerte dalla «materia penale»: con la conseguenza che si potrebbero persino sollevare dubbi di compatibilità di tale impianto afflittivo rispetto ai canoni nazionali e internazionali in tema di diritto di difesa e di libertà di impresa²³.

Non sono mancate, per altro verso, letture interpretative che hanno ritenuto le misure in questione – e soprattutto quella del commissariamento dell'impresa a fini anticorruzione – del tutto compatibili e legittime. Infatti, secondo tale orientamento, anche il commissariamento dovrebbe essere interpretato come una misura *ad contratum*, ossia riguardante il singolo rapporto contrattuale in esecuzione, rispetto al quale sono stati registrati alcuni condizionamenti illeciti, e non la gestione globale dell'impresa, che, invece, resterebbe affidata agli organi sociali²⁴.

Sono già numerosi i casi di applicazione delle misure straordinarie previste dall'art. 32, d.l. n. 90/2014, e hanno riguardato importanti appalti pubblici, come nel caso del Mose di Venezia o dell'Expo di Milano. Si deve, tuttavia, segnalare che l'ANAC ha dato

22 In realtà, l'articolo in questione prevede anche una terza misura, che può essere disposta dal prefetto, nei casi in cui le indagini riguardino componenti di organi societari diversi dagli organi sociali. Si tratta della misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa, attuata da uno o più esperti, nominati dal prefetto (comma 8).

23 In questo senso GIAMPAOLINO, L., «Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?», *Giustamm.it*, 2014. Ma cfr. anche le osservazioni svolte da MAGNANI, R., *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, ivi.

24 In questi termini, CANTONE, R. e COCCAGNA, B., «I poteri del Presidente dell'ANAC nel d.l. n. 90», in *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, a cura di R. Cantone e F. Merloni, *op. cit.*, pp. 106 e ss.

un'interpretazione garantista alla disposizione in questione, cercando cioè di circoscriverne l'applicazione ad ipotesi caratterizzate da una presenza oggettiva di condotte illecite. Infatti, come specificato in alcuni provvedimenti adottati, la prassi maturata in sede di Autorità nazionale anticorruzione è quella per la quale il Presidente si attiva per «avanzare al prefetto competente la richiesta del provvedimento cautelare solo allorché la notizia di illecito abbia raggiunto una consistenza oggettiva, ossia un suo “spessore probatorio”, sulla base del quale egli ritenga sussistenti “fatti gravi ed accertati”»²⁵.

V. Conclusioni

Le numerose riforme introdotte nell'ordinamento italiano tra il 2010 e il 2014 stanno a dimostrare la volontà del nostro legislatore di ampliare gli strumenti di lotta alla corruzione nei pubblici appalti, provando anche a dar vita ad un sistema anticorruzione incentrato su linee organizzative e di azione finalizzate alla prevenzione rispetto a possibili comportamenti illeciti e all'eliminazione dei rischi di condotte poco trasparenti o penalmente rilevanti.

La scelta di privilegiare l'approccio preventivo è sicuramente apprezzabile. Se l'evento delittuoso si è verificato vi è poco da fare, in quanto l'unica reazione è quella prevista dal diritto penale ed è di tipo repressivo. Ma sul piano della prevenzione è affidato, *in primis*, al legislatore il compito di perfezionare alcuni strumenti o di definire alcune condizioni idonee ad evitare l'insorgere di pratiche contrarie all'etica pubblica o veri e propri reati. Si pensi, ad esempio, all'importanza dei controlli, della trasparenza, delle regole di condotta e dei doveri di comportamento, della soluzione dei conflitti di interesse o delle ipotesi di incompatibilità.

E' quello che ha fatto il legislatore italiano negli ultimi anni. Si tratta, ora, di “prendere sul serio” le novità introdotte e cominciare ad applicarle. Nel farlo bisogna evitare di cadere in due possibili errori di metodo e prospettiva, tra loro antitetici. Da un lato, infatti, sarebbe sbagliato enfatizzare (quasi ideologicamente) le funzioni di controllo e vigilanza e gli strumenti amministrativi di lotta alla corruzione, fino al punto di fornire alle amministrazioni e ai suoi funzionari una valida ragione per giustificare inerzie e blocchi funzionali: come è stato detto di recente, bisogna fare in modo che i controlli siano «capaci di penetrare la gestione senza paralizzare l'azione»²⁶. Ma sarebbe altrettanto errato ridurre il sistema amministrativo anticorruzione ad una mera dinamica organizzativa e funzionale da rispettare solo formalmente, attraverso meccanici adempimenti – consistenti nella nomina di qualche responsabile o nell'adozione di qualche piano –, che alla fine, però, lasciano inalterata la sostanza di una amministrazione non in grado di intercettare con anticipo e prevenire condotte illecite dei suoi dipendenti.

Le amministrazioni pubbliche (e i loro dipendenti), come recentemente segnalato, dovrebbero essere responsabilizzate sui risultati raggiunti piuttosto che essere min-

25 Cfr. ANAC, provv. 1 aprile 2015, prot. nr. 39130, in www.anac.it.

26 Così PATRONI GRIFFI, F., “Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione”, in *Federalismi.it*, n. 14, 2014.

acciate di una responsabilità per mancato rispetto (formale) di standard, obblighi e puntuali regole di condotta, il cui numero tende sempre di più a crescere e anche ad essere ulteriormente rafforzato da un pesante apparato sanzionatorio²⁷. E altrettanto opportuno sarebbe proseguire nella diffusione di una cultura dell'anticorruzione, della legalità e dell'etica pubblica nelle pubbliche amministrazioni²⁸.

E' stata citata più volte l'etica pubblica. Essa è fortemente legata alla lotta alla corruzione amministrativa, anche se i due fenomeni non sempre coincidono: si possono violare i principi dell'etica pubblica anche senza violare le regole del codice penale²⁹. L'etica pubblica, in altri termini, è un concetto più ampio, è fortemente connessa all'art. 97 Cost., in quanto presuppone i due principi di imparzialità e buon andamento che in tale articolo vengono affermati. E per tale ragione, come è stato notato, il concetto di etica pubblica è bidirezionale, nel senso che, per un verso, esso fa riferimento all'etica della legalità e dell'imparzialità, per un altro verso, invece, fa riferimento all'etica dell'economicità e del buon andamento. Come giustamente sottolineato, «l'etica pubblica non ammette che le scelte e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche possano essere condizionate impropriamente da interessi particolari; ma, al tempo stesso, l'etica pubblica non può non opporsi a sprechi, inerzie e a quel complesso di fenomeni che vengono inclusi nella *maladministration*»³⁰.

Tutto ciò implica un cambiamento nell'amministrazione italiana che, immaginiamo, non sarà privo di difficoltà e non potrà avvenire in poco tempo. Siamo sicuri, però, che difficilmente si potrà tornare indietro: le rotte di alcune riforme amministrative sono ormai frutto di scelte che l'Italia (come altri paesi) non è in grado di assumere da sola.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. "La nuova disciplina anticorruzione", *Ist. Fed.*, n. 2, 2013.

AA.VV. "La nuova declinazione del principio di trasparenza", *Ist. Fed.*, n. 3/4, 2013.

BATTINI, S., "Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015.

27 Cfr. BATTINI, S., "Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015.

28 Cfr. GALLO, C.E., "Legge anticorruzione e funzione amministrativa", in *Giustamm.it*, 2013. Ma cfr. anche MATTARELLA, B.G., "Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica", *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2002, pp. 1029 e ss.

29 Come giustamente fa notare CERULLI IRELLI, V., "Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative", in *Etica pubblica e buona amministrazione*, a cura di L. Vandelli, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 28 e ss.

30 VANDELLI, L., "Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?", in *Etica pubblica e buona amministrazione*, cit., pp. 14 e ss.

- CANTONE, R. e COCCAGNA, B., "I poteri del Presidente dell'ANAC nel d.l. n. 90", R. Cantone e F. Merloni (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015.
- CASSESE, S., *L'Italia: una società senza Stato?*, Il Mulino, Bologna, 2011.
- CERULLI IRELLI, V., "Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative", L. Vandelli (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione*, Franco Angeli, Milano, 2009.
- CORRADINO, M. e NERI, B., "L'ANAC nella riforma della disciplina dei contratti pubblici: il recepimento delle direttive appalti", R. Cantone e F. Merloni (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015.
- D'ALBERTI, M. e FINOCCHI, R. (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994.
- DI CRISTINA, F., "La corruzione negli appalti pubblici", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012.
- FERRARI, G., "Il c.d. protocollo di legalità nell'affidamento degli appalti pubblici", *Gior. dir. amm.*, 2011,
- FIORINO, N. e GALLI, E., *La corruzione in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2013.
- FOÀ, S., "Le novità della legge anticorruzione", *Urb. app.*, 2013.
- GAROFOLI, R., "Il contrasto alla corruzione. La L. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie", www.giustizi-amministrativa.org.
- GALLO, C.E., "Legge anticorruzione e funzione amministrativa", *Giustamm.it*, 2013.
- GIAMPAOLINO, L., "Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?", *Giustamm.it*, 2014.
- HINNA, L. e MARCANTONI, M., *Corruzione. La tassa più iniqua*, Donzelli, Roma, 2013.
- MAGNANI, R., *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, *ivi*.
- MANGANARO, F., "La corruption en Italie", *Ius Publicum* (www.ius-publicum.com), n. 2, 2014.
- MATTARELLA, B.G., "Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica", *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2002.
- MATTARELLA, B.G., *Le regole dell'onestà*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- MATTARELLA, B.G. e PELLISSERO, M. (a cura di), *La legge anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2013.

- MASTRAGOSTINO, F., *L'appalto di opere pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1993.
- MELIS, G., *La burocrazia*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- PATRONI GRIFFI, F., "Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione", *Federalismi.it*, n. 14, 2014.
- PATRONI GRIFFI, F., "Battere la corruzione: una sfida impossibile?", *Astrid Rassegna*, n. 9, 2015.
- PIPERATA, G., "L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione", F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2014.
- RACCA, G.M. e CAVALLO PERIN, R., "Corruption as a Violation of Fundamental Rights: Reputation Risk as a Deterrent Against the Lack of Loyalty", *Ius Publicum* (www.ius-publicum.com), n. 1, 2014.
- RACCA, G.M. e YUKINS, C. (eds), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Brussels, 2014.
- SANDULLI, M.A. e CANCRINI, A., "I contratti pubblici, in La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi", F. Merloni e L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010.
- SAVINO, M., "La nuova disciplina della trasparenza amministrativa", *Giorn. dir. amm.*, 2013.
- SCIULLO, G. (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, BUP, Bologna, 2008.
- SUNSTEIN, C.R., *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Feltrinelli, Milano, 2013.
- VANDELLI, L., "Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?", L. Vandelli (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione*, Franco Angeli, Milano, 2009.
- VANNUCCI, A., "L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto", F. Merloni e L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010.

CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. ESPECIAL REFERENCIA A ESTAS CUESTIONES EN LA DIRECTIVA 2014/24¹

JUAN ANTONIO UREÑA SALCEDO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universitat de València

I. Introducción

La existencia o nacimiento de derechos de propiedad intelectual en muchas de las obras, servicios o suministros que contrata la Administración (por ejemplo en obras de arquitectura, en servicios de planificación urbana, o en servicios y suministros varios) es indiscutible. La atención prestada por teóricos y prácticos a la contratación de las Administraciones públicas no ha sido poca, ni en nuestro país ni en otros. El tema del que parcialmente nos ocupamos en este trabajo, las cuestiones de propiedad intelectual en la contratación de los poderes adjudicadores, sin embargo, no ha corrido la misma suerte².

Las referencias a la propiedad intelectual en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, también son escasas. Casi podría decirse que dicha norma no se ocupa, ni se preocupa, de estos asuntos (poco más que el fundamental artículo 301, en relación con la titularidad de derechos en el contrato de servicios). Esta situación normativa y doctrinal cambiará, más que probablemente, con la transposición de la nueva Directiva 2014/24 y con el paso del tiempo. La impor-

1 La investigación que ha dado lugar a este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto DER-2011-23528 del Ministerio de Economía y Competitividad.

2 Tampoco en los países de nuestro entorno se ha prestado mucha atención a estas cuestiones por la doctrina administrativa. Incluso en los países, como Francia, que cuentan con reglas específicas, como el *Châtier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de prestations intellectuelles* (CCAG/PI), aprobado por resolución de 16 de septiembre de 2009, la doctrina es escasa.

tancia económica de los derechos de propiedad intelectual en nuestros días, que no ha pasado desapercibida al legislador europeo, tiene reflejo en la nueva normativa de contratos de la Unión³. Es más, la tendencia a la que apunta la Directiva, como veremos, es simple reflejo de una realidad. Algunas Administraciones llevan años teniendo en cuenta la existencia de estos derechos de propiedad intelectual en las obras, servicios o suministros, que contratan.

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

Las referencias a la propiedad intelectual en el TRLCSP y en la Directiva 2014/24 pueden encontrarse en diversos preceptos. La nueva norma europea menciona la propiedad intelectual en relación con las especificaciones técnicas y los pliegos de contratación; al tratar el procedimiento negociado sin publicidad; cuando regula el *ius variandi* y, por supuesto, cuando se ocupa de los negocios y contratos excluidos. El TRLCSP, por su parte, menciona la propiedad intelectual, como veíamos antes, en el contrato de servicios. También se han planteado temas interesantes en nuestro Estado, y así lo haremos notar, en relación con la confidencialidad de los documentos contractuales protegidos por derechos de propiedad intelectual y el acceso y utilización de la información por terceros. Seguidamente apuntaremos todas estas cuestiones.

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

Una de las principales cuestiones que se plantea en la contratación de obras, servicios o suministros por la Administración es a quién pertenecen los derechos económicos de propiedad intelectual. No entramos en detalles sobre la titularidad originaria o no de los derechos, o sobre la siempre discutida transmisión de los derechos morales. Basta con empezar afirmando que la Administración, cuando contrata, según parece, puede reservarse todos los derechos económicos de propiedad intelectual, sobre todos los soportes, para todos los territorios y por la duración máxima permitida por el Ordenamiento Jurídico. La Administración también puede reservarse los derechos para el uso interno y pactar con el contratista compartir los beneficios por el uso de terceros⁴.

En defecto de pacto expreso, y en contra de la norma del artículo 43 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril), que establece que todo lo que no esté expresamente pactado o autorizado por

3 En algún documento oficial de la Unión Europea puede leerse que la economía de la Unión, al menos en gran parte, se juega en la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

4 En Francia se han previsto, como puede leerse en el *Cahier pratique, Achats publics et propriété intellectuelle*, de la Agence du patrimoine immatériel de l'État, diciembre de 2010, dos modelos de contrato. La Administración puede optar por dos soluciones, radicalmente diferentes. En el primer modelo la Administración pacta el uso de los resultados pero el contratista mantiene la titularidad de los derechos de propiedad intelectual. En el segundo modelo la Administración adquiere la propiedad de los derechos de explotación de los resultados. La Administración se convierte en la propietaria de los resultados y en la titular de los derechos de propiedad intelectual.

el contratista está prohibido, se establece una presunción legal de cesión de derechos en favor de la Administración. Esto es, en contra de la norma general que dice que los derechos de propiedad intelectual que no se hayan cedido expresamente no podrán ser objeto de explotación por el contratante, el artículo 301.2 TRLCSP, para el contrato de servicios, dice que *“salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de éste a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público a que se refiere el artículo 3.1”*. No podemos detenernos en la crítica que podría merecería el tenor literal del precepto (que desconoce la complejidad y pluralidad derechos morales y económicos de propiedad intelectual). Subrayamos, simplemente, que se trata de una presunción legal de cesión de los derechos de propiedad intelectual, en defecto de pacto, para el contrato de servicios. Añade, no obstante, que incluso excluyéndose expresamente la cesión, se entenderá siempre autorizado el uso del producto por otros entes⁵. La escasa regulación y la complejidad de la contratación administrativa no han podido evitar que algunos conflictos llegasen ante los tribunales⁶.

Nada establece el TRLCSP sobre la titularidad de los derechos de propiedad en los contratos de obras y suministros. La pregunta que se plantea inmediatamente es clara: ¿resulta este artículo 301 de aplicación analógica en dichos contratos? Así parece que se ha entendido por el tribunal administrativo central de recursos con-

5 TOLIVAR ALAS, L. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M., “Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, RAP, n. 176, 2008, p. 66, recuerdan que habían desaparecido las referencias a los derechos de propiedad intelectual en la legislación de contratos, pese a que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de estudios y servicios técnicos, de 8 de marzo de 1972, se encontraba una mínima regulación (cláusulas 16 a 18), de la “cláusula 17 sólo puede deducirse que la propiedad de los trabajos la adquiere la Administración, mientras que el contratista tiene prohibida la utilización para sí y para terceros de dato alguno de los trabajos, así como su publicación total o parcial, salvo con autorización escrita de la Administración”. El resultado es “adquirido por la Administración, quien lo manejará como mejor le convenga, e incluso puede no utilizarlo de forma alguna”. No pueden, pese a la rotundidad de los términos, sino acabar concluyendo que “no es lo mismo un proyecto de obra de un arquitecto que una clase de arte”. CASAS VALLÉS, R., “Propiedad intelectual y contenidos generados en las Universidades: viejos problemas ¿nuevas soluciones?”, *Diario La Ley*, n. 7957, 5 de noviembre de 2012, considera que también aquí se establece una presunción de cesión en defecto de pacto, aunque destaca la necesidad de precisar el precepto ¿qué derechos se ceden? ¿por cuanto tiempo? ¿para qué territorio? ¿la cesión es exclusiva?

6 Puede verse, entre otras, la STSJ de Castilla y León, de 15 de julio de 2002, recurso 603/1997, que resuelve el recurso planteado frente al anuncio de contratación de la redacción de proyectos básicos y ejecución de viviendas de protección oficial, y contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares, una de cuyas cláusulas establecía que los estudios y documentos elaborados en la ejecución del trabajo serían propiedad de la Comunidad Autónoma. También se ocupa de estas cuestiones las STSJ del País Vasco, de 14 de marzo de 2012, recurso de apelación 154/2011, en relación con la adjudicación de un contrato de consultoría y asistencia para la prestación de servicios de arquitectura, ingeniería y análisis técnicos. Los contratos de servicios informáticos, bien es sabido, con la previsión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del número de licencias de uso en la adquisición de programas informáticos también fue muy problemática. Puede verse, por ejemplo, el Informe 65/96, de 20 de marzo de 1997, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado.

tractuales, en resolución de 12 de junio de 2013, recurso 251/2013, al menos para los contratos de suministro⁷.

Pocas novedades aporta en este punto la nueva Directiva 2014/24. El artículo 42, atendiendo a la posible existencia de derechos de propiedad intelectual en las obras, servicios y suministros que contratan las Administraciones, dice que las especificaciones técnicas “*podrán también especificar si va a exigirse la transferencia de derechos de propiedad intelectual*”. No impone nada, evidentemente, pero llama la atención sobre esta posibilidad. Existe un precepto en la Directiva, no obstante, el artículo 31, referido a la asociación para la innovación, que si que exige que el poder adjudicador, en los pliegos de contratación, defina las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual. En la asociación para la innovación, que podría relacionarse con referencias anteriores a la contratación precomercial (para el desarrollo de productos o servicios aun no disponibles en el mercado), y con la utilización de la contratación para el fomento de actividades innovadoras (también sociales y medioambientales), la titularidad de los derechos de propiedad intelectual ha de fijarse claramente en los pliegos contractuales⁸. La nueva Directiva, así pues, dice que en estas asociaciones para la innovación necesariamente deberán definirse las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual. Esta Directiva, para el resto de contratos simplemente advierte que podrá especificarse si existe transferencia de derechos de propiedad intelectual.

7 El Tribunal recuerda lo dispuesto en el artículo 301 TRLCSP que, aunque previsto para el contrato de servicios, “viene a modular de alguna manera las disposiciones generales de las leyes que regulan la propiedad intelectual e industrial, que suelen establecer que la cesión del derecho de explotación debe hacerse de manera expresa, y que establecen límites a la cesión en cuanto a su duración y extensión a falta de mención expresa en el pacto de cesión”. La razón por la que la Ley de contratos establece esta solución, sigue diciendo el Tribunal, “es el interés general. Existiría un claro riesgo de que los contratos de servicios amparados por este precepto devinieran ineficaces, como consecuencia de la imposibilidad de ejecutarlos, al no haberse contemplado todos los aspectos de la cesión de las propiedades industrial e intelectual y, por ello, el legislador opta por señalar que si hubiera dudas acerca del contenido de la cesión, esta deberá entenderse tan amplia que permita a la entidad contratante usar de los derechos necesarios para el buen fin del contrato. E incluso, en caso de exclusión expresa de la cesión, cabría la autorización del uso a otras entidades del sector público”.

8 Pueden verse los considerandos 47 a 49 de la Directiva 2014/24, así como el Libro Verde *Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE*, donde puede leerse que “otra manera importante de fomentar la innovación consiste en que los poderes adjudicadores pidan que se desarrollen productos o servicios aún no disponibles en el mercado. Dentro del marco jurídico actual, esto puede hacerse mediante lo que se conoce como contratación precomercial, que supone la contratación de servicios de investigación y desarrollo para el desarrollo de nuevas soluciones, con miras a la posible compra del producto o el servicio final a través de un procedimiento normal de contratación pública en una fase posterior. Este enfoque permite a las autoridades públicas compartir con los proveedores los riesgos y los beneficios del diseño, el desarrollo de prototipos y la puesta a prueba de una cantidad limitada de nuevos productos y servicios, sin que exist ayuda estatal”. Se trata de una contratación a la que también se refiere la Comunicación de la Comisión y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión *la contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles* COM (2007) 799 y SEC (2007) 1668. Algunas referencias a la economía del conocimiento pueden verse en UREÑA SALCEDO, J.A., “Ciencia y empresa: la transferencia de conocimientos científicos”, *RGDA*, n. 36, 2014, donde ya mencionábamos la referencia a priorizar compras innovadoras (artículo 37 Ley de Economía Sostenible), o la reserva de contratos a empresas innovadoras (38 Ley de Economía Sostenible). Una aproximación a las cláusulas sociales en la contratación administrativa, a las que se refiere en distintas ocasiones la Directiva 2014/24, puede encontrarse, si se admite la autocita, en UREÑA SALCEDO, J.A., “La utilización de la contratación pública para la satisfacción de fines sociales”, J.M^a. Goerlich (dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, CES, Madrid, 2011, pp. 108-139.

La normativa europea de contratación, en fin, como apuntábamos unas líneas más atrás, no hace sino consagrar normativamente una realidad en la contratación de las Administraciones. En nuestros días es fácil encontrar modelos de pliegos de cláusulas administrativas generales (en las Comunidades Autónomas de Euskadi o de Andalucía, por ejemplo) donde existen cláusulas de reservas de derechos (normalmente amplias y generales). Tampoco resulta extraño encontrarse en estos pliegos con cláusulas de exoneración de responsabilidad ante la vulneración de derechos de propiedad intelectual por el contratista. La Administración pretende asegurarse de que el contratista, en la realización de la prestación contratada, respeta los derechos de propiedad intelectual e industrial existentes. La Administración, caso que no se haga así por el contratista, busca eximirse de cualquier exigencia de responsabilidad por terceros⁹.

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

El TRLCSP, como otras normas, ha previsto el acceso de los licitadores a la documentación presentada por el resto de empresas, y muy en particular el acceso a la oferta presentada por el licitador seleccionado, como manifestación del principio de publicidad y transparencia (véanse, entre otros, los artículos 140, 151 y 153 TRLCSP)¹⁰.

El principio de confidencialidad parece oponerse frontalmente a la transparencia. Dicho enfrentamiento, sin embargo, no impide que la confidencialidad también esté recogida en las mismas normas de contratación que consagran los principios de publicidad y transparencia. Aquí no entramos en la interpretación de las cláusulas de

⁹ En el pliego de cláusulas administrativas particulares por procedimiento abierto del contrato de definición, diseño y desarrollo de la plataforma smart Coruña y definición y puesta en marcha de la oficina del proyecto puede leerse, como en otros muchos contratos, que *“El adjudicatario reconoce que para la ejecución y desarrollo del presente contrato no vulnera ningún derecho de propiedad intelectual e industrial titularidad de terceros, obligándose a mantener indemne a EMALCSA frente a cualquier daño o perjuicio que sufra como consecuencia de la vulneración por parte del adjudicatario de cualquiera de esos derechos”*. En el Decreto 3854/1970, de 31 de octubre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado, nada se decía de los derechos de propiedad intelectual, pero sí de la propiedad industrial y comercial. La cláusula 16 señalaba que el contratista, para utilizar materiales, suministros, procedimientos y equipo para la ejecución de la obra, debía obtener las cesiones, permisos y autorizaciones necesarios de los titulares de las patentes, modelos y marcas. El contratista, se decía expresamente, sería responsable de toda reclamación relativa a la propiedad industrial y comercial, debiendo indemnizar a la Administración de todos los daños y perjuicios que para la misma pudieran derivarse de la interposición de reclamaciones.

¹⁰ Artículo 140, bajo la rúbrica de confidencialidad, dice que *“1.- Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas. 2.- El contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información a la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato, o que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal. Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor”*. El artículo 153, bajo la rúbrica de información no publicable, señala que *“El órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas, o cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)”. Véase también el artículo 18 de la Directiva 2014/24 sobre los principios de la contratación.*

confidencialidad que han hecho los Tribunales y otros órganos administrativos (como las Juntas consultivas de contratación). Únicamente nos interesa destacar que muchos o algunos de los documentos técnicos que se presentan por empresas o particulares para participar en la licitación pública están protegidos por los derechos de propiedad intelectual. La existencia de esos derechos de propiedad intelectual, sin embargo, en mi opinión, no debería impedir con carácter general el acceso de terceros a su contenido (entre otras razones para dar mejor cumplimiento al principio de transparencia)¹¹. La mayoría de informes de las Juntas Consultivas de contratación, así como las resoluciones de los Tribunales, aunque nada de esto se diga expresamente en la norma de contratación, parece que consideran confidenciales los trabajos protegidos por derechos de propiedad intelectual o industrial¹². Nada que oponer, probablemente, a la protección mediante la confidencialidad de los trabajos protegidos por los derechos de propiedad industrial (al menos en muchos contratos, aunque pudiera ser discutible en algún caso concreto, entre otras por razones de salud, por ejemplo). No compartimos aquella misma solución, a falta de un estudio más riguroso por nuestra parte, en relación con los trabajos protegidos por la propiedad intelectual¹³. El artículo 21 de la nueva Directiva 2014/24, bajo la rúbrica de confidencialidad, se refiere a los secretos técnicos o comerciales pero en ningún caso a los derechos de propiedad intelectual. Ninguna novedad en este punto, o al menos eso nos ha parecido a nosotros, se introduce con la nueva norma europea¹⁴.

11 En el Libro Verde, *Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE*, se apuntan algunos problemas que plantea “la “elección selectiva” de derechos de propiedad intelectual o de las propias soluciones innovadoras, en especial por lo que respecta al diálogo competitivo: si un participante revela las características únicas de su solución, podrán conocerlas los demás candidatos. Mientras que las normas actuales exigen que se mantenga la confidencialidad de esa información, el poder adjudicador se ve enfrentado a una disyuntiva entre la obligación de proteger esa información confidencial y la necesidad de revelar parte de ella a fin de determinar cuáles son las soluciones más idóneas para satisfacer sus necesidades. Los poderes adjudicadores pueden verse inclinados a presionar a los licitadores para que se avengan a hacer revelaciones”.

12 Puede verse, por ejemplo, la STSJ Galicia, de 22 de septiembre de 2011, recurso 4172/2009, o el Informe de la Junta Consultiva de contratación administrativa de la Generalitat de Cataluña 11/2013, de 26 de julio, que hace un repaso de la normativa y jurisprudencia europea y estatal sobre confidencialidad y transparencia en la contratación administrativa, recuerda que la confidencialidad “alcanza una mayor importancia” en el diálogo competitivo, subraya la necesidad de proteger los secretos técnicos o comerciales pero, a la vez, compatibilizar esta confidencialidad con los principios de publicidad y transparencia “después de hacer una ponderación en cada caso de los bienes jurídicos a proteger”. Son los licitadores los que deben identificar la documentación e información que consideran tiene carácter confidencial, para que después decida el órgano de contratación. En cualquier caso, la protección de determinada información “no puede dejar sin contenido los principios de publicidad y transparencia; circunstancia que se podría dar en caso de que no se tenga conocimiento por el resto de licitadores o candidatos de las características de la oferta seleccionada”. En todo caso acaba concluyendo que, según los artículos 140 y 153 TRLCSP, tienen carácter confidencial “los derechos de propiedad intelectual”.

13 No se olvide, en relación con la primera cuestión, que el artículo 31 bis TRLPI establece expresamente que “no será necesaria autorización del autor cuando una obra se reproduzca, distribuya o comunique públicamente con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios”. Y el procedimiento de contratación, obvio es decirlo, es un procedimiento administrativo.

14 A la confidencialidad se refiere tanto el considerando 51 de la nueva Directiva de contratos 2014/24, como diversos artículos de dicha norma. En particular su artículo 21, que dice que “el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas”. Puede verse el artículo 50.4 sobre los anuncios de adjudicación de contratos; el artículo 83 sobre el acceso a determinados documentos contractuales, o el artículo 79 sobre los anuncios de concursos de proyectos.

La propiedad intelectual, añádase a lo anterior, además, no protege las ideas. Las normas de propiedad intelectual no pueden impedir que las ideas sean utilizadas por otros en otras licitaciones. La utilización de las ideas presentadas en una licitación por una empresa diferente, aunque pudiera ser más discutible (por inmoral), de acuerdo con el Tribunal Supremo, Sentencia de 8 de noviembre de 2012, no infringe la normativa de propiedad intelectual¹⁵. El Tribunal Supremo, en dicha Sentencia, desestima el recurso de casación, entre otras cosas, porque “las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual por razón de su contenido – ideas, procedimientos, sistemas, métodos operativos, conceptos, principios, descubrimientos... – ni de la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria o artística de su expresión”. Cosa distinta es copiar ideas de otros y carecer de la capacidad y solvencia necesarias para llevarlas a cabo. Otras normas, distintas a las de la propiedad intelectual, resultarán aquí de aplicación. Las ideas, en todo caso, insistimos, no son protegidas por el derecho de autor, que únicamente protege su expresión concreta.

La apropiación de las ideas de los privados por terceros (sean otros privados o la propia Administración), es un tema apasionante donde los haya. Podría llevarnos a muchos otros sitios (por ejemplo a las normas urbanísticas que permitían aprovechar las ideas de algunos proyectos, aunque estos hubieran sido desechados en su propuesta de conjunto, como es bien sabido, en algunos casos siendo objeto de compensación económica pero sin necesitar autorización alguna del titular de los derechos). Tenemos, no obstante, que seguir avanzando.

3. *Ius variandi* y derechos de propiedad intelectual

Mucho se ha escrito sobre la importante potestad de modificación de los contratos por parte de la Administración y, al menos en ocasiones, sobre un uso desviado del mismo. Aquí no entramos en ese debate. Tampoco nos manifestamos sobre si existe algo más que una tendencia normativa que apunta a la desaparición del *ius variandi* en la contratación pública, como algunos autores ya han defendido públicamente¹⁶. Nos limitamos a señalar que la nueva Directiva parece muy rotunda cuando exige la resolución del contrato y nueva licitación si pretenden introducirse cambios en la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La Directiva de contratos 2014/24, de 26 de febrero, en su considerando 107, dice que pretende “*aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación (...) Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad*”

¹⁵ Esa resolución, brevemente resumida, resuelve la demanda presentada por una gran empresa de obra pública, que había denunciado que otra empresa había plagado un documento elaborado por sus empleados y presentado a una licitación pública para la adjudicación de un contrato por un Ayuntamiento para la gestión del agua y el tratamiento de residuos.

¹⁶ Creo recordar que así lo hizo el Profesor Gimeno Feliu en Madrid en febrero de 2015, en la mesa redonda sobre contratación del congreso de la AEPDA.

intelectual e industrial". La clave, que menciona expresamente este considerando, es la modificación de las condiciones esenciales del contrato, entre las que sitúa la titularidad de los derechos de propiedad intelectual e industrial. La solución que adopta la Directiva, estableciendo que las cuestiones referidas a la propiedad intelectual tienen carácter esencial, es perfectamente lógica, pues en algunos contratos el cambio en la titularidad podría incluso afectar al régimen jurídico del contrato, que podría pasar de ser un contrato privado a ser un contrato público (artículo 72 de la citada Directiva).

Mayores problemas, aunque no se trate necesariamente del ejercicio del ius variandi por la Administración, pueden derivarse de la modificación de las obras contratadas por la Administración¹⁷. La discusión sobre la afectación de los derechos morales de propiedad intelectual ante cambios que afecten a la integridad de la obra pueden verse, por ejemplo, en el conocido caso del puente Zubi Zuri en Bilbao, aunque también existen resoluciones judiciales que se plantean estas cuestiones ante la reforma interior de los edificios¹⁸. Problemas relacionados con el derecho moral a la integridad de la obra también se han planteado con el traslado de la ubicación de esculturas adquiridas por la Administración¹⁹. La demolición de la obra de reforma o el mantenimiento de la ubicación de una escultura, lógicamente, pese a la existencia de derechos morales, puede entenderse como una medida excesiva y desproporcionada. La previsión de estas cuestiones en los pliegos y, llegado el caso, la adopción de soluciones proporcionadas, siempre puede ayudar a evitar que los problemas pasen a mayores²⁰. El problema, en todo caso, tampoco es nuevo. Se planteó muy vivamente en Francia, por ejemplo, con la superación del Antiguo Régimen y la Revolución francesa (más concretamente

17 LÓPEZ RICHART, J., "El delicado equilibrio entre el derecho a la integridad de la obra arquitectónica y las facultades del propietario", *Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 2, 2011, (Estudio), BIB 2011/51. Ahi podrá encontrar el lector un análisis de Derecho comparado sobre la admisión de las obras arquitectónicas como obras del espíritu protegidas por la legislación de propiedad intelectual, así como sobre el reconocimiento del derecho a la integridad de la obra y su posible modificación por el propietario. En ningún caso, sostiene este autor, el derecho moral a la integridad de la obra es un derecho absoluto. Es necesaria una ponderación de los intereses en juego (los del autor y los del propietario del bien inmueble).

18 Sobre el puente Zubi Zuri puede verse la sentencia del Juzgado de lo mercantil de 23 de noviembre de 2007, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 10 de marzo de 2009, recurso de apelación 109/2007. Los artículos doctrinales son numerosos, valga la cita del trabajo de CASAS VALLÉS, R., "El caso Calatrava o Zubi Zuri, ¿Una victoria pírrica en apelación?", *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, n. 32, mayo-agosto 2009, pp. 99 y ss., MARÍN LÓPEZ, J.J., *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 161 y ss., recoge diversas resoluciones judiciales sobre reformas de edificios que inciden en obras plásticas existentes en los mismos. Así, por ejemplo, la SAP de Santander de 3 de noviembre de 1992, sobre la transformación de una clínica en hotel y el daño sufrido en la reforma por un mural, que exigió el pago de una indemnización por los propietarios al autor del mismo. La SAP de La Coruña de 8 de febrero de 1999, por el contrario, declaró que no procedía indemnización alguna. El deficiente estado del inmueble y la necesidad de reconstrucción justificaron la decisión del caso concreto.

19 Puede verse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, recurso de apelación 613/2006, de 28 de julio de 2009, sobre el cambio de ubicación de una escultura encargada por el Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano. También podría verse la STS de 18 de enero de 2013, recurso 1869/2009.

20 La Sentencia de la corte de casación civil francesa, de 17 de octubre de 2012, n. 11-18.638 considera que no se vulneran los derechos morales del arquitecto que habiendo realizado únicamente una parte inicial de un proyecto de concepción y realización de un inmueble de oficinas, comprueba que después otro arquitecto completa la obra apartándose de aquel proyecto inicial.

con la destrucción de signos del Antiguo Régimen aunque pudiesen encontrarse en obras de arte)²¹.

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

La adjudicación directa de contratos, tema clásico donde los haya en este campo, que en algunas Comunidades Autónomas, según se nos ha dicho, representa más del 60% del total de la contratación, siempre ha sido muy problemática²². La riqueza de la contratación pública, la casuística si así prefiere decirse, exige prudencia en el discurso. El caso concreto siempre requiere un análisis particular, minucioso y detallado. Es por ello que nosotros nos limitamos a señalar que la existencia de derechos de exclusiva, como son los derechos de propiedad intelectual, puede justificar la adjudicación directa. La existencia de derechos de propiedad intelectual o industrial, puede justificar, según el legislador, que el poder adjudicador acuda a un procedimiento negociado, con o sin publicidad. Tal vez, como puede leerse en el Libro verde *sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, “debido a la existencia de un derecho exclusivo, una licitación sería una mera formalidad sin ningún valor práctico”. Esta posibilidad de adjudicación, más o menos directa, y más o menos libre, que ya establece la normativa estatal en su artículo 170.d TRLCSP para el procedimiento negociado, y que parece que se ha utilizado profusamente en la práctica, por supuesto, debe interpretarse restrictivamente. La Directiva 2014/24 en su artículo 32 establece como causas justificativas del procedimiento negociado sin publicidad que “*el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única*”, o que “*deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial*”. Añade como límite, que puede resultar problemático, que no exista alternativa o sustituto razonable y que la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación. En su considerando 50, además, subraya la necesidad de motivación²³.

21 DELOCHE, B. y LENIAUD, J.M., *La culture des sans-culottes. Le premier dossier du patrimoine 1789-1798*, Préface de Jack Lang, Les Éditions de Paris-Les Presses du Languedoc, Paris-Montpellier, 1989.

22 Puede verse la Ley foral de Navarra 14/2014, de 18 de junio, de modificación de la Ley foral 6/2006, que dice que dichos contratos son más del 60% y suponen un 17% del importe contratado. Esta Ley, por supuesto, transpone la Directiva al incluir como causa justificativa del procedimiento negociado sin publicidad la existencia de derechos de propiedad intelectual. Se trata de un ejemplo de rápido ejercicio de las competencias en materia de contratación por la Comunidad Foral.

23 El considerando 50 justifica que se acuda al procedimiento negociado sin publicidad, entre otros supuestos, “*cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejercer el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso*” a este procedimiento. Exige el Legislador europeo, como decimos en el cuerpo de este trabajo, la motivación de por qué no existen otras alternativas. “*Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar (...) la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico*”. Véase también el artículo 32, apartados 3 y 4, de la Directiva 2014/24.

Hace ya un rato, en cualquier caso, que el lector avezado habrá notado que hemos caído de bruces en el *intuitus personae* en la contratación administrativa. Otro tema que, desde luego, tampoco constituye novedad alguna, y sobre el que existen importantes resoluciones administrativas²⁴, y abundantes manifestaciones doctrinales²⁵. Diseñar un perfil es perfectamente legal, incluso recomendable en algunos casos. En otros manifestamente ilegal. El diseño de un perfil, buscar al mejor candidato, que de eso se trata en algunos casos, incluso la adjudicación directa, si así se quiere, es una cosa. Los negocios y contratos excluidos, aunque puedan coincidir en algunos aspectos, otra. Ahora apuntamos esta última cuestión.

5. Negocios y contratos excluidos. Contratos privados

Algunos de los contratos que la Directiva excluye de su aplicación son contratos directamente vinculados con obras que generan derechos de propiedad intelectual. Así, por ejemplo, la nueva Directiva de contratos, en su artículo 10.b), sigue sosteniendo que están excluidos de la normativa europea de contratos determinados servicios de medios audiovisuales y radiofónicos (dadas las importantes “*consideraciones de relevancia cultural y social debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos*”)²⁶.

El artículo 14 de la Directiva 2014/24 también excluye de su ámbito de aplicación determinados servicios públicos de investigación y desarrollo. La Directiva recuerda que solo es aplicable en los casos en que no exista cofinanciación privada y, además, los resultados de las actividades de investigación y desarrollo sean imputables al poder adjudicador de que se trate. En el considerando 35, añade, curiosamente, que “ello no debe excluir la posibilidad de que el proveedor de servicios que haya llevado a cabo esas actividades publique un informe al respecto mientras el poder adjudicador conserve el derecho exclusivo de utilizar los resultados de I+D o cualquier participación simbólica en la retribución del proveedor de servicios no debe impedir la aplicación de la presente Directiva”. Tan rica y compleja es también aquí la práctica que una o varias tesis doctorales podrían seguir haciéndose sobre estas cuestiones. No esa ahora nuestra labor.

Otros contratos directamente vinculados con obras sujetas a derechos de propiedad intelectual, evidentemente, aunque nada diga expresamente la nueva Directiva, son los contratos de creación e interpretación artística y literaria, que el artículo 20

24 Puede verse, entre otras muchas, la resolución del Tribunal administrativo central de recursos contractuales, de 17 de julio de 2013, recurso 322/2013, que remite al informe de la Junta consultiva de contratación del Estado 11/2004, de 7 de junio, sobre la contratación de un arquitecto mediante procedimiento negociado sin publicidad por razones artísticas.

25 Véase, entre muchísimos otros, AURÉLIEN, A., “L’intuitus personae dans les contrats de la commande publique”, *RFDA*, 2011, pp. 879 y ss., con interesantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales del Derecho francés de todas las épocas, también de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión europea.

26 También puede verse el considerando 23 de la Directiva. En el plano interno, entre otros muchos documentos y resoluciones, pueden verse, por ejemplo, los Informes de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana 5/2006, de 10 de octubre, y 11/2009, de 3 de diciembre, y el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación administrativa de las Islas Baleares.

TRLCSPP considera que tienen naturaleza de contrato privado²⁷. Así como los contratos patrimoniales, entre los que se encuentran, entre otros, los referidos a la adquisición de derechos de propiedad intelectual (artículo 4 TRLCSPP).

III. Conclusiones

La Directiva 2014/24 presta más atención a los derechos de propiedad intelectual en la contratación pública que otras normas anteriores. Es el reflejo de la creciente importancia económica de estos derechos de propiedad intelectual en la economía europea de nuestros días.

Las cuestiones de propiedad intelectual aparecen en la contratación administrativa en muchos y diversos lugares. En este trabajo hemos apuntado algunas, vinculadas con las normas tanto del TRLCSPP como de la Directiva 2014/24: sobre la titularidad de derechos en las obras, servicios o suministros contratados por la Administración; la confidencialidad y el acceso a la información; el ejercicio del *ius variandi* cuando afecta a la titularidad de los derechos de propiedad intelectual; el procedimiento negociado sin publicidad por la existencia de derechos de exclusiva, o los negocios y contratos excluidos vinculados con derechos de propiedad intelectual.

La importancia de la contratación pública unida al hecho de que la economía del conocimiento, basada en gran parte en la protección de la propiedad intelectual e industrial, parece ser una apuesta oficial de la Unión Europea, nos obliga a seguir atentos a todas estas y otras muchas cuestiones.

²⁷ En el Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 41/96, de 22 de julio, con cita de sus Informes 31/96 y 35/96, “se sienta la conclusión de que los contratos con artistas, orquestas y grupos para actuaciones musicales o teatrales tienen que ser calificados como contratos privados de la Administración”. El Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música había afirmado que “las razones artísticas son suficientes para considerar que solo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario”. Entiende el Instituto que “todo lo artístico es único. Consustancial a la esencia de lo artístico es precisamente la originalidad e individualidad”. La Junta Consultiva se muestra conforme con el criterio del Instituto y afirma que “las razones artísticas son suficientes para considerar que sólo puede encomendarse el objeto del contrato a un único empresario, pues una interpretación contraria dejaría vacío de sentido el precepto u obligaría a una labor improba de determinar cuando una obra artística puede ser llevada a cabo o no por otro artista o empresario, introduciendo un elevado grado de inseguridad jurídica”. Admite que “será utilizable frecuentemente, por razones artísticas, el procedimiento negociado sin publicidad, por aplicación analógica de las normas de la Ley que lo regulan”. En este tipo de contratos, como es evidente y puede leerse en el Informe 8/2009, de 29 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el pliego de prescripciones técnicas deberá contener “las obligaciones y derechos de las partes con especial referencia a los aspectos relativos a los derechos de propiedad intelectual que resulten afectados”.

BIBLIOGRAFÍA

- AURÉLIEN A., “L’intuitus personae dans les contrats de la commande publique”, *RFDA*, 2011.
- CASAS VALLÉS, R., “Propiedad intelectual y contenidos generados en las Universidades: viejos problemas ¿nuevas soluciones?”, *Diario La Ley*, n. 7957, 5 de noviembre de 2012.
- CASAS VALLÉS, R., “El caso Calatrava o Zubi Zuri, ¿Una victoria pírrica en apelación?”, *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, n. 32, mayo-agosto 2009.
- DELOCHE, B. y LENIAUD, J.M., *La culture des sans-culottes. Le premier dossier du patrimoine 1789-1798*, Préface de Jack Lang, Les Éditions de Paris-Les Presses du Languedoc, Paris-Montpellier, 1989.
- LÓPEZ RICHART, J., “El delicado equilibrio entre el derecho a la integridad de la obra arquitectónica y las facultades del propietario”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 2, (Estudio), BIB 2011/51, 2011.
- MARÍN LÓPEZ, J.J., *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- TOLIVAR ALAS, L. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.^a, “Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *RAP*, n. 176, 2008.
- UREÑA SALCEDO, J.A., “Ciencia y empresa: la transferencia de conocimientos científicos”, *RGDA*, n. 36, 2014.
- UREÑA SALCEDO, J.A., “La utilización de la contratación pública para la satisfacción de fines sociales”, J.M^a. Goerlich (dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*, CES, Madrid, 2011.

ALGUNOS EFECTOS PERVERSOS DERIVADOS DE LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

FRANCISCO PUERTA SEGUIDO

Profesor Doctor del Área de Derecho Administrativo

Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de Toledo

Presidente del Jurado Regional de Valoraciones

Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

I. La captación de financiación privada para el desarrollo de las infraestructuras viarias

En el año 2000 el Gobierno español puso en marcha un ambicioso programa de inversiones¹ en infraestructuras públicas integradas en el llamado Plan de modernización de las infraestructuras de transporte 2000-2007. Este Plan contemplaba obras en materia de autopistas, autovías, ferrocarriles, puertos, aeropuertos y otras actuaciones con una previsión temporal de ejecución hasta el año 2010.

En el caso de Castilla-La Mancha, se elaboró un primer Plan Regional de Carreteras (1988-1995), aprobado en mayo de 1988 que proyectó realizar las actuaciones necesarias para acondicionar 5.735 Km, con una modesta inversión de 118.672 millones de pesetas.

El II Plan Regional de Carreteras (1998-2008) contempló una inversión de 1352,28 millones de euros, y planteó por primera vez la construcción de autovías autonómicas, siendo el emblema de esta actuación la Autovía que une Albacete con Toledo por Tomelloso, bautizada con el nombre de “Autovía de los Viñedos”, o la autovía Guadalajara-Tarancón, llamada a ser una especie de “M-60” que evitará el paso por Madrid.

¹ Entonces, año 2000, se cifró esa inversión en 103.000 Millones de Euros, y se justificó en la necesidad de eliminar el déficit de infraestructuras existente en nuestro país y en la necesidad de lograr la plena convergencia en riqueza y empleo con nuestros socios europeos.

No cabe duda de que las infraestructuras de transporte constituyen un elemento clave para alcanzar la cohesión económica y social (objetivo, por otra parte, del Tratado de la Comunidad Europea). Por ello, los distintos niveles de gobierno, estatal y autonómicos han coincidido en señalar las infraestructuras de transporte como uno de los instrumentos esenciales para superar situaciones de atraso económico y desigualdad en el desarrollo regional, por su capacidad para estructurar y, utilizando una palabra de moda, “vertebrar”² y mejorar los procesos productivos, al permitir una mayor circulación de bienes y una mayor movilidad de personas. Ello explica la constante solicitud de recursos por parte de las Comunidades Autónomas al Estado, y éste a la Unión Europea para resolver el problema del atraso endémico de las infraestructuras de transporte españolas.

Los mencionados Planes de modernización, estatal y autonómicos, requerían la movilización de los recursos públicos disponibles y afectos a estas finalidades, incluidos los fondos europeos de la Agenda 2000, y demandaban, además, una imprescindible participación de la iniciativa privada en la financiación de las infraestructuras públicas que habría de llegar hasta el 20% de los recursos totales del Plan de Modernización de Infraestructuras. Participación privada que contribuiría a mantener el objetivo de nuestro país de convergencia económica según los compromisos asumidos en el marco europeo.

Ese ánimo de implicar decididamente a la iniciativa privada en la financiación de tan ingente volumen de infraestructuras demandaba un marco jurídico estable y eficiente. La regulación entonces vigente del contrato de concesión de obra pública había quedado obsoleta y se encontraba dispersa en normas sectoriales de difícil sistematización. Sin duda alguna el punto de referencia básico que ahora nos interesa se encontraba en una ley franquista, La Ley 8/1972, de 10 de mayo, todavía vigente, que regula el proceso de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

En su reunión del día 7 de junio del año 2002 el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas y dejó expedito el camino para su tramitación parlamentaria. La ley 13/2003, de 23 de mayo, siguiendo el criterio del Consejo de Estado, introdujo un nuevo Título V en el Libro II del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y reguló el contrato típico de concesión de obras públicas.

La necesidad de acomodar nuestro ordenamiento jurídico en esta materia a la normativa comunitaria impulsó las todavía recientes reformas en materia contractual llevadas a cabo con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público y sus modificaciones posteriores, hoy recopiladas en el texto refundido aprobado con el Real Decreto Legislativo 3/2011.

La reforma legal fue aprovechada para regular la complejidad económica y social que entraña la tarea de desarrollar las grandes infraestructuras públicas integrando lo

2 Según el Diccionario de la Real Academia Española, “vertebrar” es “*dar consistencia y estructura internas, dar organización y cohesión*”.

jurídico, lo técnico y lo económico en un instrumento único capaz de proporcionar credibilidad, eficiencia y seguridad jurídica a fórmulas de colaboración que se basan en una destacada participación de la financiación privada.

Se sumó, con ello, nuestro ordenamiento a la tendencia actual centrada en la prestación indirecta de servicios, reforzando el papel del sector privado en la realización de actividades tradicionalmente reservadas al sector público, y a la paralela reducción del papel del Estado y las Administraciones Públicas, centrado esencialmente en el control de dicha prestación. Mediante las concesiones, por tanto, el Estado otorga una actividad propia de su ámbito a una empresa privada (denominada por ello sociedad concesionaria), que se encarga de gestionar esa actividad bajo tutela administrativa, lo cual implica la inspección y vigilancia por parte de la Administración concedente.

Esta tendencia se justifica por la escasez de recursos financieros públicos con origen en la política de restricciones presupuestarias asumidas en nuestro país con ánimo de resumir el déficit público. Esta tendencia está mucho más acentuada en los países de nuestro entorno comunitario y ha merecido una valoración positiva por parte de las Instituciones Europeas. Conviene recordar aquí que la Comisión Europea publicó un Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, publicación que diferencia la colaboración tradicional mediante la contratación pública y la colaboración institucionalizada a través de la constitución de personas jurídicas independientes que aúnan esfuerzos públicos y privados en el desarrollo de las infraestructuras.

En el mes de enero del año en curso se han aprobado nuevas Directivas comunitarias que nos obligarán en breve a iniciar un intenso proceso de transposición que dará como fruto nuevas reformas legislativas en el ámbito de la contratación pública, en un contexto de crisis que ha de soportar también los impulsos de una jurisprudencia de cuño nacional que ha forzado la aprobación de Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero. En esta norma de urgencia se imponen obligaciones de pago a unas arcas públicas notablemente mermadas y dirigidas, en este caso, a amortiguar las indeseables consecuencias de la insolvencia empresarial de los concesionarios que, llevada hasta sus extremos, debería generar la resolución de los contratos de concesión articulados para el desarrollo de grandes infraestructuras y la asunción de las mismas por las Administraciones Públicas concedentes.

II. Insolvencia empresarial y continuidad en la explotación de infraestructuras en concesión mediante la creación de una empresa pública

Actualmente las empresas concesionarias de las nuevas autopistas están ya en una evidente situación de insolvencia empresarial y sumidas en procesos concursales. Ello ha llevado a sus bancos acreedores a negociar un plan de rescate consensuado con los Ministerios de Fomento y Hacienda cuyos pilares principales serían los siguientes:

a) Se creará una nueva empresa, 100 % pública, de carreteras, de manera que el sector privado no tendría participación alguna en ella. Este plan inicial otorgaba también a las constructoras una participación del 20 % en la sociedad que aglutinaría a las autopistas, si bien en la propuesta final estas empresas se han visto obligadas a renunciar a este paquete. De esta forma, los grupos que construyeron las autopistas y actualmente los gestionan – ACS, Abertis, FCC, Ferrovial, Sacyr y OHL – dan por perdido parte del capital que pusieron en las sociedades concesionarias de las autopistas.

b) El Estado se quedaría con el 100 % del capital, aplicando una quita del 50 % a la deuda. El nuevo plan presentado por Fomento para rescatar a las autopistas en situación de insolvencia empresarial con la creación de una sociedad pública que integre estos activos no ha gustado por igual a todos los afectados. Mientras que la gran banca española (Banco Santander, BBVA, La Caixa, Banco Popular, Sabadell y Bankia) sí está dispuesta a aceptar quitas propuestas por el Gobierno de hasta el 50 %, la patronal de las grandes constructoras (Seopan), dueñas de la mayoría de las concesionarias en concurso de acreedores, se opone a esta solución.

c) La nueva sociedad de capital 100% público que integraría los activos reconocerá un pasivo de 3.600 millones de euros, dividido en dos partes: una deuda de 2.400 millones de euros con bancos y constructoras y otra de 1.200 millones con los propietarios de los terrenos expropiados para la construcción de las autopistas.

La primera de estas partidas será titulizada y colocada en un bono a 30 años con aval del Estado y con una rentabilidad del 1%. Los bancos recibirían una rentabilidad anual de unos 24 millones de euros. Cantidad muy inferior a la que paga el mercado por una emisión a este plazo.

Al dilatar el pago hasta dentro de tres decenios, el impacto en el déficit público actual sería muy limitado, sólo el coste de los intereses.

La segunda parte de la deuda, los justiprecios resultantes de las expropiaciones, incluidos los intereses por ellos devengados, deben ser pagados por las administraciones expropiantes, y no por los beneficiarios de las expropiaciones, sobre la base de su responsabilidad subsidiaria y como exigencia derivada de la necesidad de satisfacer la garantía constitucional que representa la indemnización prevista en el artículo 33.3 de la Constitución Española.

III. La insolvencia empresarial de los contratistas y su incidencia en los contratos administrativos

Otra alternativa a este escenario sería la de dejar avanzar los procesos concursales y cuando se abra la fase de liquidación de la empresa concesionaria, la Administración estará obligada a resolver el contrato en todo caso (art. 224.2 del [TRLCS](#)).

El tema que nos ocupa debe situarse en ese contexto de crisis que nos ayuda a valorar la oportunidad de su planteamiento y la necesidad de seguir analizando las normas que, desde el derecho mercantil y administrativo, articulan los efectos que

genera el fracaso económico de los proyectos empresariales y la incidencia que el mismo tiene en la satisfacción de los intereses generales y públicos que orientan la actividad de las Administraciones públicas. En ese escenario se desenvuelven las frecuentes declaraciones de concurso de acreedores en que incurren contratistas habituales de las Administraciones Públicas que, sumidos en la insolvencia económica, frustran las finalidades públicas que motivaron los contratos administrativos de los que resultaron adjudicatarios. No debe minimizarse el hecho de que muchos de esos contratistas insolventes lo son por el sistemático incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de las Administraciones con las que contrataron. La importancia del problema ha llevado a las Administraciones, y al Gobierno central en particular, a diseñar planes de pago a proveedores que alivien, siquiera parcialmente, los graves efectos que la situación descrita está provocando en nuestra economía doméstica.

Una vez más conviene recordar el elevado número de procedimientos concursales³ tramitados en los últimos tiempos, de ahí que cualquier modificación, por pequeña que sea, del marco jurídico en esta materia genera un efecto amplificador que pone de manifiesto las importantes repercusiones de los cambios normativos.

El RDL 6/2010 modificó, ligeramente, la LCSP con la clara vocación de dar continuidad a los contratos administrativos adjudicados a contratistas en situación de concurso, siempre que dicha situación no comprometiese la posibilidad de cumplir las prestaciones básicas del contrato y de satisfacer la finalidad del mismo. Junto a la intención de facilitar la continuidad de la relación contractual entablada entre la Administración y los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario cuando éste haya adquirido eficacia en un convenio, el art. 4 del RDL 6/2010 reduce, en lo que a resolución del contrato administrativo se refiere, los efectos más negativos de esta situación, la concursal, al supuesto en que el concurso hubiera sido calificado como culpable por el órgano judicial competente que interviene en el proceso concursal, pues “solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”. A sensu contrario, si el concurso se califica de fortuito, la Administración pública contratante deberá devolver la garantía constituida que se reintegrará a la masa activa del concurso. La norma pretende, de ello no cabe duda, mejorar la posición económica de los contratistas, “aunque el panorama de los deudores en situación concursal no sea halagüeño”, como bien señala RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI⁴.

3 Según datos provisionales facilitados por el INE en la Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) del Segundo trimestre de 2012, el número de deudores concursados alcanza la cifra de 2.272, lo que supone un aumento del 28,6% respecto al mismo periodo del año anterior. Por tipo de concurso, 2.111 son voluntarios (un 27,1% más que en el segundo trimestre de 2011) y 161 necesarios (un 51,9% más). Atendiendo a la clase de procedimiento, los ordinarios aumentan un 270,6%, y los abreviados un 7,3%. El número de deudores concursados aumenta un 28,6% en el segundo trimestre respecto al mismo periodo de 2011. El 30,8% de las empresas concursadas tiene como actividad principal la Construcción y promoción inmobiliaria.

4 RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Algunos pasos para mejorar la situación del concursado en fase de cumplimiento del Convenio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4, 2010, p. 4.

En lo concreto, el apartado 2º del art. 4 (bajo el epígrafe la “continuidad de los contratos públicos en determinadas situaciones concursales”) modificó el art. 208.5 LCSP. La regla se encuentra hoy en el vigente art. 225⁵ del TRLCSP. A pesar de que la reforma, por su extensión, pueda calificarse de “ligera”, no es un mero “ajuste u operación estética, como recuerda Gimeno⁶ cuando valora la norma en su conjunto, sino una reforma en profundidad que, amén de afectar a numerosos preceptos, afecta a la propia esencia de la regulación, lo que obligará a repensar las prácticas de la contratación pública”.

Más allá de la modificación a la que nos acabamos de referir, el tema que nos ocupa encuentra su “régimen jurídico de referencia” en el art. 67.1 de la Ley Concursal, ley 22/2003, de 9 de julio, y, por remisión de ésta, en la Sección III (Resolución de los contratos), del Capítulo V. (Extinción de los contratos), del Libro IV del TRLCSP, arts. 223, 224 y 225. El apartado 1 de ese art. 67 de la Ley Concursal establece que “los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial”, quedando sujetos “los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor con Administraciones públicas”, en cuanto a sus efectos y extinción, a los establecido en esta Ley, tal y como dispone el apartado 2 del precepto.

Por tanto, y esto nos parece lo más acertado, el papel del Derecho mercantil queda reducido, en lo que ahora nos interesa, a la declaración formal del concurso (auto del Juzgado de lo Mercantil competente), a la calificación del concurso (culpable o fortuito) y a la apertura de la fase de liquidación, en su caso, dejando que el Derecho Administrativo regule la entraña de la cuestión (los efectos de esa declaración de concurso en los contratos administrativos) y que la Administración pública aplique su Derecho, el administrativo, a la hora de decidir la suerte del contrato administrativo que ha suscrito con el contratista, ahora insolvente. Sin duda alguna la remisión expresa a la legislación de contratos del Sector público (TRLCSP) que la legislación mercantil lleva a cabo es tributaria, y manifestación, de la condición de *potentior personae* que se predica de la Administración pública, de su potestad de autotutela, y de la encomienda constitucional, ineludible, de servir con objetividad los intereses generales (art. 103 CE). El estatus singular del sujeto que nos ocupa, la Administración pública, es reconocido sin reservas por la propia Ley concursal que, en el apartado tercero de su artículo 1, señala que “no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”. La integración del presupuesto subjetivo del proceso concursal requiere la aplicación de varias leyes⁷ administrativas de calado ante la necesidad

5 El apartado 4 del precepto establece “En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”.

6 GIMENO FELIU, J.M., “La Ley de Contratos del Sector Público: una norma en movimiento”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 799, 2010, p. 2.

7 En particular, la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General

de precisar el ámbito subjetivo de aplicación de esa previsión del art. 1 de la LC y que estará integrado por las entidades que conforman la organización territorial del Estado, es decir las administraciones enumeradas en el art. 2.1 LRJAPAC, los organismos públicos mencionados en el art. 43 de la LOFAGE, entre los que hay que incluir a las denominadas Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, y demás entidades de Derecho Público a las que se refiere el art. 2.2 y la Disposición transitoria 1ª de la LRJAP y PAC⁸.

El análisis detenido de las previsiones legales vigentes obliga a distinguir el régimen jurídico de las consecuencias que la insolvencia empresarial genera dependiendo de la naturaleza del contrato afectado por la declaración de concurso del contratista. Así, cuando estemos, objetiva y subjetivamente, ante un contrato de carácter privado, los efectos que sobre el mismo produce la declaración de concurso del contratista se regirán por la LC y las normas de derecho privado, según dispone el apartado 2 del art. 67 de este cuerpo legal, y no cabrá, tal y como dispone el art. 61.3⁹ de la LC, la resolución contractual por parte de la Administración pública contratante por la sola causa de la declaración de concurso del contratista. Como señala Cervera Martínez¹⁰, “por lo tanto, debe entenderse que a pesar de la declaración de concurso todos los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento siguen en vigor”.

Por el contrario, cuando estemos ante un contrato de carácter administrativo el art. 223. b) de la LCSP, al que nos remite el 67.1 de la propia LC, establece como causa expresa de resolución la declaración de concurso del contratista, si bien, dicha resolución sólo se impone, *ope legis*, a la Administración pública contratante cuando el contratista concursado entre en fase de liquidación, abogando por el mantenimiento de la relación contractual, con las debidas garantías de cumplimiento, hasta en tanto ésta no se haya acordado.

Como bien señala la doctrina, el trato desigual que nuestro ordenamiento da a los contratistas declarados en concurso en función de la naturaleza, administrativa o

del Estado y el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

8 No coincidimos en la identificación de los Organismo públicos con la opinión de ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley, Madrid, 2009, p. 136, en la que sólo se refiere como organismos públicos a los Autónomos y a las Entidades Públicas Empresariales. El apartado uno de la disposición final primera de la Ley 28/2006, de 18 de julio (B.O.E. 19 julio), de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, dio nueva redacción al número 1 del artículo 43 de la LOFAGE. Esa misma Ley 28/2006, en su disposición adicional quinta Transformación de Organismos Públicos en Agencias Estatales, autorizó al Gobierno para que, en el plazo de dos años, desde su entrada en vigor, procediera a transformar los actuales Organismos Públicos cuyos objetivos y actividades se ajusten a la naturaleza de las Agencias Estatales mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro de adscripción del respectivo Organismo Público y a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y Administraciones Públicas. El apartado 2 de esta disposición, exceptuó de ese proceso de conversión a aquellos Organismos previstos en las Disposiciones adicionales 9.ª y 10.ª de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que por Ley disponían de una especial autonomía o independencia funcional respecto de la Administración General del Estado.

9 Señala el precepto invocado que “Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes”.

10 CERVERA MARTÍNEZ, M., “La resolución de los contratos en el concurso”, *Cuadernos Digitales de Formación*, n. 23, *Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con magistrados/as de lo mercantil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011, p. 2.

privada, de las relaciones contractuales que les vinculan a los entes, entidades u organismos integrantes del Sector Público, es una consecuencia más de la singular posición ordinamental de la Administración pública, que recibe la encomienda constitucional de servir, con objetividad, el interés general y esta tarea exige, como tantas veces se ha dicho, la atribución de un conglomerado de privilegios, más bien facultades exorbitantes, que conforman la denominada autotutela administrativa. Una vez más el interés general y público justifica soluciones sustancialmente distintas.

La Administración pública sólo podrá acordar la resolución del contrato administrativo si, previamente, el Juzgado de lo Mercantil competente ha declarado formalmente, mediante auto, la situación concursal. Como destaca LINARES GIL¹¹ “es entonces cuando el concurso despliega sus potentes efectos con el Auto de declaración. El acuerdo de resolución del contrato administrativo requieren como presupuesto, por tanto, no sólo el seguimiento del procedimiento, administrativo y contradictorio, necesario para su adopción sino también, y como punto de partida, la previa declaración concursal mediante auto del órgano judicial competente en los términos y con el contenido previstos en el art. 21 de la LC.

No basta, por tanto, con la mera solicitud de declaración de concurso, formulada por el deudor contratista o por cualquiera de sus acreedores (art. 3 LC), sino que será preciso que se dicte el auto judicial con el contenido mínimo al que hace referencia ese art. 21 de la Ley 22/2003. Son muchos¹² los Dictámenes que han explicitado la doctrina, sólida y reiterada, del Consejo de Estado en esta materia, así se expresa, por todos, en el Dictamen 3343/2002, de 13 de febrero: “*El artículo 112.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas enuncia como causas de resolución del contrato, entre otras, la declaración de quiebra y de suspensión de pagos (...). Significa ello que no basta con alegar la situación fáctica de suspensión de pagos, ni la mera presentación de la solicitud de suspensión de pagos ante el Juzgado correspondiente, ni tampoco la providencia de admisión de tales solicitudes que pudiera dictarse por el Juzgado (dictámenes del Consejo de Estado núms. 46.155/45.481, de 29 de marzo de 1984 y 1.230/91 y 1.233/91, de 26 de septiembre de 1991, entre otros). Para que la situación de suspensión de pagos pueda considerarse causa hábil de resolución de los contratos celebrados con las Administraciones Públicas, se exige que haya recaído la consiguiente declaración judicial, esto es, el auto que constituye efectivamente a la empresa solicitante en suspensión de pagos o quiebra*”.

La exigencia de seguridad jurídica, en beneficio tanto del procedimiento concursal como del interés público que entraña el cumplimiento y la finalidad de contrato administrativo, justifica la fijación de referencias ciertas que sustenten la iniciación del procedimiento administrativo con la finalidad de resolver el contrato de esa naturaleza. Lo más habitual será que la situación de insolvencia legal que declara el auto del concurso

11 LINARES GIL, M.I., “Concurso de acreedores...”, *op. cit.*, p. 194.

12 Véase la doctrina invocada en los Dictámenes del Consejo de Estado números 54205, de 22 de febrero de 1990; 55.563 y 55564, de 31 de enero de 1991; 1206/91, de 3 de octubre de 1991; 1363/91, 1.364/91 y 1365/1991, de 21 de noviembre de 1991; 5/1992 y 619/1992, de 23 de enero de 1992; 1368/1992, de 26 de septiembre de 1992; 740/1995, de 25 de mayo de 1995, entre otros.

venga precedida de una insolvencia real que habrá sido causa de probables incumplimientos contractuales previos a esa la declaración de concurso. Los efectos que sobre la contratación administrativa genera la resolución del contrato son muy diferentes en función de la causa que la Administración haya elegido para acordar dicha resolución. Debe, además, tenerse en cuenta que no puede la Administración elegir discrecionalmente la causa que motive la resolución y que el deudor puede, también, influir o condicionar la acción administrativa con su actuación, incluso maliciosa, para orientar la decisión final acerca de la resolución contractual.

Esa misma seguridad jurídica es la que aconseja la exigencia al contratista insolvente de cumplir con la obligación de comunicar a la Administración contratante la existencia del auto que declara la situación de concurso, al efecto de que sea ésta y uno otra la causa que la entidad contratante valore a la hora de acordar la resolución contractual. La obligación no debe considerarse exclusivamente como una consecuencia de la buena fe que debe presidir la relación contractual sino también como un requisito *sine qua nom* para que el deudor pueda beneficiarse de la invocación de la declaración de concurso como causa de resolución del contrato, con las consecuencias favorables que de ello se derivan para el deudor en la mayoría de los casos, salvo que el concurso sea calificado por el Juzgado de lo Mercantil como culpable. Debe tenerse en cuenta que si el concurso se considera fortuito el deudor no tendrá obligación de indemnizar los daños y perjuicios que le causa el incumplimiento contractual a la Administración contratante y, además, ésta vendrá obligada a devolver la garantía constituida con ocasión del contrato que pasará a la masa activa del concurso por no ser procedente su incautación.

Como bien señala GARCÍA-TREVIJANO¹³ “lo que no resultaría admisible es que el contratista sea declarado en situación de concurso y que tal circunstancia le sea ocultada a la Administración, para utilizarla (desvelando la existencia del auto judicial) en el caso de que la Administración pretendiera resolver el contrato, por ejemplo, por incumplimiento del contratista. Aunque ciertamente la declaración de concurso se hubiera producido con anterioridad en el tiempo, la aducida falta de comunicación a la Administración permitiría, en mi opinión, negar dicha prioridad, con sus consecuencias anejas”.

Una vez más conviene recordar la doctrina del Consejo de Estado que ha contribuido con decisión a evitar los problemas que puede generar esa actuación, fraudulenta o no, del contratista insolvente que comunica u oculta la existencia de la declaración del concurso en función de sus intereses y con claro detrimento de los generales y públicos. Con carácter general, la declaración formal de concurso del contratista vendrá precedida por el incumplimiento de obligaciones básicas derivadas de su relación contractual con la Administración pública, por ejemplo paralizaciones de obra no autorizadas, incumplimiento de plazos parciales de entrega, etc. Esa posibilidad, consecuencia casi necesaria del progresivo deterioro de la situación financiera y eco-

13 GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “La resolución de los contratos en la ley 30/2007, de contratos del sector público”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, julio-diciembre, 2010, p. 166. Conferencia impartida en las XI Jornadas de la Función Consultiva organizadas en Murcia los días 21 al 24 de octubre de 2009.

nómica del contratista que desemboca en la declaración concursal, debe ser resuelta atendiendo, exclusivamente, a la cronología en la aparición de las causas que pueden motivar la resolución del contrato administrativo. De esta manera la declaración del concurso será causa de resolución del contrato cuando preceda a otros posibles incumplimientos contractuales que tiene entidad suficiente como para acordar la resolución del contrato. Si, por el contrario, los otros incumplimientos contractuales son previos a la declaración formal de la insolvencia (auto del Juzgado de lo Mercantil), éstos deberán ser valorados por la Administración pública contratante como causa de resolución del contrato y con las consecuencias, generalmente, bien distintas a las que genera la declaración de concurso, que correspondan.

Como acaba de exponerse el Consejo de Estado se ha encargado de aclarar que será la primera causa en aparecer desde el punto de vista cronológico la que ha de tenerse en cuenta a efectos de la resolución del contrato. Véase, por todos, el Dictamen del Consejo de Estado¹⁴ 2230/2004, de 14 de octubre: *“De acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Dicha doctrina resulta de numerosos dictámenes, entre otros, de 25 de octubre de 1990, exp. n. 55.262; los dictámenes números 37.688, 34.387, 54.205, 55.262, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91 y 719/91, de 20 de junio de 1991, 1.656/92, de 27 de enero de 1993, 712/94, de 23 de junio de 1994, y 740/95 y 741/95, de 25 de mayo de 1995; de 27 de abril de 2000, exp. n. 527/2000”*.

Como se deduce de lo expuesto, la mera declaración en situación de concurso no constituye causa automática de resolución del contrato, como tampoco lo era la declaración en situación de suspensión de pagos. Únicamente será causa automática de extinción del contrato la apertura de la fase de liquidación. Si no se hubiera producido la citada apertura de la fase de liquidación, el artículo 224.5 de la LCSP permite que la Administración potestativamente pueda decidir la continuidad del contrato con el concursado “si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su ejecución”.

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, el art. 225.3 del [TRLCS](#)P contiene una regla de vital importancia, y es que *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”*. En los mismos términos se pronuncia el art. 271.4 para el contrato de concesión de obra. En este punto cabe preguntarse si la resolución de un contrato administrativo en base a la causa prevista en el art. 223 b) del [TRLCS](#)P ha de considerarse como un incumplimiento culpable del contratista o no, con las consecuencias

¹⁴ Otros posteriores han seguido la misma doctrina, véase, por todos, el Dictamen de 13 de marzo de 2008, exp. n. 144/2008.

que ello llevaría aparejado en cuanto a incautación automática de la garantía y posibilidad de cuantificación de daños y perjuicios por parte de la Administración.

La legislación en materia de contratación administrativa condiciona la apreciación del carácter culpable de la resolución y por ende el destino de las garantías definitivas, a lo que se determine con ocasión de la apertura de la pieza de calificación del concurso, que tal y como determina el art. 163.1 de la LC, procederá en todo caso en los supuestos de apertura de la fase de liquidación del contratista o lo que es lo mismo, cuando éste se encuentre en situación de quiebra, en los términos expuestos por el art. 111 RGLCAP.

En coherencia con esa previsión el vigente art. 225.4 LCSP dispone que si se produce acuerdo resolutorio, deberá contener pronunciamiento expreso sobre la procedencia, o no, de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que se hubiera constituido. La novedad es que ahora «sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable». Esto significa que si el concurso se califica de fortuito, no procede la pérdida de la garantía, que se reintegra a la masa activa del concurso en cuanto no haya de atender la finalidad para la que se constituyó.

En caso de resolución del contrato de concesión de obra pública el art. 271 TRL-CAP establece que el órgano de contratación abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión. A tal efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Además, también se establece que si el concesionario hubiese contado entre sus recursos con financiación de terceros, sólo se le abonará el sobrante después de solventar las obligaciones contraídas con aquellos.

Debe tenerse en cuenta que sobre estas infraestructuras los concesionarios pueden haber realizado contratos con terceros para el aprovechamiento de las zonas complementarias de explotación comercial que, tal y como establece el art. 35.2 de la Ley de Autopistas, “si se extinguiere la concesión antes del tiempo por el que fue otorgada, la Administración respetará los derechos de terceros en orden a la gestión de las áreas de servicio”. Si esa gestión por tercero fuese inviable el órgano de contratación la Administración debería resolver los contratos otorgados por el concesionario, abonando la indemnización que en su caso correspondiera¹⁵. Cuando no se acuerde la resolución de los citados contratos – continúa el precepto –, los titulares de los derechos de aprovechamiento seguirán ejerciéndolos, quedando obligados frente al órgano de contratación en los mismos términos en que lo estuvieran frente al concesionario, salvo que

¹⁵ Según el precepto, la indemnización será abonada con cargo al concesionario cuando la resolución se produjera como consecuencia de causa imputable a éste.

se llegara, de mutuo acuerdo, a la revisión del correspondiente contrato (art. 271.5 TRLCSP).

La necesidad de garantizar el adecuado funcionamiento de las infraestructuras y la continuidad en el servicio público que prestan hacen inviables una solución que lleve a apurar los procedimientos mercantiles de liquidación e imponen una solución consensuada como la que en este momento se negocia con el Gobierno.

IV. El inviable rescate de las concesiones por parte del Estado

Se descarta, por otra parte y como tercera alternativa, el posible rescate de las concesiones por parte del Estado. El rescate de una autopista supone el fin anticipado de la concesión y de los contratos de gestión asociados a la explotación de la infraestructura. Es una facultad de la Administración que se ejerce unilateralmente y supondría que la infraestructura revierta al Estado que se haría cargo de ella.

El art. 266.3 TRLCAP establece que la Administración concedente indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen. Para determinar la cuantía de la indemnización – añade el precepto – se tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización.

El Gobierno asegura que el rescate de las nueve autopistas costaría a las arcas públicas del orden de 4.700 millones de euros, cifra que también incluye los justiprecios de las expropiaciones no satisfechos y que ascienden a unos 1.200 millones no satisfechos por las actuales concesionarias.

Aunque el rescate de las concesiones es una posibilidad prevista en la propia Ley de Autopistas de 1972, lo cierto es que nunca se ha planteado esta posibilidad. La última vez que el Ministerio de Fomento se pronunció sobre este tema fue en 2003, y descartó “liberar” los 2.445 kilómetros de autopista de peaje en servicio en el Estado español, por considerar “inasumible” el coste de 10.000 millones de euros que supondría convertir en gratuitas estas vías. Como puede deducirse de lo expuesto el rescate de las concesiones sobre estas importantes infraestructuras puede terminar convirtiéndose en un negocio ruinoso para el contribuyente.

V. La responsabilidad subsidiaria de la Administración expropiante ante el impago de los justiprecios expropiatorios por las concesionarias beneficiarias de las expropiaciones

Entre los efectos inesperados e indeseables merece también un breve comentario la reciente modificación de la legislación contractual llevada a cabo por el Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero. Se trata de una norma de urgencia que impone importan-

tes obligaciones de pago a unas arcas públicas notablemente mermadas y dirigidas, en este caso, a amortiguar las indeseables consecuencias de esa insolvencia empresarial de los concesionarios.

Esta norma lleva a cabo dos modificaciones legales que deben entenderse como una consecuencia necesaria de la doctrina judicial urdida en varios fallos y hoy positivizada, al menos en sus consecuencias, en las modificaciones que de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, y del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, ha llevado a cabo el Real Decreto-Ley 1/2014, de 24 de Enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas, publicado el pasado día 25 de enero del año 2014.

En el primer cuerpo legal se modifica el apartado dos del artículo diecisiete, en el que ahora se establece que “Dos. En el procedimiento expropiatorio, el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, satisfará las indemnizaciones de toda índole que procedan por razón de las expropiaciones y ocupaciones temporales necesarias para la ejecución del proyecto. No obstante, si el concesionario no cumpliera dichas obligaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, el Estado tuviera que hacerse cargo de abonar tales indemnizaciones a los expropiados, éste quedará subrogado en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo del Estado, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración”. La modificación de la Ley de Contratos del sector Público ha supuesto la adición de un nuevo apartado 7, en el artículo 271 del Real Decreto Legislativo 3/2011, del siguiente tenor literal:

“7. Si el concesionario no cumpliera con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, la Administración concedente tuviera que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, ésta quedará subrogada en el crédito del expropiado.

En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo”.

Ya hemos anticipado que las modificaciones legales comentadas son fruto de varios pronunciamientos judiciales previos. La sentencia n. 27/2014, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso administrativo, sección 2ª, forma parte de una serie de pronunciamientos judiciales que, so pretexto de la pretensión de condena contra la inactividad de la Administración, establecen la responsabilidad subsidiaria de la Administración pública ante los impagos, por parte de los concesionarios de obra, de los justiprecios expropiatorios fijados por los órganos técnicos de valoración o por los órganos judiciales competentes.

La relevancia del fallo judicial reside, a nuestro juicio, no sólo en su contribución a consolidar la jurisprudencia ya asentada por esta Sala en otros pronunciamientos anteriores, véanse en el mismo sentido la sentencia n. 117, de 11 de febrero de 2011, seguida luego de las sentencias 118 y 119 de 11 y 12 de febrero de 2013, respectivamente, sino también en el hecho de que la misma se dicta después de que el Tribunal Supremo haya resuelto un recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el Abogado del Estado suplicando a la Sala resolverlo mediante sentencia que fijase la siguiente doctrina legal: *“La declaración de concurso de un beneficiario de la expropiación forzosa no genera por sí sola la responsabilidad patrimonial de la Administración expropiante para el pago del justiprecio. La determinación de la existencia, en su caso, de dicha responsabilidad patrimonial no es ejercitable directamente en los tribunales, sin que previamente se haya instado y tramitado el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial”*. Este recurso de casación, el 1623/2013, se interpone, precisamente, contra la Sentencia de fecha 11 de febrero de 2013, dictada en el recurso contencioso administrativo n. 320/12 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, y se resuelve mediante la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, la 6268/2013, de diecisiete de diciembre de dos mil trece.

Tal y como señalan las Sentencias mencionadas la Administración no puede escurirse en el devenir del contrato para que, finalmente, la resolución del mismo, a resultas del proceso concursal, traslade a la Administración Pública la obligación de pago del justiprecio insatisfecho. La responsabilidad subsidiaria declarada e impuesta en los fallos judiciales no es una responsabilidad contractual, ni tampoco una responsabilidad patrimonial por daño, y nace directamente de la operación expropiatoria. Las relaciones contractuales entre las Administraciones públicas y la beneficiaria *“son del todo indiferentes para el expropiado, y su justiprecio no puede depender de que se resuelva o no el contrato que vincula al Estado con la beneficiaria que seleccionó”*.

Como se puede apreciar los órganos judiciales han desmontado reiteradamente la oposición de la Abogacía del Estado y han construido una sólida jurisprudencia que interpreta la institución expropiatoria sobre la base constitucional del art. 33.3 e insiste en la garantía indemnizatoria como pieza clave de esta institución. La interpretación que de esa garantía constitucional llevan a cabo las Sentencias mencionadas no encuentra obstáculo alguno en la ausencia, entonces, de una norma, expropiatoria o de otro tipo, que atribuyese esa obligación subsidiaria de pago a la Administración concedente ante la insolvencia de los concesionarios beneficiarios. Sin duda alguna este régimen, primero judicial y ahora legal, no estaba en los planteamientos iniciales de las Administraciones que expropiaron en beneficio de los concesionarios de obra pública.

BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO PASCUAL, C., “El concurso de acreedores de la sociedad concesionaria”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 16, 2012.
- BARRERO GONZÁLEZ, E., “La incidencia de la Ley en los contratos administrativos”, AA.VV., *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- CABREJAS GUIJARRO, M.M., “Concurso voluntario. Comunicación previa: efectos”, *CEFLEGAL*, n. 107, 2009.
- CARLÓN RUIZ M., “Las administraciones públicas ante el fenómeno concursal: algunas reflexiones al hilo de la nueva ley”, *Revista de Administración Pública*, n. 164, 2004.
- CERVERA MARTÍNEZ, M., “La resolución de los contratos en el concurso”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 23, *Encuentro de la Sala Primera del Tribunal Supremo con magistrados/as de lo mercantil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “La insolvencia del contratista de las administraciones públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 69, 2004.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2011.
- DEL GUAYO CASTIELLA, Í., “Algunas respuestas a la crisis desde la legislación de contratos del sector público”, A. Blasco Esteve (coord.), *Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo Palma de Mallorca (El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo)*, 11 y 12 de febrero de 2011, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Manual práctico de Derecho concursal*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2012.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, J., “La reciente modificación del régimen de resolución de los contratos administrativos en caso de concurso del contratista a través del RDL 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo: ¿cambio normativo o consolidación de un criterio ampliamente mantenido?”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 101, Sección Reflexiones, Octubre, La Ley, 10688/2010.
- DÍAZ LEMA, J.M., “Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la Ley de contratos del sector público?”, *REDA*, n. 141, 2009.

- DOMÍNGUEZ ALONSO, A.P. y MORENO MOLINA, J.A., “La invalidez de los contratos públicos”, *La Contratación Pública. Instituciones Básicas: Concepto y Fundamentos*, CEFIG, Lima, 2013.
- ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ TORRES, I., “Concurso y contratos con el sector público en el marco Real Decreto 3/2009 y de la nueva Ley de Contratos con el Sector Público”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 11, Sección Varia, Segundo semestre de 2009.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., “La renuncia al contrato por parte del empresario”, *Observatorio de contratos públicos 2012*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.
- GARCÍA VILLAVERDE, R., “La nueva administración judicial de empresas embargadas”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n. 34, 2001.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “La resolución de los contratos en la ley 30/2007, de contratos del sector público”, *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 14, julio-diciembre, 2010.
- GIMENO FELIÚ, J.M., *Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “La Ley de Contratos del Sector Público: una norma en movimiento”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 799, 2010.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “La liquidación concursal anticipada”, *RDM*, n. 274, 2009.
- LINARES GIL, M.I., “Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-ley 6/2010”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 14, 2011.
- OGANDO DELGADO, M.Á., “Efectos sobre el deudor de la declaración del concurso”, *Estudios sobre la nueva legislación concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- MORENO MOLINA, J.A., y PLEITE GUADAMILLAS, F., *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2012.
- MUÑOZ VILLARREAL, A., “El requisito de probar la insolvencia del deudor”, *Noticias Jurídicas*, n. 3, 2012. <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho%20Mercantil/201203-3272725429425.html> (última entrada 1/08/13).
- PALAO UCEDA, J., *La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo*, Bosch, Barcelona, 2013.

- PULGAR EZQUERRA, J., “El presupuesto objetivo del concurso de acreedores”, J. Pulgar Ezquerro (dir.), *El concurso de acreedores (Adaptado a la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la ley Concursal)*, La Ley, Madrid, 2012.
- PUNZÓN MORALEDA, J. y PUERTA SEGUIDO, F., “Procesos concursales y contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 161, 2014.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., “Algunos pasos para mejorar la situación del concursado en fase de cumplimiento del Convenio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4, 2010.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Las relaciones de trabajo ante la novación del concesionario de obra pública”, *Diario La Ley*, n. 6797, Sección Doctrina, 2010.
- RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., “Las consecuencias de la declaración de concurso de acreedores de licitadores y contratistas públicos”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 121, 2012.
- SOLAZ SOLAZ, E., *Enciclopedia jurídica*, La Ley, Madrid, 2009.
- TEROL GÓMEZ, R., “Reformas puntuales de la Ley de contratos del sector público en el contexto de las medidas de 2010 contra la crisis económica, el fomento del empleo y otros objetivos”, L. Parejo Alfonso y A. Palomar Olmeda (dir.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona 2012.

CONTRATACION PÚBLICA Y FACTURACIÓN ELECTRÓNICA

DAMIÁN OLIVA GARCÍA

Coordinador de Estrategia Económica y Europea
Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Durante el año 2014 el ordenamiento jurídico comunitario en el ámbito de la contratación pública ha impulsado una serie de reformas con la aprobación de tres nuevas directivas relativas a la contratación pública y otra específica relativa a la facturación electrónica en el ámbito de las compras públicas, que supone una apuesta decidida para la implantación a nivel comunitario de los medios electrónicos en la compras públicas con el fin de alcanzar la contratación pública electrónica única y un impulso decidido de la factura electrónica. En este sentido, España a finales de 2013 aprobó la ley de impulso de factura electrónica que ha desarrollado a través de diversas disposiciones ministeriales durante 2014 para hacer realidad el impulso de la facturación electrónica en la contratación pública a partir del 15 de enero de 2015.

I. Análisis del contexto normativo actual en la Unión Europea de la factura electrónica en el ámbito de la contratación pública

Ante la necesidad de armonizar legislativamente la convivencia entre la factura en papel y la facturación electrónica surgió la Directiva 2001/115/CE. Además de los requisitos ordinarios, estableció que los estados miembros debían aceptar a partir del 1 de enero de 2003 las facturas transmitidas por vía electrónica, siempre que en su tramitación se garantizase la autenticidad de su origen y la integridad de su contenido a través de firma electrónica avanzada o sistema reconocido de intercambio electrónico de datos (EDI). Ahora bien, esta normativa resultó ambigua y causante de una gran variedad de problemas en las transacciones comunitarias.

La estrategia “Europa 2020”¹, de la Comisión Europea incluye entre sus prioridades el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación, que haga un uso más eficaz de los recursos, siendo la digitalización y automatización de los

¹ Comunicación de la Comisión COM (2010) 3-marzo-2010 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrado.

procesos administrativos un factor clave en la mejora de la productividad de las economías. En ese sentido, las medidas para avanzar en la penetración de la facturación electrónica permitirán dar un paso esencial para la construcción de un mercado único digital en Europa, permitiendo la superación de obstáculos de carácter regulatorio y tecnológico. Asimismo, la Comisión Europea ha incluido la facturación electrónica como parte de la “Agenda Digital para Europa”, al considerar que su uso generalizado permite la obtención de ganancias significativas en los entornos de contratación, pagos, tributación, procesos contables y auditoría, y se configura como soporte para consolidar el comercio electrónico.

Por otra parte, la Comisión Europea en su Comunicación COM (2010) 712, de 2 de diciembre de 2010, “Aprovechar en Europa las ventajas de la facturación electrónica”, marcó el objetivo de que la facturación electrónica sea el método prevalente de facturación en Europa a más tardar en 2020, estableciendo las siguientes prioridades:

- Garantizar la seguridad jurídica y condiciones técnicas claras.
- Favorecer el desarrollo de soluciones técnicas abiertas e interoperables.
- Respaldo estructuras organizativas para fomentar su uso, instando a la creación por cada estado miembro de un Foro Nacional Multilateral sobre facturación electrónica, con representación amplia y equilibrada de los agentes implicados; autoridades públicas, usuarios, consumidores, pymes, grandes empresas, etc.

En este mismo sentido, mediante Decisión de la Comisión Europea C (2010) 8467, de 2 de diciembre, se constituyó el Foro Europeo Multilateral sobre Facturación Electrónica con el objetivo de facilitar el intercambio de experiencias y buenas prácticas para facilitar la adopción y generalización del uso de la factura electrónica en todos los estados miembros. En el mismo están representados Foros Nacionales, asociaciones europeas vinculadas, Banco Central Europeo, etc. Así, en octubre de 2013 adoptó por unanimidad la recomendación sobre el uso de un modelo de datos semánticos para respaldar la interoperabilidad de la factura electrónica.

En esta misma línea, el Consejo Europeo en 2012 y 2013 declaró de forma reiterada la conveniencia de priorizar medidas para favorecer el comercio transfronterizo facilitando rápidamente, en particular, la transición hacia la factura electrónica.

Del mismo modo, el Parlamento Europeo en su Resolución de 20 de abril de 2012, solicitó que la facturación electrónica fuera obligatoria para todos los procesos de contratación pública en 2016 a más tardar.

En la actualidad existe en el ámbito de la Unión Europea un amplio reconocimiento de las ventajas y beneficios que conlleva la utilización de la factura electrónica en la contratación pública. Lo que ha supuesto que algunos estados miembros hayan emprendido en los últimos años iniciativas legislativas y proyectos encaminados a su implementación.

Este hecho ha supuesto la existencia de multiplicidad de normas internacionales, nacionales, regionales y de uso privado que se están aplicando en los diferentes esta-

2 Comunicación de la Comisión COM(2010) 245 de 19-mayo-2010 “Una Agenda Digital para Europa”

dos miembros, así como soluciones técnicas diferentes. Esto ha supuesto una serie de problemas entre los que destacamos tres:

1. Ausencia de interoperabilidad
2. Excesiva complejidad, inseguridad jurídica y costes adicionales para los operadores económicos que quieran acceder a la contratación transfronteriza
3. Obstáculos de acceso al mercado de la contratación pública transfronteriza y al comercio, afectando directamente al funcionamiento del mercado interior.

Ante este contexto, surge la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, cuyo principal objetivo es eliminar o reducir los obstáculos transfronterizos al comercio derivado de la coexistencia de diferentes requisitos legales y normas técnicas en relación con la facturación electrónica y de su falta de interoperabilidad. En este sentido, la Directiva va a fomentar el uso de la facturación electrónica en la contratación pública generando importantes beneficios en términos de ahorro, impacto ambiental y reducción de cargas administrativas. Además, va a establecer un modelo de datos semánticos de tal forma que se determinen los elementos esenciales que ha de contener una factura electrónica.

A través de la Directiva se trata de garantizar la interoperabilidad en 3 niveles:

1. Contenido de la factura (datos semánticos).
2. Formato o lenguaje utilizado (sintaxis), de tal forma que se garantice la transmisión automática entre emisor y el destinatario (sintaxis común o correspondencia entre diferentes sintaxis). Lo deseable a largo plazo es limitar el número de sintaxis.
3. Método de transmisión.

El ámbito de la Directiva será de aplicación a las facturas electrónicas emitidas como resultado de la ejecución de los contratos públicos, excepto los declarados secretos o que deban ir acompañados de medidas de seguridad, y su transposición ha de ser efectiva en los estados miembros antes del 27 de noviembre de 2018.

Para garantizar la interoperabilidad de las facturas electrónicas en el marco de la Unión Europea, la Comisión ha de solicitar al Comité Europeo de Normalización que elabore una norma europea relativa al modelo de datos semánticos de los elementos esenciales de una factura electrónica. La norma ha de ser tecnológicamente neutra y garantizar la protección de datos personales, sencilla (no limite la actuación de pymes), apta para el uso de transacciones comerciales entre empresas.

II. Análisis del contexto normativo actual en España de la factura electrónica en el ámbito de la contratación pública

El artículo 88 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido vino a regular el denominado “*Sistema de Intercambio de Facturación por medios*

Telemáticos (SIFMT)” cuyo desarrollo reglamentario se llevó a cabo a través del Real Decreto 80/1996.

Con posterioridad, mediante Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, se aprobó el Reglamento que regula las obligaciones de facturación y se establecieron los requisitos de seguridad para la facturación electrónica, en concreto, garantizar la autenticidad del origen y la integridad de su contenido. En este mismo sentido, por Orden EHA/962/2007, de 10 de abril se desarrollaron determinadas disposiciones sobre facturación telemática y conservación electrónica de facturas.

El impulso de la facturación electrónica en el ámbito de la contratación pública vino de la mano de la disposición adicional novena de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que venía a habilitar a la Administración General de Estado para dictar disposiciones normativas en materia de uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y uso de factura electrónica. En concreto se dispuso que:

- A más tardar en mayo de 2009 el Ministerio de Economía y Hacienda debía aprobar la norma para hacer posible el uso de las facturas electrónicas en los contratos que se celebraran por las entidades del sector público estatal, y en los tres meses siguientes sería obligatoria en la contratación con el sector público estatal para las sociedades que no pudiesen presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

- Por orden conjunta del Ministerio de Economía y Hacienda y del Ministerio de Industria se extendería progresivamente la obligatoriedad del uso de facturas a otras personas físicas y jurídicas.

- En enero 2011 la utilización de factura electrónica sería obligatoria en todos los contratos del sector público estatal, con posibilidad de excluir a los contratos menores expresamente mediante orden ministerial.

- El Consejo de Ministros podría establecer medidas para facilitar la emisión de facturas electrónicas que contraten con el sector público estatal garantizando en determinados casos la gratuidad de los servicios de apoyo.

En este mismo sentido, la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, preveía en su texto un plan para la generalización del uso de la factura electrónica y establecía que el gobierno determinaría el órgano competente de la Administración General del Estado que impulsara el empleo de la factura electrónica entre empresarios, profesionales y demás agentes del mercado, en particular, entre las pymes y las micropymes, con el fin de fomentar el comercio electrónico.

El resultado fue que hubo un claro incumplimiento de los compromisos establecidos mediante la citada Ley 30/2007, no obstante a través de la Estrategia 2011-2015 del Plan Avanza 2, se intenta dar un nuevo impulso y se contempló la difusión del uso de la facturación electrónica entre sus objetivos. Entre sus líneas estratégicas contemplaban las siguientes actuaciones:

- Comunicación y formación sobre la factura electrónica
- Desarrollo de servicios de factura electrónica

- Ayudas para la incorporación de la factura electrónica
- Fomento de la confianza en la factura electrónica
- Accesibilidad en la visualización de la factura electrónica
- Mantenimiento y evolución del formato de la factura electrónica

Así, se encomendó en 2011 al Ministerio de Fomento la definición y desarrollo de un “*Servicio central de gestión de la facturación electrónica*” para la Administración General del Estado como punto único para la recepción y distribución de facturas electrónicas. Simultáneamente, y en línea con la Decisión de la Comisión Europea C(2010) 8467 de 2 de diciembre, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros 19/10/2011 (publicado mediante Orden PRE/2794/2011, de 5 de octubre) se crea el Foro Nacional Multilateral sobre Facturación Electrónica, de carácter consultivo, entre cuyas actuaciones se encontraba el impulso normativo, la estandarización e interoperabilidad, la difusión, intercambio de buenas prácticas, estudios, etc, y sobre todo el impulso del denominado “*Servicio central de gestión de la facturación electrónica*” para la Administración General del Estado como punto único para la recepción y distribución de la factura electrónica.

El Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, que aprueba el reglamento de obligaciones de facturación, viene a regular en sus artículos 8, 9 y 10 los requisitos de la factura electrónica

La Agenda Digital para España presentada por el gobierno en febrero 2013, y alineada con la Agenda Digital para Europa COM (2010)/245, incorpora el “Plan TIC en Pymes y comercio electrónico” destacando entre sus objetivos la implantación de la factura electrónica en las pymes mediante el diseño de normas de interoperabilidad y el establecimiento de servicio central de recepción de facturas electrónicas. El objetivo comprometido en el citado plan es que en 2015 el 40% de las empresas facturen electrónicamente.

En este sentido, la propia Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA)³ apuesta por una serie de reformas estructurales para erradicar la morosidad de las administraciones y con el pleno convencimiento de las bondades que puede aportar el desarrollo e implantación de la facturación electrónica como elemento claro de mejora de la competitividad de nuestra economía, ya que no sólo va a permitir reducir la morosidad tanto de las administraciones públicas como del sector privado, reduciéndose así las necesidades de financiación de las empresas ocasionando efectos positivos sobre el empleo, sino que va a permitir mayor control del déficit y deuda comercial de las administraciones públicas como principio de sostenibilidad financiera. Así, la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, ha venido a dar respuestas a esas reformas estructurales comprometidas.

³ Por Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012 se creó la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA).

El principal objeto de la Ley es impulsar el uso de la factura electrónica, crear el punto general de entrada y el registro contable de facturas del sector público, para agilizar los procedimientos de pago a los proveedores, además de regular el procedimiento para su tramitación en las Administraciones Públicas y las actuaciones de seguimiento por los órganos competentes.

El ámbito subjetivo de la ley se extiende a todas las facturas emitidas en el marco de las relaciones jurídicas entre proveedores de bienes y servicios y las Administraciones Públicas, considerándose Administraciones Públicas los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 214 de noviembre. Así, como regla general, todos los proveedores que entreguen bienes o presten servicios a la Administración Pública podrán expedir y remitir factura electrónica. En todo caso, estarán obligadas al uso de factura electrónica y a su presentación a través del punto general de entrada que correspondan, las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que carezcan de nacionalidad española, establecimientos permanentes y sucursales de entidades no residentes en territorio español en los términos que establece la normativa tributaria, las uniones temporales de empresas, agrupaciones de interés económico, agrupaciones de interés económico europea, fondo de pensiones, fondo de capital riesgo, fondo de inversiones, fondo de utilización de activos, fondo de regularización del mercado hipotecario, fondo de titulación hipotecaria o fondo de garantía de inversiones.

No obstante lo anterior, se establece la posibilidad de excluir reglamentariamente de la obligación de facturar electrónicamente importes iguales o inferiores a 5.000 euros.

Por otra parte, se establece un sistema que garantiza la protección de los proveedores que expidan facturas por los bienes entregados o servicios prestados a la Administración Pública, de tal forma que tendrán la obligación de presentarla ante un registro administrativo, en los términos establecidos en el artículo 39 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en un plazo de 30 días desde la fecha de entrega efectiva de los bienes o de la prestación de los servicios.

En este sentido, la propia ley establece un doble procedimiento respecto a la tramitación según el tipo de factura:

a) La factura “en papel”, para aquellos casos en que no estén obligados a facturar electrónicamente, por ejemplo los autónomos, necesariamente deben de registrar de entrada las facturas en un registro administrativo, que a su vez debe ser interoperable tanto con el registro contable de facturas como con el sistema de información contable de la administración pública correspondiente.

b) La factura “electrónica”, para el caso en que exista la obligación de facturar electrónicamente, se habilitará por parte de las administraciones públicas (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales) un “Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas” interoperable con el registro de facturas y el sistema de información con-

table. Además, producirá su registro automático en el registro administrativo electrónico correspondiente.

Así, el modelo gráfico de facturación electrónica que se establece en la ley sería el siguiente:



En este sentido, la ley establece que todas las administraciones públicas tienen la obligación de establecer un punto general de entrada de facturas electrónicas, sin perjuicio de que tanto las Comunidades Autónomas como las Entidades Locales puedan adherirse a FACE “Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración General del Estado”. Ahora bien, sin perjuicio de la posibilidad de adhesión a FACE, la ley ha sido objeto de desarrollo normativo a lo largo de 2014 en aras de normalizar los requisitos funcionales y técnicos de los puntos generales de entrada y de los registros contables de facturas con el fin de garantizar la legibilidad, autenticidad e integridad de las facturas electrónicas, así como, la interoperabilidad de los sistemas que intervienen en el proceso de tramitación.

Entre las características y reglas comunes de los puntos generales de entrada de facturas electrónicas ha de destacarse:

a) La Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales dispondrán de un punto general de entrada. No obstante:

- Las Comunidades Autónomas pueden adherirse a la del Estado
- Las Entidades Locales pueden adherirse a la de las Diputaciones, Comunidades Autónomas o del Estado.

b) Garantizar la intermediación automática entre proveedor y oficina contable de tramitación.

c) Información sobre el estado de tramitación de la factura, previa normalización del estatus.

d) Garantizar el archivo y custodia

Por otro lado, entre las características y reglas comunes de los registros contables de facturas electrónicas ha de destacarse:

a) Todas las administraciones públicas han de habilitar un registro contable de facturas.

b) Interoperable con:

- El sistema de información contable o bien integrado en este.
- El punto general de entrada
- Los sistemas de gestión de los órganos tramitadores

c) Deben informar sobre:

- Número de anotación contable
- Período medio de pago
- Estado de situación de la factura (estatus normalizado)

d) Garantizar la disponibilidad, confidencialidad, integridad y seguridad de los sistemas afectados.



En definitiva, el ciclo integral del sistema de tramitación de las facturas electrónicas para las compras públicas podría ser representada gráficamente de la siguiente manera:



En definitiva, la realidad ante la que nos enfrentamos es que el modelo de facturación electrónica en España entra en vigor el 15 de enero de 2015, por lo que las administraciones públicas se encuentran frente a un reto de una gran complejidad dado que tanto la Administración General del Estado, como las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales han de disponer de un punto general de entrada de facturas electrónicas a través del cual se recibirán todas las facturas en formato electrónico que correspondan a entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas, sin perjuicio del sistema de adhesiones previstos en la Ley, que dependerá del grado de madurez del desarrollo de los sistemas intervinientes en cada una de las administraciones, así como el grado de interconexión y de interoperabilidad entre los mismos. En este sentido, parece que la Administración General del Estado ha implementado el desarrollo normativo e informático preciso para cumplir con las obligaciones establecidas, si bien la realidad en el ámbito autonómico y local es el siguiente:

a) Diecisiete Comunidades Autónomas con más de dos mil doscientas entidades públicas vinculadas o dependientes

b) Cincuenta y dos Diputaciones y ocho mil ciento diecisiete municipios que conforman en torno a diecisiete mil ochocientos setenta entidades públicas vinculadas o dependientes.

Es decir, supone implantar el modelo de facturación electrónica a más de veinte mil entidades públicas obligadas a tramitar facturas electrónicas fruto de la contratación pública, por lo que resulta a priori extremadamente complejo cumplir con el plazo establecido. Por razones de eficiencia y eficacia lo razonable, por tanto, sería evitar caer en la tentación de que las distintas administraciones públicas fomenten la proliferación de puntos generales de entrada de facturas electrónicas, e instar a la adhesión a FACe sin perjuicio de los inevitables desarrollos informáticos que habrá de realizarse para acometer las interconexiones de los registros administrativos, registros contables de facturas y de los sistemas de información contable para dar cumplimiento a las exigencias establecidas en la ley.

COMUNICACIONES

RÉGIMEN DE DESINDEXACIÓN Y REVISIÓN DE PRECIOS. O SOBRE LA TRANSFORMACIÓN DE LA REVISIÓN DE PRECIOS

JORGE AGUDO GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

I. Introducción. La Disposición Adicional Octogésima octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014¹

La presente comunicación tiene por objeto, en su primera parte, el análisis de una de esas disposiciones legales que, en mi modesto entender, exigen de su intérprete más que una actitud de exégesis, una actitud detectivesca, ya que nos obliga a ir encontrando todas las pruebas que compongan la “escena del crimen” para poder empezar a entender de qué estamos hablando. Sin lugar a dudas esta disposición entra en el grupo de disposiciones “poco susceptibles al entendimiento de un jurista medio”.

Permitásenos reproducir el tenor literal de la D.Ad. 88ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (LPGE en adelante), por la que se regula la “Desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público”. Dice así:

“Uno. El régimen de revisión de los contratos del sector público cuyo expediente se haya iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley no podrá referenciarse, en lo atinente a precios o cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, en caso de que proceda dicha revisión, deberá reflejar la evolución de los costes. Se entiende que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspon-

¹ Al momento de la presentación de esta comunicación, todavía no había sido aprobada la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española. Se ha preferido mantener el texto original de la comunicación, sin perjuicio de entender que los comentarios realizados deban quedar matizados a la vista de la literalidad de la nueva Ley. En cualquier caso, esos matices no eliminan ni la vigencia, ni la relevancia de las cuestiones planteadas.

diente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso del procedimiento negociado sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

El régimen descrito en el párrafo anterior, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, resultará de aplicación a la aprobación de sistemas de revisión de tarifas o valores monetarios aplicables a la gestión de servicios públicos cualquiera que sea la modalidad de prestación, directa o indirecta, por la que se haya optado.

Dos. A efectos de lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entiende por índice general de precios cualquier índice de precios directamente disponible al público que esté construido a partir de otros índices disponibles al público. No tendrán esta consideración los índices de precios referidos a agrupaciones de bienes o servicios suficientemente homogéneos que sean habitualmente asimilables entre sí en su utilización en las actividades productivas, cuando no se encuentren disponibles para su utilización pública precios específicos o subíndices más detallados.

Tres. Asimismo, se entiende por sector público el conjunto de organismos y entidades enumeradas en el apartado primero del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuatro. Esta disposición adicional no será de aplicación a la revisión de precios basada en las fórmulas establecidas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas.”

1. Ámbito de aplicación subjetivo. ¿Carácter básico?

La disposición comentada regula, porque así lo prevé el inciso inicial del apartado primero de la misma norma, el régimen de revisión de los contratos del sector público, entendiendo por tal “sector público” (apartado 3º), “el conjunto de organismos y entidades enumeradas en el apartado primero del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (TRLCSF, en adelante). Una interpretación literal de la disposición permitiría entender su vocación de generalidad y su consiguiente carácter básico. Sin embargo, los términos en que se pronuncia la propia disposición han planteado dudas a estos efectos: ¿Es realmente una medida económica general que afecta al conjunto de las Administraciones territoriales, organismos y entidades enumeradas en el apartado 1º art. 3 del TRLCSF como la propia disposición establece?.

En primer lugar, es razonable afirmar, sin perjuicio de otros matices sobre los que más tarde insistiremos, que una disposición como la D.Ad. 88ª puede incluirse en la LPGE por tratarse de una medida con una directa conexión con la política económica del Gobierno, como ha recordado recientemente la STC 9/2013, de 28 de enero, reiterando una prolongada doctrina constitucional. En este sentido, debemos tener en

cuenta que esta medida es uno de los compromisos que el Estado español ha adquirido para favorecer la mejora de la competitividad de nuestra economía en el contexto del procedimiento de déficit excesivo del art. 125 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En este sentido, la STC 9/2013 recuerda que aparte de un contenido esencial que se deduce del art. 134 de la Constitución, la LPGE puede incorporar un contenido eventual o disponible, esto es, *“todas aquellas disposiciones que, sin constituir directamente una previsión de ingresos o habilitación de gastos, guardan una relación directa con los ingresos o gastos del Estado, responden a los criterios de política económica del Gobierno o, en fin, se dirigen a una mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto”*.

Segundo, las dudas a las que hacíamos referencia anteriormente surgen porque la D.Ad. 88ª, a diferencia de otras disposiciones adicionales de la LPGE, no se auto-declara básica. Sí lo hacen, por ejemplo, la 20ª sobre “contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas en 2014”, o la 21ª sobre “contratación de personal de las fundaciones del sector público y de los consorcios en 2014”, cuyo apartado 3º aclara que “lo dispuesto en el apartado uno de esta disposición adicional tiene carácter básico y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13ª y 156.1 de la Constitución”. La orfandad legal a la que aludimos nos obliga a esperar a un eventual juicio de constitucionalidad que determine si esta medida económica de desindexación goza de las características que definen materialmente a la legislación básica del Estado. No obstante, y aunque sólo sea por el parangón material evidente, se ha de tener en cuenta que el Proyecto de Ley de Desindexación de la Economía Española (de 17 de enero de 2014) justifica la competencia estatal, aparte de en el art. 149.1.13ª de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en la fijación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, en los arts. 149.1.6ª, 149.1.8ª y 149.1.18ª, referidos a las competencias exclusivas del Estado para dictar legislación mercantil, civil y legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas, respectivamente.

Esa deficiente técnica legislativa es la que ha dado lugar a que se plantee si la D.Ad. 88ª de la LPGE de 2014 es aplicable más allá de la Administración General del Estado. En este sentido, alguna particularidad cabría deducir, por ejemplo, en relación con CCAA como Navarra. A estos efectos, se ha de recordar, en primer lugar, que la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), aplicable a las Entidades Locales de Navarra con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local [art. 2.1.c)] desarrolla el art. 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral. Este último precepto reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad Foral en materia de contratos y concesiones administrativas, “respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia”.

En este sentido, se ha llegado a afirmar que “una medida coyuntural de contenido económico, que no invoca título competencial alguno, (no) pued(e) entenderse directamente aplicable a los entes locales navarros como un principio esencial en materia de

contratación pública, sin que el legislador foral incluya expresamente en la LFCP o en una disposición con el rango legal adecuado, una disposición como la contemplada en la Disp. Adic. 88ª LPGE 2014”. Y se añade, “en definitiva, consideramos que es competencia del legislador foral aprobar una norma para aplicar a la legislación de contratos de Navarra, el contenido de la Disp. Adic. 88ª LPGE 2014. Ahora bien, mientras el Parlamento de Navarra modifica o no la LFCP, una práctica de *‘buena administración local’* podría permitir incluir en el clausulado de contratos públicos que sean de aplicación, una disposición como la contemplada, con la reserva de su aplicación supletoria de la legislación foral, habida cuenta de los efectos beneficiosos para las arcas locales, en tiempos de escasez presupuestaria”.

Dejando a un lado lo paradójico de esta opinión, lo cierto es que la consideración del carácter básico de la norma comentada no se ha puesto en duda en otras CCAA. Así, por ejemplo, la Circular informativa de la Diputación de Valladolid, de 9 de enero de 2014, sobre la LPGE para el año 2014, la Resolución de 6 de febrero de 2014 (Ref. 05/055371.9/14) del Director General de Política Financiera y Patrimonio-Presidente de la JCCA de Madrid², el informe de la JCCA de Aragón 8/2014, de 2 de abril, la Resolución del TACRC 360/2014, de 9 de mayo, o bien decenas de pliegos aprobados en toda España en los que se incluyen ya los importantes condicionantes a la revisión de precios derivados de la disposición que analizamos, del mismo modo que resoluciones de órganos de contratación que estiman no aplicable la revisión de precios en determinados contratos en virtud de la aplicación de esta misma disposición.

Así pues, en virtud de estas consideraciones, puede concluirse lo siguiente:

1º) La desindexación puede considerarse una concreción de principios ordenadores de la actividad administrativa previstos en los arts. 31.2, 103.1 y 135 de la Constitución³.

2º) Nos encontramos ante una disposición que tiene “vocación” de base de la actividad económica, incorporada, eso sí, por una “vía indirecta” a la legislación básica estatal y con una técnica legislativa francamente criticable. ¿Qué sentido tiene que el apartado 3º de la D.Ad. 88ª identifique a todo el sector público, al que se refiere como el sector público que regula el TRLCSP, si no es para otorgar a esa disposición un carácter aplicativo general y, por tanto, básico? La respuesta creo que parece clara. Cosa distinta, insistimos, será el encaje de esa disposición en los títulos competenciales estatales y, sobre todo, la deficiente técnica legislativa que supone la omisión de la declaración del carácter básico de la disposición.

2 La Resolución resuelve “efectuar las modificaciones precisas en los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares para los contratos de suministro, servicios, gestión de servicios públicos, acuerdo marco para suministros y acuerdo marco para suministros de gestión centralizada informados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, para su adaptación a la disposición adicional octogésima octava: ‘Desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público’ de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014”.

3 El informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), de 4 de diciembre de 2013, dictado en relación con el Proyecto de Ley de Desindexación de la Economía Española, afirma que “en el caso del sector público, se establece el principio general de no indexación de los valores monetarios” (p. 4) vinculado a la recuperación de la competitividad de la economía española.

3º) Si la premisa anterior es correcta, y debido a la intensa transformación que implica del régimen de revisión de precios, es razonable entender que el art. 90 del TRLCSP ha quedado derogado en todo aquello que contradiga a la D.Ad. 88ª. Sobre los motivos de por qué la LPGE no modifica el TRLCSP, nos pronunciaremos a continuación, pero merece la pena aclarar que, precisamente por lo que luego se dirá, no es excesivo afirmar que nos encontramos ante una modificación disimulada, fundada en el carácter (no confesado) de medida básica de ordenación de la actividad económica de la disposición.

4º) En consecuencia, si todo esto es así, no se puede afirmar que estemos ante una medida meramente coyuntural. Sobre esto, no obstante, se insistirá más adelante.

2. Ámbito de aplicación objetivo.

Otra cuestión problemática de la literalidad de la D.Ad. 88ª de la LPEG para 2014 es el ámbito de aplicación objetivo de la disposición. Cabría plantearse si esta disposición es aplicable sólo a los contratos sujetos al TRLCSP, o bien si también lo es al resto de contratos del sector público excluidos de la aplicación del TRLCSP.

Un primer dato importante a tener en cuenta, como ya hemos anticipado, es que la D.Ad. 88ª no modifica expresamente el TRLCSP. Que esto sea así podría servir para interpretar que su ámbito de aplicación es general y, por ello, más amplio que el propio del TRLCSP. En este sentido, cabría incluso afirmar que los contratos excluidos del TRLCSP quedarían “incluidos” en la D.Ad. 88ª. Sin embargo, que la disposición comentada no modifique expresamente el TRLCSP tiene que ver, en primer lugar, con el contenido que las LPGE pueden tener de acuerdo con la jurisprudencia constitucional: *“... las Leyes de presupuestos tienen un contenido mínimo, indisponible, y otro eventual, por conexión, que se refiere a todas aquellas disposiciones que guarden relación directa con las previsiones de ingreso y las habilitaciones de gasto de los presupuestos o con los criterios de política económica general o, en fin, que sean un complemento necesario para la mejor inteligencia y más eficaz ejecución del presupuesto. Por eso, quedan en principio excluidas de estas leyes las normas típicas del Derecho codificado u otras previsiones de carácter general en las que no concurra dicha vinculación”*. Entre otras, las SSTC 74/2011, de 19 de mayo, 9/2013, de 28 de enero y 248/2007, de 13 de diciembre.

Segundo, y sin perjuicio de esta consideración previa, en contra de la interpretación que aboga por una consideración amplia del ámbito de aplicación de la D.Ad. 88ª, creo que la referencia al sector público tanto en el epígrafe de la disposición, como en su primer apartado y, sobre todo, en el apartado 3º de la misma, parecen determinantes. Ahora bien, esa delimitación del ámbito subjetivo por remisión a lo que el TRLCSP entiende por sector público también la lleva a cabo el Proyecto de Ley de Desindexación y, en este caso, sin embargo, queda claro que su ámbito subjetivo no se limita al sector público regulado por el TRLCSP. Ahora bien, sí que es cierto que esa remisión al TRLCSP sirve para dotar de un régimen específico a la revisión de precios de los contratos regulados en esa Ley. En cualquier caso, delimitar el ámbito objetivo

de una norma por referencia a su ámbito subjetivo no es un elemento interpretativo definitivo, máxime si el elemento de comparación es una disposición no vigente.

Sin perjuicio de esta consideración, tampoco es irrazonable admitir que la referencia al sector público de la TRLCSP induce a entender que cuando la D.Ad. 88ª determina su ámbito de aplicación en el sector público de aquella Ley, lo hace para delimitar su ámbito objetivo en relación con los contratos regulados por esa misma norma legal. Esta interpretación se confirmaría en otras referencias expresas que la disposición hace a materias reguladas o vinculadas con el TRLCSP, tales como los contratos de gestión de servicio público (ap. 1º párrafo II) o el Real Decreto 1359/2011 (ap. 4º). ¿Qué motivo podría tener el legislador para contextualizar desde el punto de vista objetivo la aplicación de la desindexación en relación con esos elementos? Podría decirse que, precisamente, para ajustar su aplicación a los contratos sometidos al TRLCSP. Es más, en esta misma dirección cabe señalar que cuando la disposición comentada se refiere en el epígrafe que la encabeza a los “índices generales de contratos del sector público”, sólo se podría estar refiriendo a los arts. 90 y ss. del TRLCSP y, por extensión, a aquellos contratos a los que les son aplicables dichos preceptos.

En definitiva, una interpretación literal y sistemática de la disposición permite mantener que no es aplicable a los contratos excluidos del ámbito objetivo del TRLCSP y que, en consecuencia, necesariamente debe entenderse modificado el art. 90 del TRLCSP.

3. Ámbito de aplicación temporal.

A) Contratos afectados: régimen transitorio.

Desde el punto de vista temporal, la D.Ad. 88ª.1 de la LPGE establece que el nuevo régimen de revisión de precios será aplicado a aquellos expedientes de revisión de precios incoados tras la entrada en vigor de la Ley. Se concreta que se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimiento negociado sin publicidad, para determinar el momento de iniciación, se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

La literalidad de la disposición es idéntica a la D.Tran. 1ª.1 del TRLCSP. Parece razonable entender, a estos efectos, que la D.Ad. 88ª alude implícitamente al art. 142 del TRLCSP, relativo a las convocatorias de licitaciones, cuando se refiere al anuncio de los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones públicas⁴. Desde luego que esta modificación no podrá afectar a los contratos ya adju-

⁴ En este sentido, la Resolución del TACRC 360/2014, de 9 de mayo: “... la disposición normativa citada no deja lugar a la duda acerca de la fecha a considerar para entender iniciado un expediente de contratación a los efectos de su aplicación, al hacer expresa referencia al hecho de haberse publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato (en los mismos términos pues que lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del TRLCSP a efectos de la aplicación de este texto legal). De este modo, habiéndose publicado la Ley 22/2013 en el BOE de 26 de diciembre de 2013, y entrando en vigor, a falta de otra previsión expresa, a los veinte días de dicha publicación (art. 2.1 del Código civil), a la fecha de publicación del anuncio de licitación del contrato que nos ocupa, ya en marzo

dicados, pues como señala el apartado 2º de la D.Tran. 1ª del TRLCSP, “los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

B) Referencia al carácter coyuntural de la disposición.

Aunque ya nos hemos pronunciado sobre esta cuestión, se nos permitirá incidir algo más al respecto. Una afirmación que se ha vertido en relación con la D.Ad. 88ª de la LPGE de 2014 es que su eficacia es meramente temporal: se ha venido a decir que la disposición en cuestión es una disposición de contenido económico de carácter temporal, esto es, para el ejercicio de 2014. Esta afirmación no se puede compartir.

A la vista del propio tenor de la disposición, no se puede decir que tenga dicho carácter coyuntural. Hay varios motivos que inducen a alcanzar esta conclusión. El primero es el tenor literal de las propias Disposiciones Derogatorias de la LPGE de 2014. Si se observa con detenimiento, podrá confirmarse que esas disposiciones derogan alguna disposición adicional de la LPGE para el ejercicio de 2011, demostrando que no todas las disposiciones adicionales de las LPGE tienen vocación anual, ni se ajustan en su eficacia a la coyuntura del ejercicio presupuestario.

Otro dato en contra de ese carácter coyuntural y anual es el tenor literal de otras disposiciones de la propia LPGE de 2014 que sí se auto-proclaman medidas conyunturales. Antes se han citado las D.Ad. 20ª y 21ª. Recuérdese, que la D.Ad. 20ª se refiere a la “contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas en 2014”, y la 21ª a la “contratación de personal de las fundaciones del sector público y de los consorcios en 2014”. Aquí sí las disposiciones se auto-restringen en su vocación de aplicación indefinida en el tiempo: son las propias disposiciones las que establecen prohibiciones aplicables sólo al ejercicio presupuestario 2014.

En definitiva, si la D.Ad. 88ª no incorpora una censura temporal como las descritas, no se puede mantener en principio que tenga un carácter coyuntural y anual, máxime si, como ya hemos indicado, esta medida es uno de los compromisos adquiridos por Gobierno español en el marco del procedimiento de déficit excesivo del art. 125 del TFUE. Su carácter coyuntural tiene más bien que ver con su próxima derogación por la futura Ley de Desindexación de la Economía Española, lo que ratificará la vocación de permanencia del principio de desindexación.

Confirmando esta conclusión, debemos recordar la jurisprudencia constitucional ratificada en la STC 9/2013, de 28 de enero, según la cual el contenido eventual de las LPGE incluye también medidas generales que supongan “*modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico*”, en tanto en cuanto “*guarden una conexión económica (relación directa con los ingresos o gastos del Estado o vehículo director de la política económica del Gobierno) o presupuestaria (para una mayor inteligencia o mejor ejecución del*

de 2014, se encontraba en vigor la norma, con lo que la cláusula que examinamos, al establecer el coeficiente de revisión de la tarifa en función de la evolución del IPC, incurre en vulneración de la Disposición Adicional citada, procediendo su anulación”.

presupuesto)”, y siempre y cuando no se trate de normas típicas del Derecho codificado u otras previsiones de carácter general en las que no concurra la vinculación directa con los contenidos citados. En otras palabras, la conexión material no implica una censura temporal en la eficacia de las medidas incluidas en la LPGE.

4. Intento de análisis sustantivo de la disposición.

Como se deduce del tenor literal de la disposición, su objetivo es que el régimen de revisión de los contratos del sector público no pueda referenciarse a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, en caso de que proceda dicha revisión, a que quede reflejada la evolución de los costes: es el fin de la práctica de la indexación que permitía modificar los valores monetarios de las variables económicas de acuerdo con la variación de un índice de precios a lo largo de un período.

Una consecuencia inmediata es que la nueva regulación desvincula totalmente la aplicación de la revisión de precios por referencia al Índice de Precios al Consumo (IPC), lo que significa un cambio muy relevante. Como ya hemos anticipado, la trascendencia del cambio necesariamente afecta a la vigencia del art. 90 del TRLCSP; cualquier otra interpretación supondría desconocer la dimensión de la disposición comentada. Ahora bien, dicho esto, hay que matizar que el TRLCSP tampoco habría asumido una aplicación general del IPC como índice de referencia. Cosa bien distinta es lo que ha sucedido en la práctica de las Administraciones. De hecho, en primer lugar, el art. 90.1 del TRLCSP comienza señalando que “*cuando resulte procedente*, la revisión de precios se llevará a cabo mediante la aplicación de índices oficiales”. Ahora bien, es cierto que con la nueva disposición en vigor, esa “procedencia” desaparece en todo caso. Segundo, el art. 90.2 del TRLCSP admite una apertura del espectro de índices referenciables: “El órgano de contratación determinará el índice que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura de los costes de las prestaciones del mismo. Las fórmulas aprobadas por el Consejo de Ministros excluirán la posibilidad de utilizar otros índices”. Ahora bien, aquí también, vista la nueva disposición, se ha de entender que el término “índice” sólo puede admitirse en el sentido de la D.Ad. 88ª.2º, esto es, como aquellos “índices de precios referidos a agrupaciones de bienes o servicios suficientemente homogéneos que sean habitualmente asimilables entre sí en su utilización en las actividades productivas, cuando no se encuentren disponibles para su utilización pública precios específicos o subíndices más detallados”.

Los motivos que justifican el proceso de desindexación y, por tanto, de desvinculación de la revisión de precios de índices como el IPC, se encuentran en el preámbulo del Proyecto de Ley de Desindexación que, en buena medida, son copia de los motivos alegados por el informe de la CNMC sobre el mismo Proyecto de Ley: “La indexación con base en índices generales, como el Índice de Precios de Consumo (IPC), aunque es una convención ampliamente extendida, no necesariamente está justificada, ni produce beneficios para el conjunto de una economía desarrollada como la española. La práctica indexadora tiende a ser más generalizada en economías donde la inestabilidad macroeconómica, en particular una elevada inflación, erosiona el poder adquisi-

tivo de los valores monetarios, de forma que se recurre a referenciar la evolución en el tiempo de tales valores a índices de precios como mecanismo de defensa. Sin embargo, tal mecanismo genera efectos perversos. La indexación está en el origen de los denominados ‘efectos de segunda ronda’. Cuando el precio de un bien o servicio aumenta, los índices de precios como el IPC suben, y esto supone un aumento automático en el precio de otros bienes simplemente porque están indexados a este índice. Ocurre así que un aumento del precio del petróleo o de un alimento encarece, debido a su impacto en el IPC, el precio de bienes cuyos costes de producción no tienen una conexión directa con esos dos bienes. La indexación, por tanto, tiende a generar una inflación más elevada y favorece su persistencia en el tiempo, aun cuando desaparece la causa inicial que generó el incremento de precios. Una inflación elevada y persistente genera costes económicos: entre otros, desvirtúa la información que deben transmitir los precios, dificulta la concertación de contratos a largo plazo y deteriora la competitividad. El correcto funcionamiento de un mecanismo de fijación de precios requiere que estos transmitan la información relevante respecto a los costes y la demanda. La inclusión de cláusulas de indexación supone en la práctica impedir que esto ocurra de forma eficaz. Los precios evolucionan al margen de la situación de estos factores en cada sector y pasan a hacerlo de forma homogénea en todos ellos, desvirtuando así la señal que ofrecen los precios relativos de unos bienes y servicios frente a otros”.

En otras palabras, la desindexación evita la vinculación de determinados bienes y servicios a índices generales de precios que suponen el aumento automático de los precios de dichos productos y servicios sin que sus costes estén necesariamente relacionados con los costes o precios de los productos recogidos en dichos índices. ¿Qué implica esto? En primer lugar, que la revisión de precios deberá llevarse a cabo por referencia a valores establecidos en función de los precios e índices específicos que mejor reflejen la evolución de los costes y que, por tanto, tengan la mayor desagregación posible. Por otro lado, como ya hemos indicado y apuntan tanto el preámbulo del Proyecto de Ley, como el informe de la CNMC, la desindexación se presenta como de una de las reformas estructurales que se están adoptando para recuperar la competitividad de la economía española mediante la contención de los precios. Esto significa, en otras palabras, que la medida trata de evitar la escalada de precios en la contratación pública y en los precios regulados, prohibiendo su actualización, como hemos insistido, en función de índices generales de precios.

La prohibición del recurso a la indexación como criterio de referencia a los efectos de la revisión de precios queda condicionada por la definición de “índice general de precios” de la disposición comentada. Según el apartado 2º de la D.Ad. 88ª de la LPGE de 2014, se “entiende por índice general de precios” cualquier índice de precios “directamente disponible al público que esté construido a partir de otros índices disponibles al público”, si bien especifica que no tendrán esa consideración “los índices de precios referidos a agrupaciones de bienes o servicios suficientemente homogéneos que sean habitualmente asimilables entre sí en su utilización en las actividades productivas,

cuando no se encuentren disponibles para su utilización pública precios específicos o subíndices más detallados”.

No se puede desconocer la dificultad que genera la distinción entre “índices general de precios” prohibidos y otros índices específicos y desagregados. Los datos que utiliza la Ley son dos: 1º) La disponibilidad por el público; 2º) La referencia a *índices de precios referidos a agrupaciones de bienes y servicios suficientemente homogéneos que sean habitualmente asimilables entre sí en su utilización en las actividades productivas, siempre y cuando no se encuentren disponibles para su utilización pública precios específicos o subíndices más detallados*.

Si, como parece, la diferencia entre los tipos de índices estriba en los distintos niveles de homogeneidad/asimilación y de especificidad/desagregación, cabe pensar que una primera herramienta para intentar concretar estos extremos podría ser por referencia a las clasificaciones de actividades que se utilizan en el caso del *Industrial Price Index* (IPRI), la CNAE-2009 (NACE rev.2), o para el IPC, con la Clasificación de Bienes y Servicios (COICOP). En el caso del IPC, se publica información para 126 subclases (a nivel nacional); el IPRI también se publica para clases (4 dígitos CNAE, aproximadamente 200 rúbricas).

Por otro lado, un ejemplo de índice que podría entenderse aplicable son los **Índices de Precios del sector Servicios (IPS)**. Los IPS son indicadores coyunturales que miden la evolución trimestral de los precios, desde el lado de la oferta (precio de productor), de los servicios suministrados a empresas (segmento de negocios) por las sociedades que operan en los sectores incluidos en el Reglamento (CE) n. 1158/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio del 2005, sobre estadísticas coyunturales. Para su obtención se realiza una encuesta continua, de periodicidad trimestral, a empresas de servicios que suministran servicios a otras empresas (alrededor de 800). Las actualizaciones normativas en la materia han permitido que el IPS base 2010 comenzara un nuevo sistema de cálculo basado en el encadenamiento de índices, cuyas características más importantes son su dinamismo y su actualidad. Es un IPS más actual ya que revisa su sistema metodológico permanentemente con el fin de mejorarlo. Por otra parte, es un IPS más dinámico en la medida en que anualmente revisa las ponderaciones para ciertos niveles de desagregación funcional e incluye en el plazo más breve posible cualquier cambio detectado en el sector de los servicios, ya sea la aparición de nuevos servicios, cambios en la actividad productiva o en la muestra de establecimientos. Parece razonable entender, por tanto, que encaja en la D.Ad. 88ª.

5. Consecuencias prácticas y reflexiones.

¿Qué consecuencias se pueden deducir de esta disposición? Creo que se pueden predecir las que se mencionan a continuación:

1ª) La eliminación del carácter automático de las revisiones y su reducción significativa en términos cuantitativos y cualitativos. Esto afecta directamente a la concep-

ción de la revisión de precios como un derecho del contratista que permite el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.

2ª) La tendencia a que las variaciones a lo largo de la vida del contrato estén orientadas a los costes reales y, por tanto, tendencialmente cercanas a cero. Con la eliminación de la práctica de indexar precios y tarifas públicas a índices de precios pasados, se da un paso importante hacia la cultura de la estabilidad de precios.

3ª) Que las ofertas de los licitadores se acerquen tendencialmente al presupuesto de licitación, de modo que las bajas se reduzcan y corrijan la limitación de las revisiones con una retribución más ajustada al coste real y, por tanto, al precio real de mercado.

4ª) Lo anterior nos conduce a un contexto de eficiencia de los operadores económicos que se corresponde con los principios generales mencionados en el art. 1 del TRLCSP en materia de contratación pública.

5ª) La reducción de la duración de los contratos; en los contratos plurianuales es más difícil contemplar adecuadamente la evolución de todos los costes, de modo que a la vista de la reducción aplicativa de la revisión de precios, lo lógico es pensar que muchas de esas licitaciones o bien reduzcan el plazo de duración contractual, o bien que queden desiertas⁵.

6ª) La consecuencia final, sin lugar a dudas, será el aumento de la competencia.

II. Modificaciones en materia de revisión de precios que incorpora el Proyecto de Ley de Desindexación de la Economía Española

La revisión de precios de los contratos del sector público va a sufrir una profunda revisión con la futura aprobación de la Ley de Desindexación de la Economía Española⁶. Es cierto, en cualquier caso, que parte de los cambios se anticipan gracias a la D.Ad. 88ª de la LPGE para el ejercicio 2014. En este sentido, todas las conclusiones alcanzadas para la disposición comentada son trasladables al Proyecto de Ley.

El proyecto incorpora una nueva regulación de la revisión de precios con carácter prescriptivo para el sector público e indicativo para el sector privado. En el ámbito de aplicación de “lo público”, el proyecto no se limita, en cualquier caso, a los contratos del TRLCSP. Los arts. 4.1 y 5.1 del Proyecto de Ley se refieren a la revisión de valores monetarios referidos en el art. 3.1.a) y b) del mismo proyecto. Por lo que aquí nos interesa, el art. 3.1.a) se refiere a “las revisiones periódicas o no periódicas de cualquier valor monetario del sector público susceptibles de modificación”, entendiendo por sector público, el conjunto de organismos y entidades enumeradas en el art. 3.1 del

5 En este sentido, el informe de la CNMC hace alusión a estas consideraciones: “... la desindexación de la economía podría incentivar una reducción de la duración de los contratos públicos, dando lugar a una ‘competencia por el mercado’ más frecuente, favoreciendo *ceteris paribus* un mayor número de oferentes y una mayor competencia efectiva en estos mercados. Asimismo, en los contratos plurianuales, los márgenes empresariales podrían no quedar asociados tan preeminentemente como en la actualidad a los procedimientos de revisión de precios, dependiendo en mayor medida de la capacidad de los operadores para la obtención de ganancias de eficiencia” (p. 8).

6 Así ya el informe de la JCCA de Aragón 8/2014, de 2 de abril.

TRLCS. Hasta aquí, la identificación del ámbito subjetivo y objetivo del Proyecto de Ley podría hacer surgir las mismas dudas que la D.Ad. 88ª de la LPGE. Sin embargo, por último, el art. 4.5 del Proyecto de Ley establece una precisión que permite deducir que los contratos que podrán verse afectados por la revisión monetaria desindexada no son sólo los regulados en el TRLCS. Dicho precepto dispone que “las revisiones periódicas de precios de los contratos adjudicados por las entidades del sector público se regirán por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”. *A sensu contrario*, el resto de contratos del sector público se regirán por el propio Proyecto de Ley. A estos efectos se ha de tener en cuenta que el proyecto modifica los arts. 89 y 92 del TRLCS, al tiempo que deroga los arts. 90 y 91, cuyos contenidos son parcialmente incorporados al futuro art. 89. Al mismo tiempo, el Proyecto de Ley incorpora una regulación general (arts. 4 y 5) que es la que tiene vocación de aplicación general y, claro está, más allá del ámbito de aplicación del TRLCS. Por el objeto de esta comunicación, nos centraremos en la modificación prevista del TRLCS. Se prevé en los siguientes términos:

Artículo 89. Procedencia y límites.

“1. Los precios de los contratos del sector público sólo podrán ser objeto de revisión periódica en los términos previstos en el artículo 4 de la Ley XX de desindexación de la economía española, sin perjuicio de la revisión de carácter extraordinario que pudiera derivarse de la aplicación del artículo 5 de dicha ley.

2. La revisión de precios solo se llevará a cabo cuando se justifique por variaciones en los costes de los factores, no considerándose revisables los costes asociados a la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial, salvo que expresamente se autorice en el real decreto a que se refiere el artículo 4 de la Ley XX.

La revisión de precios podrá realizarse exclusivamente en las materias previstas en el Real Decreto al que se refiere el artículo 4 de la Ley XX, de acuerdo a los índices, precios, fórmulas, metodologías o directrices que fije dicho real decreto.

Cuando el citado Real Decreto prevea una revisión basada en fórmulas, éstas reflejarán la ponderación en el precio del contrato del coste de los materiales básicos incorporados a su objeto y de la energía consumida en el proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo.

3. Previa justificación en el expediente, el órgano de contratación establecerá, en su caso, el derecho a revisión de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo dentro de las permitidas en el Real Decreto mencionado en el apartado anterior.

4. El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en su caso, la fórmula o sistema de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de adjudicación del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el pla-

zo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la adjudicación se produce con posterioridad.

5. Cuando proceda, la revisión de precios en los contratos del sector público tendrá lugar, en los términos establecidos en este capítulo, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia el primer 20 por 100 ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar transcurridos dos años desde la formalización del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 por 100 de la prestación.

6. La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos aprobará los índices mensuales de precios de los materiales básicos y de la energía, a propuesta del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado, debiendo ser publicados los mismos en el Boletín Oficial del Estado.

Los índices reflejarán, al alza o a la baja, las variaciones reales de los precios de la energía y materiales básicos observadas en el mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o particularizarse por zonas geográficas”.

Artículo 92. Coeficiente de revisión.

“Cuando resulte aplicable la revisión de precios mediante fórmulas, el resultado de aplicar las ponderaciones previstas en el artículo 89.2 a los índices de precios que se determinen según lo previsto en el apartado 6 del citado artículo, proporcionará en cada fecha, respecto a la fecha y periodos determinados en el apartado 4 del mismo artículo, un coeficiente que se aplicará a los importes líquidos de las prestaciones realizadas que tengan derecho a revisión a los efectos de calcular el precio que corresponda satisfacer”.

1. Régimen de aplicación de la futura Ley.

La Disposición Transitoria primera del Proyecto de Ley, relativo al “Régimen transitorio de revisiones periódicas y no periódicas”, dispone lo siguiente: “Hasta la entrada en vigor del real decreto previsto en el artículo 4.3 se mantiene vigente el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas”.

Esta disposición tiene mucha relevancia, pues supondrá la derogación del Real Decreto 1359/2011. No obstante, la vigencia temporal del mismo (hasta la aprobación del nuevo Real Decreto que regule las revisiones periódicas: art. 4 del Proyecto de Ley) es compatible con la que ya mantiene la D.Ad. 88ª de la LPGE para 2014 en su apartado 4º: “Esta disposición adicional no será de aplicación a la revisión de precios basada en las fórmulas establecidas en el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se

aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas”.

Esto, sin lugar a dudas, va a ser problemático, sobre todo, porque ya lo está siendo, aunque con una justificación jurídica distinta. La eliminación de la revisión de precios en los contratos de obra con base en las fórmulas-tipo aprobadas por el Gobierno, que es exactamente lo que pasará en aplicación de la disposición transitoria comentada, ya ha tenido lugar en el ámbito de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda por Resolución de 22 de abril de 2013. Permítasenos poner este ejemplo, a pesar del diferente contexto, por la conexión en las eventuales consecuencias.

Como señala el art. 89.1 del TRLCSP, la revisión de precios en los contratos de las Administraciones públicas tendrá lugar, “salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos”. Asimismo, el art. 89.2 in fine del TRLCSP dispone que el órgano de contratación goza de la facultad, mediante resolución motivada, de “excluir la procedencia de la revisión de precios” en el resto de contratos distintos a aquellos cuyo pago se concierte mediante arrendamiento financiero o arrendamiento con opción de compra, o bien se trate de contratos menores. Pues bien, la Resolución mencionada decide excluir la revisión de precios en los nuevos contratos de obras y servicios que celebre la Secretaría de Estado, sin perjuicio de facultar la posibilidad de su inclusión en los casos en que se justifique que no concurren los motivos que explican la no aplicación de la revisión. Esos motivos, según la propia Resolución, son: 1º) La crisis económicos y la reducción (de más del 55,26%) del presupuesto de inversión en infraestructuras de carreteras estatales; 2º) El escaso margen presupuestario para obras de conservación y mantenimiento que deja el hecho de que esa disminución de inversiones tenga lugar cuando se están ejecutando, en un estado ya avanzado, un alto número de obras cuya suspensión implicaría un coste muy elevado; 3º) La necesidad de contar con un “nivel de certidumbre en cuanto al coste” de las obras, considerándose que no es posible si el precio queda sujeto a desviaciones derivadas de la revisión de precios; 4º) El presupuesto de licitación en los contratos de obra deja un margen lo suficientemente amplio a los licitadores, como para que los operadores económicos puedan realizar ofertas económicamente viables, algo que se confirma a la vista de la media de las bajas en los últimos años (el 25%), así como el precio final de los contratos, incluidas las desviaciones surgidas durante su ejecución, llegando, como regla general, al importe del presupuesto de licitación.

La eliminación de la revisión de precios ha dado lugar a la impugnación de la Resolución comentada por las empresas afectadas. El efecto de la aplicación de la desindexación puede tener consecuencias parecidas y apunta a la exigencia de una programación eficiente de las prestaciones y a la reducción de costes como mecanismos para ajustar las ofertas.

Finalmente, y por lo que se refiere al régimen transitorio de la futura Ley, se ha de señalar que la Disposición Transitoria segunda, relativa al “Régimen de revisión de los contratos del sector público”, dispone lo que sigue: “El régimen de revisión de precios

de los contratos del sector público cuyo expediente se haya iniciado antes de la entrada en vigor del real decreto citado en el artículo 4.3 será el que esté establecido en los pliegos o en el contrato. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimiento negociado sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”.

2. Tipos de revisión de precios.

1º) La parte dispositiva del proyecto aclara que la regla general será la prohibición de las revisiones periódicas referidas a índices de precios generales. Aquí, del mismo modo que se dijo para la D.Ad. 88ª de la LPGE para 2014, la distinción entre índices generales y específicos no es clara.

En algunos casos, no obstante, se reconoce que los valores monetarios de ciertas relaciones económicas y jurídicas necesitan ser modificados de forma recurrente en atención a la evolución de los costes de actividad, ya que puede ser excesivamente gravoso resolver esas modificaciones periódicas una por una. Para estos casos se permite aprobar un régimen de revisión periódica, siempre y cuando la evolución de los costes lo requiera, siendo éstos evaluados conforme al principio de eficiencia y buena gestión empresarial, y no considerándose para ello, en ningún caso, los costes asociados a la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial (es decir, en términos similares al vigente art. 91.3). La novedad se encuentra en que los “índices específicos de precios” aplicables deberán tener “la mayor desagregación posible a efectos de reflejar de la forma más adecuada la evolución de los costes, evaluados conforme al principio de eficiencia económica y buena gestión empresarial”.

Este régimen de revisión periódica deberá concretarse en un Real Decreto que determinará tanto los supuestos en los que pueden realizarse revisiones periódicas; los precios e índices de precios específicos, fórmulas, metodologías o directrices aplicables; los criterios para la interpretación de los principios de eficiencia y buena gestión empresarial en cada uno de los supuestos susceptibles de revisión que, en todo caso, deberán ser objetivos, transparentes y no discriminatorios; podrán introducirse mecanismos regulatorios que incentiven el comportamiento eficiente; también podrán establecerse los procedimientos para tramitar la revisión periódica.

No es preciso decir que en tanto en cuanto no se apruebe el referido Real Decreto, buena parte del régimen jurídico de la revisión de precios quedará indeterminado, introduciéndose un elemento de incertidumbre en las licitaciones que se puedan convocar. Esto generará también desincentivos evidentes para los eventuales licitadores que podrán implicar que las nuevas licitaciones queden desiertas.

2º) En segundo lugar, se regula el régimen de la revisión extraordinaria. El régimen aplicable a las modificaciones extraordinarias o puntuales que corresponda realizar,

tiene un procedimiento parecido, en líneas generales, al de la revisión ordinaria. De nuevo, esta revisión no podrá realizarse en función de índices de precios o fórmulas que los contengan. Las revisiones extraordinarias, sólo “excepcionalmente”, y si ello estuviera motivado por la evolución de los costes, podrán realizarse en función de los precios e índices específicos de precios que mejor reflejen dicha evolución de los costes evaluados conforme al principio de eficiencia económica y buena gestión empresarial.

Las revisiones no periódicas deberán ser justificadas en una memoria económica específica para tal fin y motivar el cumplimiento de tales condiciones. Estas revisiones no incluirán los costes de mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial, salvo que expresamente se autorice en el Real Decreto a que nos referimos anteriormente. El mismo Real Decreto podrá establecer, para los contratos que no puedan acogerse al sistema de revisión periódica de precios, que puedan hacerlo a un sistema de revisión no periódica, cuando se acredite que la evolución de los costes durante la ejecución del contrato suponga una desviación respecto de los mismos en el momento de adjudicación que exceda los umbrales que establezca el propio Real Decreto. Asimismo, establecerá los límites y condiciones para la aplicación de dicha revisión no periódica.

3. Otras novedades (y ratificaciones)

Aun dentro de los casos establecidos en el multicitado y futuro Real Decreto, la revisión no tiene por qué ser preceptiva. No se prevé la posibilidad de acuerdo como sucede ahora (art. 89.1 del TRLCSP), aunque tampoco se excluye. Cabe su justificación en el expediente y su previsión por el órgano de contratación como un derecho del contratista, fijándose la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones. Todo ello, claro está, siempre y cuando esté permitido por el omnímodo Real Decreto.

El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en su caso, la fórmula o sistema de revisión aplicable. Esa fórmula o sistema será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto de la de adjudicación del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses, si la adjudicación se produce con posterioridad (en términos similares al art. 91.3). El carácter invariable de la fórmula o sistema de revisión se confirma, pues se excluye la excepción del art. 91.2 del TRLCSP que permite la introducción de factores correctores para su consideración en la revisión del precio debido a la existencia de desviaciones al alza impredecibles de los costes de la mano de obra o de los costes financieros. Recordemos que se considera que concurren esas circunstancias cuando la evolución del deflactor del Producto Interior Bruto oficialmente determinado por el Instituto Nacional de Estadística supere en 5 puntos porcentuales las previsiones macroeconómicas oficiales efectivas en el momento de la adjudicación o el tipo de interés de las letras del Tesoro supere en cinco puntos porcentuales al último disponible en el momento de la adjudicación del contrato. Este

deflactor, que resulta ser el cociente entre el PIB nominal y el PIB real, es el índice más apropiado para medir la evolución de los precios de una Economía ya que mide las variaciones de todos los bienes y servicios producidos en la economía en el periodo de referencia, a diferencia de otros indicadores como el IPC, que sólo incluye una cesta representativa de los bienes y servicios consumidos por los hogares.

Una novedad importante es que, cuando proceda la revisión de precios en los contratos del sector público, ésta tendrá lugar cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia, el primer 20 por 100 ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión. El cambio relevante es, por tanto, que ahora deben haber transcurrido dos años desde la formalización para que pueda llevarse a cabo la revisión, y ello, con independencia del tipo de contrato, pues también ese límite es aplicable a los contratos de gestión de servicios públicos (no así el relativo a la ejecución parcial de la prestación)⁷.

Una última cuestión es que los índices reflejarán, al alza o a la baja, las variaciones reales de los precios de la energía y materiales básicos observadas en el mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o particularizarse por zonas geográficas. Esto, no obstante, no es ninguna novedad, pues ya está previsto en el art. 91.4 del TRLCSP que con la futura Ley será derogado.

III. Conclusiones

La desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público en materia de revisión de precios, más allá de una compleja labor exegética, exige un análisis final acerca de las consecuencias sistemáticas que la introducción de este principio implanta en el Derecho Administrativo. Desde esta perspectiva, a lo largo de la presente comunicación hemos intentado mostrar hasta qué punto un principio estrictamente económico incide de forma determinante en un mecanismo tradicional de nuestro Derecho de contratos como es la revisión de precios. Dejando a un lado la nefasta técnica legislativa, tanto la D.Ad. 88ª de la LPGE para 2014, como el Proyecto de Ley de Desindexación de la Economía Española, reflejan un proceso de “colonización” del Derecho Administrativo por fuentes extrajurídicas.

Aunque por el momento sólo la D.Ad. 88ª de la LPGE es la única norma en vigor, es evidente que tanto en esta disposición, como en el Proyecto de Ley, el Derecho Administrativo se sustenta sobre parámetros fundamentalmente económicos orientados a la eficiencia de la actuación administrativa que, aunque puede decirse que otorgan una importante discrecionalidad a la Administración, con mayor precisión cabría afirmar que dejan prácticamente huérfano al aplicador del Derecho. Esa discrecionalidad

⁷ El informe de la CNMC valora positivamente el aumento de uno a dos años del periodo a partir del cual se podría realizar una revisión de precios, pues con ello en los contratos plurianuales los márgenes empresariales no quedarán asociados de forma determinante a la revisión de precios, sino que dependerán de la eficiencia de los operadores económicos.

ciertamente es considerable, pues la programación normativa de la Administración es de una baja densidad y una importante indeterminación conceptual, cuando no incorpora remisiones normativas que dejan inconcluso el régimen jurídico en aspectos esenciales (el famoso Real Decreto del Proyecto de Ley). En definitiva, la disposición comentada y el Proyecto de Ley confieren una considerable capacidad valorativa para determinar cómo se articula la revisión de precios de un contrato. Esto parece evidente.

Ahora bien, asumir una programación normativa que, junto a la baja pormenorización de las formas de actuación administrativa, añade la introducción de conceptos definidos por otras ciencias y que, desde luego, no tienen, al menos creo que no la tienen en las disposiciones analizadas, una “traducción” jurídica clara, puede introducir elementos distorsionadores entre cómo se pretende programar la actuación administrativa y cuáles son los objetivos legales a cumplir. En otras palabras, los cambios normativos desde luego no siempre exigen un desarrollo detallado en términos cuantitativos (los cualitativos se deberían presumir), pero cuando el cambio implica una verdadera transformación, la responsabilidad en la aplicación de la norma reclama un legislador “benevolente” con las Administraciones destinatarias. En la relación legislador-Administración, la discrecionalidad tiene como límite, entre otros, la seguridad jurídica y, por tanto, la definición (certidumbre) del abanico de soluciones jurídicas que pueden ser aplicadas. Esto parece un obvio mínimo exigible al legislador. La introducción de conceptos extrajurídicos añade, además, un plus a esa ausencia de certidumbre que bien merece una definición legal que realmente contribuya a una aplicación eficaz de la Ley. En caso contrario, como creo que es el caso que hemos tratado en esta comunicación, al aplicador de la norma no es que se le otorgue una considerable discrecionalidad, es que se le introduce en un ámbito en el que es normal que se encuentre perdido. Muestra de ello son las decenas de pliegos que ya han sido aprobados incorporando la referencia a la desindexación en materia de revisión de precios. Sin perjuicio de que es cierto que la técnica que utilizan los pliegos deja mucho que desear en bastantes casos, en el aspecto que analizamos el resultado no se sabe si se debe a esa misma causa o a la ausencia de parámetros jurídicos suficientes que delimiten los términos de actuación. En los pliegos consultados lo habitual es remitirse o copiar la D.Ad. 88ª de la LPEG o, directamente, prohibir la revisión de precios. Este resultado era esperable, no sólo porque, como hemos intentado exponer, una consecuencia inmediata de la desindexación es la restricción aplicativa de la revisión de precios, sino también porque, aun cuando pudiera ser planteada la revisión en los nuevos términos legales, resulta muy difícil y arriesgado pronunciarse con éxito sobre qué fórmulas o criterios de referencia podrían ser aplicados. La Administración, por tanto, ante el temor a equivocarse, parece que prefiere evitar el problema con fórmulas “evasivas”. Es comprensible.

LA FUERZA VINCULANTE DE DOCUMENTOS PRECONTRACTUALES EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA EN COLOMBIA. EL CASO DE LA RESPUESTA A LA SOLICITUD DE ACLARACIONES AL PLIEGO DE CONDICIONES¹

JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ²

Profesor y Abogado

Universidad Externado de Colombia

I. Introducción

La contratación pública electrónica modifica algunas concepciones que se tenían en materia de responsabilidad precontractual al permitir que muchas personas puedan acceder a documentos precontractuales. Solo con el hecho de tener un computador puede revisarse en cualquier horario los documentos que regulan una contratación.

Por ejemplo, con anterioridad los avisos de convocatoria al procedimiento de selección se publicaban en diarios de “amplia circulación” que podían verse solamente el día en que el diario estaba en circulación³. A su vez cuando los interesados en el procedimiento de selección presentaban comentarios u observaciones al pliego de condiciones, las respuestas se concedían mediante un oficio enviado al que formulaba la pregunta y a otros pocos interesados que hubiesen retirado el pliego de condiciones, es decir, quienes hubiesen presentado observaciones al proyecto de pliego de condiciones o asistido a la audiencia de reparto de riesgos⁴.

1 Durante el tiempo de edición del presente artículo fue publicado el Decreto 1082 de 26 de mayo de 2015, que compila las normas sobre contratación pública en Colombia. Teniendo en cuenta que este Decreto no modifica el sentido de los artículos citados en el texto se mantendrán las referencias a las normas originales.

2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad de Barcelona. Profesor de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: juan.covilla@uexternado.edu.co.

3 Así lo señalaba el artículo 30.3 de la Ley 80 de 1993, modificado por el art. 224 del Decreto 19 de 2012, Estatuto Antitramite.

4 Se encontraba en el art. 30.4 de la Ley 80 de 1993, modificado por el art. 220 del Decreto 19 de 2012, Estatuto Antitramite. El concepto de “retirar el pliego de condiciones” se encontraba en el par. 2 del art. 7 del Decreto 2474 de 2008 que fue derogado y señalaba lo siguiente: “Parágrafo 2°. Para efecto de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, se entend-

Ahora la obligación de publicarlos en un portal web permite que sea de público conocimiento y fácil acceso para todos los interesados. Aún cuando antes los documentos eran públicos y cualquier ciudadano podía acceder a revisarlos acudiendo a la entidad, la forma como ahora éstos se hacen públicos, es decir, mediante su divulgación en una página web, hace que sea de fácil acceso desde cualquier lugar del mundo⁵.

En esa medida, teniendo en cuenta que la información proferida por la administración pública contratante representa una manifestación de su voluntad que puede ser conocida por todos los interesados en la selección y a su vez eventualmente puede modificar algún aparte del pliego de condiciones, se entendería que la información publicada en la web se convierte en una regla que tiene la fuerza vinculante suficiente dentro de la selección del contratista y la ejecución del contrato.

Los documentos precontractuales tienen fuerza vinculante en el procedimiento de selección dependiendo de su naturaleza, pero definitivamente la forma como ahora se adelanta su publicidad mediante mecanismos electrónicos lleva a que se reconsidere su papel dentro de la escogencia del contratista. El caso particular que se analizará es el del carácter vinculante de las respuestas dadas por la administración pública contratante a la solicitud de aclaraciones sobre el contenido del pliego de condiciones que realizan los interesados en el procedimiento de selección.

II. Algunas referencias sobre la contratación pública electrónica en Colombia

En Colombia el Estatuto General de la Contratación de la Administración pública, Ley 80 de 1.993, contiene la regulación principal y general en materia de contratación pública, pero no fue hasta 2007 cuando se expidió la reforma al mencionado Estatuto mediante la Ley 1.150⁶ donde establecieron medidas a favor de la contratación pública electrónica⁷. A este régimen normativo se ha incorporado también el Decreto Ley 19 de 2012⁸, de 10 de enero, denominado Estatuto Antitrámite.

erá que han retirado el respectivo pliego de condiciones del proceso licitatorio, quienes hayan presentado observaciones al proyecto de pliego de condiciones o hayan asistido a la audiencia de reparto de riesgo a que se refiere el artículo 4° de la Ley 1.150 de 2007, cuando esta se realice con anterioridad a la apertura del proceso". Este concepto tenía sentido cuando el pliego de condiciones tenía un precio, antes de la expedición de la Ley 1.150 de 2007, por lo que quienes conocer las reglas de la selección debían "retirar el pliego" pagando el precio establecido por la administración pública contratante.

- 5 "Un escenario de transformación de la contratación pública es el derivado de la implantación de procedimientos telemáticos que nos han de conducir hacia la denominada e-administración y e-Administración. Y es que la denominada sociedad de la información se está incorporando paulatinamente a la actuación de las Administraciones públicas hablándose ya de una Administración electrónica, en las que las TICs se presentan como una eficaz herramienta para el efectivo cumplimiento de los fines públicos"; GIMENO FELIU, J.M., "La contratación pública electrónica y el mundo local", en A. Cerillo i Martínez (coord.) *Informe sobre la administración local*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, 2008, p. 253.
- 6 "Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos".
- 7 Artículo 3 de la Ley 1.150 de 2007 "De la contratación pública electrónica. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual, podrán tener lugar por medios electrónicos. Para el trámite, notificación y publicación de tales actos, podrán utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Los mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades cumplirán con las obligaciones de publicidad del proceso contractual serán señalados por el Gobierno Nacional".
- 8 "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes

Los decretos por medio de los cuales el Gobierno Nacional ha reglamentado el procedimiento contractual han establecido un alto contenido de regulaciones en materia electrónica, tanto que en la actualidad es una obligación de la administración pública contratante la publicación de todos los documentos contractuales, tal como lo señala el vigente Decreto 1.510 de 2013 de 17 de julio, “Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública”⁹.

Ahora se puede acudir a un portal web que funciona como central de compras¹⁰ manejado por el Gobierno Nacional a través de la Agencia Nacional de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente” donde se publican los procedimientos de selección adelantados por las administraciones públicas y se puede revisar no sólo por los interesados sino por terceros ajenos a la selección. En ellos se puede consultar desde el primer documento de planeación hasta el contrato celebrado y otros cuantos elementos trascendentales de la etapa contractual.

Con esto se observa el avance de la contratación pública electrónica en Colombia, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado: “La incorporación de la página web al servicio de la publicidad de las licitaciones amplió el espectro de conocimiento de las invitaciones a contratar, porque en lugar de divulgarse en el limitado espacio geográfico que tienen la mayoría de las entidades – municipios, departamentos, distritos y demás entidades descentralizadas por servicios adscritas o vinculadas a estos –, pasó a difundirse a través de un sistema de cobertura nacional e internacional, visible en cualquier computador, a cualquier hora del día, cualquier día de la semana, instalado en cualquier sitio donde se ubique el interesado en la consulta”¹¹.

III. Publicidad electrónica y la fuerza vinculante de los documentos precontractuales en una licitación pública

Según el art. 2 de la Ley 1.150 de 2007, la administración pública por regla general debe contratar mediante la modalidad de selección denominada Licitación Pública. La estructura de su procedimiento ya venía definido en el art. 30 de la Ley 80 de 1993,

en la Administración Pública”.

9 Artículo 19 del Decreto 1.510 de 2013: “Publicidad en el Secop. La Entidad Estatal está obligada a publicar en el Secop los Documentos del Proceso y los actos administrativos del Proceso de Contratación, dentro de los tres (3) días siguientes a su expedición. La oferta que debe ser publicada es la del adjudicatario del Proceso de Contratación. Los documentos de las operaciones que se realicen en bolsa de productos no tienen que ser publicados en el Secop.

La Entidad Estatal está obligada a publicar oportunamente el aviso de convocatoria o la invitación en los Procesos de Contratación de mínima cuantía y el proyecto de pliegos de condiciones en el Secop para que los interesados en el Proceso de Contratación puedan presentar observaciones o solicitar aclaraciones en el término previsto para el efecto en el artículo 23 del presente decreto”. Además de esta norma, la recientemente aprobada Ley 1.712 de 2014, “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”, en su art. 7 señala obligación de poner a disposición toda la información en la web que corresponda y en especial para la contratación lo señalan los arts. 9 e) y 10.

10 SECOP – Sistema Electrónico de Contratación Pública.

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de agosto de 2014, expediente: 26.332.

pero ha tenido algunas modificaciones por parte de la Ley 1.150 de 2007 y el Decreto Ley 19 de 2012 y su desarrollo en el Decreto 1.510 de 2013.

La administración pública contratante debe publicar el pliego de condiciones definitivo, que es el acto administrativo medular del procedimiento de selección y de la contratación¹², donde se contienen las reglas que deben seguir los interesados y el contratista de la administración pública. En esa medida, solo vincularía el pliego de condiciones y una modificación formal que se haga de éste.

Además de este documento medular, existen otros dos documentos que comparemos a continuación: el aviso de convocatoria pública para el procedimiento de selección y la respuesta a la solicitud de aclaraciones al pliego de condiciones. Con esta comparación observaremos la fuerza vinculante de los documentos precontractuales por su naturaleza y su grado de avance en el procedimiento de selección al momento de su expedición, pero además como la publicidad electrónica ha influido sobre esa naturaleza y sobre esa fuerza vinculante.

1. El aviso de convocatoria pública del procedimiento de selección

El aviso de la convocatoria pública se publicaba antes en un diario de amplia circulación y en la actualidad se publica en la página web de la contratación, lo que lo incluye en uno de aquellos que ha sufrido modificaciones con ocasión de la contratación pública electrónica. El momento en que se debe publicar es antes de la expedición del pliego de condiciones definitivo para invitar a los oferentes que conozcan el proceso a iniciar. Este documento debe contener entre otros el objeto, plazo y valor del contrato.

Este documento precontractual, por encontrarse en un grado menor de avance del procedimiento de selección (antes de la expedición del pliego de condiciones), parece no tener la fuerza vinculante suficiente como para trascender en la relación entre la administración pública contratante y el interesado. De acuerdo con el art. 30.3 de la Ley 80 de 1993 modificado por el art. 224 del Decreto Ley 19 de 2012, la naturaleza de dicho documento es meramente informativo de la futura selección a adelantar.

Si bien se trata de un documento que resulta relevante para la selección por cuanto en él se hace un llamado a los interesados, no puede olvidarse que su finalidad es sólo esa, por lo que sustentar una incongruencia entre el pliego de condiciones y dicho documento para favorecer una interpretación contraria al pliego de condiciones resulta ciertamente débil.

12 “En tanto el pliego de condiciones constituye un acto de carácter general, fruto de la voluntad de la administración con efectos vinculantes, en orden a la realización de los principios constitucionales y legales en la materia que orientan la función administrativa, tanto que esta Corporación, de tiempo atrás, ha sostenido que, una vez publicada, la invitación a contratar no puede modificarse o alterarse y menos aún después del cierre de la licitación o de la presentación de las ofertas, so pena de nulidad”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de abril de 2012, expediente: 21.571. Dicha regla ha sido utilizada en reiteradas ocasiones, por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de marzo de 1992, expediente: 6.353.

2. La respuesta a la solicitud de aclaraciones sobre el pliego de condiciones

Con posterioridad a la expedición del pliego de condiciones los interesados pueden realizar preguntas a la administración pública para conocer el sentido o solicitar la modificación de una regla del pliego de condiciones.

Las respuestas a la solicitud de aclaraciones sobre el pliego de condiciones pueden contener una fuerza vinculante frente al procedimiento selección del contratista, ya que la naturaleza de este documento precontractual es dilucidar o precisar apartes del pliego de condiciones. En esa medida, el interesado en la selección deposita su confianza en la respuesta que pueda dar la administración pública contratante y espera que la posición no vaya a variar durante el procedimiento de selección o la ejecución del contrato.

Son varias las opciones que pueden surgir de las respuestas a la solicitud de aclaraciones sobre el contenido del pliego de condiciones, por ejemplo que dichas respuestas sean incorrectas, o que solo aclaren una regla oscura del pliego de condiciones, entre otras opciones.

Sobre los distintos casos que pueden surgir profundizaremos en aquél en que la administración pública emite una respuesta donde no sólo aclara, sino que contiene una regla que modifica o complementa el contenido del pliego de condiciones. El debate en este caso surge debido a que en el procedimiento establecido en la Ley 80 de 1993 (antes de que se instauraran medidas de contratación pública electrónica) se indicaba que cuando la administración pública contratante pretendiera modificar el pliego de condiciones debía expedir un “adendo”, el cual era entendido por las administraciones públicas como un acto administrativo en documento aparte a la aclaración realizada por la entidad pública mediante el cual se precisaba particularmente la regla eliminada, modificada o adicionada.

En esa medida, el interesado se encontraba ante la duda de ajustarse a) al contenido de la respuesta otorgada por la administración pública a la solicitud de aclaración presentada, documento precontractual que expresa la voluntad de la administración pública; b) o al contenido del pliego de condiciones, documento medular llamado también ley del procedimiento de selección y ley del contrato, pero que no habría sufrido modificación alguna pues la administración pública por descuido no emitió el “adendo” correspondiente.

A) Argumentos a favor de la fuerza vinculante de la respuesta emitida por la administración pública

Si la administración pública contratante, con posterioridad a emitir el documento que contenía la respuesta a la solicitud de aclaración que modificaba el pliego de condiciones no se ajustaba a ella, el interesado intentaría hacer valer dicha modificación señalando que la respuesta era una clara manifestación de la voluntad de la administración pública que era significativa en el procedimiento de selección, lo que podría equipararse a una tratativa en la etapa precontractual de derecho privado. Sin embargo, un

argumento que no podía plantearse era que fuera de público conocimiento, puesto que solo podría conocerlo el interesado a quien le respondían y los que “retiraran el pliego de condiciones”, en esa medida quien presentara una oferta sin haber retirado el pliego de condiciones podría no haber conocido esa información.

B) Argumentos a favor del contenido del pliego de condiciones y la expedición del “adendo”

Hemos dicho con anterioridad que el pliego de condiciones es el documento medular del procedimiento de selección y de la ejecución del contrato en la contratación pública colombiana. Así lo ha dicho la jurisprudencia y lo ha resaltado aún más con apoyo en el contenido de los arts. 30.2 y 24.5 de la Ley 80 de 1993, además de la exigencia del art. 30.6 de la Ley 80 de 1993 donde se indica que “Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones (...)”.

En esa medida, en la práctica se notaba como la administración pública había sido más cuidadosa con la modificación del pliego de condiciones, siendo el elemento medular de la contratación, por lo que expide actos administrativos en documentos específicos llamados “adendos” (ya que la ley indica que por “adendos” se modifica el pliego de condiciones). Así también lo había reconocido la jurisprudencia. El documento denominado “adendo” debía publicarse igual que el pliego de condiciones lo que permitía argumentar siempre que en este caso se trataba del único método por el cual podría modificarse el pliego de condiciones.

C) La injerencia de la publicidad electrónica sobre el conocimiento de las respuesta a la solicitud de aclaraciones al pliego de condiciones

El Consejo de Estado profirió el fallo de 16 de septiembre de 2013¹³ trascendental en la materia que venimos desarrollando donde la pregunta realizada por el interesado y que a la postre sería contratista previo al cierre para presentar ofertas y la respuesta concedida en su momento dieron lugar a desatar el conflicto contencioso administrativo planteado ante la jurisdicción. Si bien debe ponerse de presente que se trataba de un asunto relativo al equilibrio económico del contrato, en la sentencia el máximo tribunal de lo contencioso administrativo aclaró el sentido del pliego de condiciones al indicar la forma como se realizaría el pago del contrato.

Lo relevante para nuestro estudio es que mediante dicho documento se aclaró y a su vez se complementó el sentido de una regla del pliego de condiciones (la forma de pago) sin que con posterioridad se expidiera un documento denominado “adendo”. En el fallo se resuelve indicando que una modificación al pliego de condiciones no requiere expresamente un documento que contenga el rótulo de “adendo al pliego de condiciones”, sino que cualquier modificación expedida por la entidad en cualquier documento será tomada como tal incluida la respuesta dada a la solicitud de aclaración.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, expediente: 30.571.

ción al pliego de condiciones¹⁴. Es importante el argumento que utiliza en este caso el Consejo de Estado al señalar que la respuesta había sido de público conocimiento para todos los interesados y aprovecha para apuntar la importancia que tienen los mecanismos electrónicos como el portal web hoy en día para cumplir tal fin.

Cuando se da la oportunidad de conocer a todos los interesados la modificación de una regla del pliego de condiciones, la consecuencia es que ella tenga la capacidad y trascendencia suficiente para entender cambiada las condiciones del negocio y, en consecuencia, a esas nuevas condiciones deberán atenerse tanto los interesados como la administración pública¹⁵.

D) No sólo la publicidad electrónica es suficiente para considerar modificado el pliego de condiciones

Aún cuando es de peso el argumento de la fuerza vinculante de la manifestación de la voluntad mediante la respuesta de la administración pública y su público conocimiento, no podemos olvidar el límite material y temporal¹⁶ fijado para los “adendos”,

14 “En ese orden de ideas, sea que se llame adendo, oficio, resolución, acto administrativo, circular, comunicación, dejando de lado el formalismo de la denominación, cuya solemnidad, como se anotó, no está definida por el ordenamiento, si de su contenido esencial se extrae con precisión y claridad la finalidad de variar o complementar alguna previsión del pliego de condiciones o de los términos de referencia y a ello se suma que se trata de un documento institucional que emana de la entidad pública directora del procedimiento precontractual y que es dado a conocer a todos los interesados, entonces no queda más que concluir que su fuerza obligatoria se irradia a todas las partes del proceso precontractual quienes deberán acatarlo con el mismo vigor que se observa respecto de las previsiones del pliego de condiciones.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de septiembre de 2013, expediente: 30.571.

15 “Se piensa que ciertas declaraciones del individuo, concernientes a intereses tutelados por el derecho, que adquieren una general exteriorización, o que se dirigen a un concreto destinatario, como ocurre, respectivamente con la promesa pública y la oferta de contrato, no pueden quedar relegadas al puro arbitrio; tales declaraciones, constitutivas de promesas de un obrar determinado, aparecen dotadas de una trascendencia social a impulsos de la actuación del emitente que, por propia, iniciativa, suscita el interés y la confianza de los demás” BOQUERA OLIVER, J.M., *La selección de contratistas procedimiento de selección y contrato*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 51 y 52.

16 La jurisprudencia ha hablado de un límite material y temporal para éstos. Material al indicar que es imposible modificar la esencia de la contratación (como cambiar por “adendo” el objeto del contrato de una obra pública a una compraventa) y temporal al indicar que es imposible emitirlos faltando 3 días para el cierre del término para presentar ofertas, así lo señalan los arts. 25 del Decreto 1.510 de 2013 y 89 de la Ley 1.474 de 2011. “En ese sentido se tiene que en atención a los primeros, esto es los límites materiales, resulta evidente que las entidades contratantes no podrán alterar aspectos sustanciales o esenciales del pliego de condiciones (como por ejemplo: el objeto, los criterios de selección, la ponderación de los criterios de escogencia, entre otros).

Por razón de los segundos, es decir los límites temporales, es claro que tales cambios únicamente podrán hacerse con anterioridad al cierre de la licitación, pero sin tomar ese momento de manera absoluta sino como un referente que sin poder ser rebasado, servirá para que en cada caso, de conformidad con el contenido, el alcance, la extensión o la complejidad de la modificación respectiva, la misma deba adoptarse con una prudente antelación al momento del cierre, necesaria y suficiente para que los interesados puedan conocerla y asimilarla e incluso, si fuere el caso, para que puedan cumplir con las nuevas exigencias o condiciones, sin que las modificaciones que se adopten en relación con el pliego de condiciones puedan servir de pretexto para sorprender a los interesados y excluirlos del procedimiento, imposibilitándoles su participación, por la introducción de cambios a las reglas de juego ya en el momento mismo del vencimiento del plazo de la licitación pero sin que puedan reaccionar y disponer del tiempo necesario para adecuar sus ofertas a tales modificaciones. Naturalmente en sede administrativa, en cada caso concreto corresponderá al jefe de la entidad contratante, o a su delegado, valorar la anticipación prudencial que, respecto del cierre de la licitación, demande la adopción del cambio correspondiente al pliego de condiciones y al ejercer el control jurisdiccional, será el juez de lo contencioso administrativo quien deberá ponderar, también según las características de cada caso particular, si las modificaciones correspondientes fueron adoptadas con antelación razonable en función del momento del cierre de la licitación” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero

además de la precisión que debe ofrecerse a quien se entera de la modificación, donde se señale la voluntad inequívoca de la administración pública de modificar su pliego de condiciones.

En un fallo posterior¹⁷ a principios de 2014, quizá advirtiendo tal situación, matizó el sentido de aquel fallo e indicó que no necesariamente todas las respuestas modifican el pliego de condiciones, pues algunas simplemente aclaran el sentido de una disposición y señala además que sólo modificarán el pliego de condiciones aquellas en que expresamente se indique y contenga una regla clara de público conocimiento, tal como se exige de la respuesta a la solicitud de aclaraciones y que se realiza en la actualidad con los mecanismos de publicación electrónica como el portal web.

Entonces el Consejo de Estado liberó del formalismo¹⁸ a los interesados en la contratación al señalar que no era necesario un documento que se rotulara como “adendo” para entender que se modificaba el pliego de condiciones, pero mantuvo la exigencia de que estuviera clara la voluntad de la administración pública contratante de modificar una regla y que esta fuera de público conocimiento como cuando se expide en el portal web.

Esto resuelve situaciones como las que sucedían en algunas administraciones públicas que en audiencias de aclaraciones o en documentos de respuestas indicaban que modificarían en algún sentido el pliego de condiciones y finalmente no expedían el documento denominado “adendo”¹⁹.

En nuestra opinión, para que se dé una verdadera modificación del pliego de condiciones, aunque estén contenidas en un documento de respuesta a una solicitud de observaciones y éstas sean publicadas en el portal web, las modificaciones deben ser explícitas e inequívocas y deben contener una regla del mismo talante que las del pliego de condiciones. Además de ello, por supuesto, para ajustarse con la regulación procedimental. En breves líneas explicamos la razón del contenido de estas modificaciones al pliego de condiciones²⁰:

de 2014, expediente: 30.250.

17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007, expediente: 16.305.

18 La tensión entre los formalismos y la escogencia del contratista parece hacer parte de la esencia de la selección del contratista. La administración pública no solo debe pretender escoger al mejor oferente a toda costa, sino que deberá seguir unas determinadas formalidades con el fin de dar a conocer a todos los interesados las reglas del juego. Un estudio sobre la materia refleja las reglas a seguir en el procedimiento de selección y en la ejecución del contrato Cfr. EXPÓSITO VÉLEZ, J.C., *Forma y contenido del contrato estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 32 y ss.

19 “Así las cosas, una regla clara y completa debidamente establecida en el Pliego de Condiciones, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, no puede llamarse a modificación tácita, ni por inferencia, de un requerimiento de información, ni puede invocarse ambigüedad para efectos de su interpretación, por el hecho de la solicitud de información adicional en torno a un tópico, cuando la Administración no ha expresado la decisión de modificar el respectivo requisito, toda vez que de la modificación del Pliego de Condiciones se debe exigir la misma claridad y comprensión que del texto inicial, además de la misma forma escrita y comunicación a todos los proponentes que se demanda de la regla inicialmente fijada en el Pliego de Condiciones, de acuerdo con los dictados del principio de transparencia y el deber de coherencia que se impone por virtud del artículo 24 citado.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 2014, expediente: 30.250.

20 Estas razones son fruto, en todo caso, de los formalismos que debe seguir la administración pública de acuerdo con las reglas establecidas por el legislador y la jurisprudencia: “Prueba también de ese espíritu es el hecho de que en esta fase de selección del contratista lo que se otorga a la Administración no son privilegios ni prerrogativas, sino formalidades

- Deben ser explícitas e inequívocas: el interesado tiene el derecho a conocer la regla específica que se pretende modificar y la intención de modificarla, solo así podrá depositar su confianza en esa nueva regla. Así, entonces, en la respuesta a la solicitud de aclaraciones deberá señalarse expresamente la variación o modificación de la regla.

- Deben contener una regla del mismo talante que las del pliego de condiciones: la administración pública debe proferir una nueva regla que cumpla con todos los requisitos que se han establecido para ellas en la ley de contratación, esto es, deben ser reglas objetivas, claras, justas y completas (tal como lo indica el literal a del art. 24.5 de la Ley 80 de 1.993).

- Deben ceñirse a la regulación procedimental: es decir, deben atenerse a los límites que se han establecido por la jurisprudencia y la ley. En esa medida, no deben modificar la esencia del contrato, esto es, cumplir con el límite material y deben expedirse antes de que falten tres días para el vencimiento del término para recepción de las ofertas, tal como se establece en el límite temporal para los adendos (25 del Decreto 1.510 de 2.013).

- Deben ser de público conocimiento: esta es la idea central que hemos expuesto desde el principio y se puede sintetizar en el hecho de que la regla tendrá la misma vocación de conocerse por los interesados como la tiene el mismo pliego de condiciones.

Lo cierto, es que la modificación del pliego de condiciones tiene que ajustarse a las reglas que estén contenidas en la ley sobre la materia. Si bien, no resulta necesario el rótulo de “adendo” en el documento que lo haga, la actuación de acuerdo a la buena fe²¹ exige que la administración pública siga un procedimiento específico para indicar la verdadera modificación del pliego de condiciones, tal como lo señala el art. 863 del Código de Comercio y el art. 83 de la Constitución Política.

Una actuación distinta, es decir, la publicación de una aclaración al pliego de condiciones como consecuencia de una pregunta realizada por un oferente el día anterior al cierre para presentar las ofertas (cuando el término máximo para modificar el pliego es de tres días antes del término para recibir ofertas) o con una expresión equívoca de modificación del pliego de condiciones, aún cuando sea de público conocimiento, conlleva necesariamente a la violación de una de las reglas procedimentales establecidas y así también de la buena fe contractual.

y limitaciones; en esta fase las garantías se ofrecen a los empresarios (igualdad de oportunidades, promoción de la competencia competitiva, transparencia en las actuaciones administrativas, secreto de las proposiciones, la motivación o la posibilidad de impugnación de actos administrativos, son muestras de lo que decimos)”, CARBONERO GALLARDO, J.M., *La adjudicación de los contratos públicos: procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*, El consultor – La ley, Madrid, 2010, p. 251.

21 NEME VILLARREAL, M.L., “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, n. 17, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

IV. Conclusión

La publicación electrónica de documentos contractuales no solo sirve como elemento para mejorar la transparencia y la publicidad en la contratación pública, sino que además ha llevado a que se maten algunos conceptos que se tenían en el procedimiento de selección.

En especial, en Colombia, la jurisprudencia ha llevado a señalar que algunas respuestas que la entidad otorgue respecto del contenido del pliego de condiciones se consideran manifestaciones de la voluntad y tienen la fuerza vinculante para modificar reglas del pliego de condiciones, siempre que tengan unas determinadas características: que sea explícita y clara la regla. Además de ello parece conveniente señalar que la intención de modificación del pliego de condiciones también debe ser inequívoca y la regla debe ser completa, justa y objetiva, como lo exige la ley para las reglas del pliego de condiciones y estar dentro del plazo fijado por la ley.

En todo caso, no todas las expresiones de la voluntad en la etapa precontractual dan lugar a la modificación del pliego de condiciones, por ejemplo alguna modificación en el aviso de convocatoria o una simple aclaración del sentido de una regla objetiva y clara del pliego.

BIBLIOGRAFÍA

- BOQUERA OLIVER, J.M., *La selección de contratistas procedimiento de selección y contrato*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- CARBONERO GALLARDO, J.M., *La adjudicación de los contratos públicos: procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*, El consultor - La Ley, Madrid, 2010.
- EXPÓSITO VÉLEZ, J.C., *Forma y contenido del contrato estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- GIMENO FELIU, J.M., “La contratación pública electrónica y el mundo local”, A. Cerrillo i Martínez (coord.), *Informe sobre la administración local*, Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, Barcelona, 2008.
- NEME VILLARREAL, M.L., “Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos”, *Revista de Derecho Privado*, n. 17, 2009.

EL CONTRATO DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL PRIVADO: EL BALANCE DE SU UTILIZACIÓN DESDE SU CREACIÓN HASTA NUESTROS DÍAS

MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI

Profesora de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

I. Consideraciones generales

Las restricciones presupuestarias que sufren las Administraciones públicas, la necesidad de cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria, sus problemas financieros, el aseguramiento de una eficiente aplicación de los recursos públicos y la creciente demanda de infraestructuras por parte de los ciudadanos ha ocasionado la utilización de fórmulas novedosas por parte de los Entes públicos, caracterizadas por una fuerte colaboración entre el Estado y los ciudadanos, con vistas al cumplimiento de objetivos de interés general que antes se gestionaban unilateralmente mediante decisiones imperativas irresistibles de los poderes públicos¹. Las Administraciones ya no tienen capacidad para financiar por sí solas las grandes infraestructuras públicas².

1 ARIÑO ORTIZ, G., "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007, p. 101, se refiere al desafío permanente que supone el contrato administrativo, pues requiere una continua reconstrucción jurídica, tanto legal como jurisprudencial. Sobre este cambio, este mismo autor, en su trabajo "La «nueva» empresa público-privada", *Cuenta y Razón*, n. 78-79, 1993, p. 50, refiriéndose a las empresas públicas, ya advertía del peligro que las nuevas fórmulas pueden acarrear, pues siempre hay detrás un balance político, que puede abrir campo a la arbitrariedad y a la irresponsabilidad de los gestores. MEILÁN GIL, J.L., "Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 8, 2004, p. 518, llama la atención sobre el necesario hecho de repensar los contratos de la Administración pública a la luz de los postulados y exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, donde los derechos fundamentales de la persona ocupan un lugar central y vinculan a todos los poderes públicos. Asimismo, resalta que no es la posición de la Administración lo que debe producir modulaciones, sino el interés público, en función del cual – y sólo desde él – se justifican potestades y competencias. La eficacia en servir los intereses generales debe explicar que se ponga especial énfasis en una concepción económica de la concurrencia, típica del Derecho comunitario, más que en la mera igualdad jurídico-formal, como ha sido tradicional, que ha proporcionado insatisfacciones y corrupción.

2 Prueba de ello son, por ejemplo, las Sentencias (entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, n. 438/2013, de 21 de junio de 2013, – *JUR* 2013/898 –; n. 439/2013, de 21 de junio de 2013, – *JUR* 2013/244859 –; del que aplican la Ley 15/2010 y n. 667/2013, de 18 de octubre de 2013, – *RJCA* 2014/73 –), que aplican la Ley 15/2010, de

Uno de los principales cambios producidos en los últimos tiempos en materia de contratación es la contención de la expansión de la demanialidad en el ámbito de las obras públicas, para permitir operaciones de financiación privada de infraestructuras. La identificación de la obra pública y el dominio público es un obstáculo a la atracción del capital y de las inversiones. Como prueba la proliferación de fórmulas contractuales en el ámbito patrimonial público y en el de la contratación pública, es algo indiscutible que nos encontramos en el momento de auge de este tipo de fenómenos y mecanismos.

Desde la perspectiva de la contratación, estas fórmulas se materializan en contratos atípicos que han conocido un gran desarrollo en la práctica, aunque ha de reconocerse que en este ámbito la legislación ha caminado muy por detrás de la realidad, lo que ha tenido que ser mitigado con la utilización sesgada y parcial de cláusulas generales y tipos contractuales administrativos.

En este contexto, debe señalarse que los contratos administrativos son unas de las herramientas empleadas para tal fin. Por ello, respondiendo a estas necesidades se ha ido formando la legislación especial de contratos administrativos, que en España culminó en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)³, aplicable a los contratos que celebraran cualesquiera de los organismos, integrados en el sector público, relacionados en el art. 3 del texto legal, con clara influencia de la normativa comunitaria⁴, que en la materia que nos ocupa, se ha elaborado y reformado, en el marco de una gran operación de liberalización de la contratación pública, tan pronto como diversos informes externos destacaron la enorme relevancia económica de los mismos para el mercado común⁵.

5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Esta norma, al modificar el art. 200.4 de la LCSP, estableció la obligación para la Administración de abonar el precio dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato. Si se demora, debe abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de sesenta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro. En los tres casos se reconoce el pago procedente de la cantidad reclamada en concepto de facturas pendientes correspondientes a diversos servicios prestados.

3 MORENO MOLINA, J.A., "El nuevo Derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la Administración a la garantía de los principios generales", M. Arenilla Sáez (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos. Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010, p. 1529, «La LCSP ha incorporado por fin en el Derecho español de la contratación pública el cambio de perspectiva que desde hace años había impuesto en este sector el Derecho de la Unión Europea y que sin embargo la legislación nacional se resistía a asumir plenamente. Así se explica que la nueva Ley defina en su troncal artículo 1 su objeto y finalidad por referencia a los principios generales de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos».

4 PIÑAR MAÑAS, J.L., "El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de contratos públicos", R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 27-28, insiste en que el análisis correcto de la normativa sobre contratación pública sólo puede ser correctamente entendida desde el contexto del Derecho comunitario. La contratación pública, habida cuenta la importante trascendencia de la misma en el correcto funcionamiento de la economía se ha convertido en un objetivo básico de la Comunidad Europea de cara a la consecución de un mercado único.

5 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo III, La actividad administrativa*, Lustel, Madrid, 2011, p. 283, precisa: «(...) detectadas insuficientemente diversas corruptelas para favorecer a ciertos licitadores, el abuso de las excepciones a los procedimientos de contratación que se desarrollaban con arreglo a los principios de publicidad y concurrencia, o la aplicación de normativas técnicas nacionales que favorecían a los contratistas de cada país, se adoptaron, a partir de los años ochenta, las siguientes Directivas: Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo,

Aquí destaca por parte de los Entes públicos la utilización de fórmulas que se agrupan bajo la expresión de colaboración público-privada (en adelante CPP⁶).

Estas fórmulas de colaboración se apoyan en la externalización en terceros para la obtención de bienes y servicios por parte de las Administraciones públicas. Hacen referencia a una pluralidad de situaciones, unas que dan lugar a la formulación de relaciones contractuales, otras a vínculos de naturaleza institucional⁷.

Quiere decirse que la CPP puede desarrollarse en términos contractuales, es decir, mediante la celebración de un contrato, utilizando alguna de las variantes típicas contempladas en la legislación o varias de ellas acumuladas. Pero también existe la posibilidad de que la CPP se lleve a cabo mediante la creación de empresas con personalidad jurídica independiente de las partes, una de las cuales sea participada por la Adminis-

sobre contratos públicos de suministro; Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio, sobre contratos públicos de obra; Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministro y obras; Directiva 90/531/CEE, de 29 de octubre, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y telecomunicaciones; Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros; Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra; Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de los sectores del agua, la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, y Directiva 2001/78/CEE, de la Comisión, de 13 de septiembre, sobre utilización de formularios normalizados en la publicación de anuncios de contratos públicos».

- 6 CARLÓN RUIZ, M., "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 140, 2008, p. 655, llama la atención sobre la equívoca denominación del contrato ya que en rigor cualquier contrato en el que sea parte contratante una Administración pública es, por definición, una forma de colaboración público-privada: si la Administración decide contratar un bien, obra o servicio con un particular, está solicitando su colaboración en la consecución, directa o indirecta, de una finalidad pública. También HUERTA BARAJAS, J.A., "Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa", *Revista Práctica de Contratación Administrativa*, n. 78, 2008, p. 32, precisa: «La colaboración público-privada es un término abstracto que engloba muchas formas distintas de interrelación entre lo público y lo privado que abarca un amplio conjunto de relaciones entre la Administración y el sector privado, para la ejecución de proyectos, dotación de activos de infraestructuras y la prestación de servicios públicos». Por todo ello, BRIERA DALMAU, C., "Los contratos de colaboración entre los sectores público y privado en la Ley de Contratos del Sector Público: fórmulas de colaboración y régimen de distribución del riesgo en dichos contratos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 149, 2011, p. 123, explica que debe tenerse en cuenta que «a los efectos del ordenamiento jurídico español únicamente vamos a poder denominar con rigor técnico jurídico una relación contractual entre el sector público y el sector privado como contrato de colaboración público-privada cuando se ajuste a las determinaciones recogidas para este tipo de contratos por la LCSP. El resto de fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado (...) son y han sido tradicionalmente – fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado –, si bien es posible que no todas ellas, por su configuración jurídica, permitan conseguir los objetivos ni responder a las necesidades que identifica la Unión Europea al referirse a las fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado para la realización de determinados proyectos».
- 7 HERRANZ EMBID, P., "Régimen general de las obras públicas", J.V. González García (coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 252-253, indica que «constituye, sin duda, la idea fuerza más relevante en materia de provisión de infraestructuras, cuya materialización no está exenta de riesgos, tal y como ha señalado la propia Comisión Europea. La Comisión Europea ha indicado que las Administraciones públicas son un instrumento atractivo, en pleno auge en muchos sectores, pero cuyo éxito depende de la presencia de ciertos factores o condiciones: proyectos de dimensión reducida, proyectos cuya dimensión y riesgos son fáciles de calcular, autopistas, puentes o aeropuertos (...). Está claro que no se pueden presentar como una solución milagro para el sector público, agobiado por las presiones presupuestarias. Nuestra experiencia demuestra que una Administración pública mal preparada puede dar lugar a costes muy elevados para el sector público».

tracción y el empresario. En dicho caso, será la entidad creada *ad hoc* la encargada de la ejecución y gestión del proyecto⁸.

Dentro de la CPP de tipo puramente contractual se distinguen dos modalidades: la concesión y los denominados “otros tipos de organización o contratos públicos”, que se diferencian por los requisitos que tienen que cumplirse en uno y otro caso⁹.

Por lo demás, el beneficio o ventaja que representan estas modalidades contractuales se concentra en el plano presupuestario, pues la financiación privada de infraestructuras públicas reduce significativamente el gasto, contiene la presión fiscal directa y no repercute en el déficit público, todo lo cual permite el mejor ajuste de los objetivos adoptados por las Instituciones europeas, para la aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento¹⁰.

En todo caso, será el legislador quien deba trazar las relaciones jurídicas resultantes de esta tendencia privatizadora que, sin duda alguna, ha roto la relación directa entre los conceptos jurídicos de obra pública y dominio público. Los mecanismos que se están empleando en la actualidad han determinado que, en ocasiones, los bienes e infraestructuras resultantes de estas operaciones complejas de colaboración público-privada no sean demaniales (lo que permite emplear con comodidad formas de dominio dividido y de financiación hipotecaria), ya sea porque la Ley así lo determina expresamente (caso de la Ley de Puertos en relación con las concesiones), ya sea porque se diseñan regímenes jurídicos para la construcción de infraestructuras cuya consecuencia directa es esa.

Por todo lo anterior, es conveniente analizar la utilización real del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado¹¹, enmarcado dentro de los denominados “otros tipos de organización o contratos públicos”, que conforman uno de los dos subgrupos de la CPP contractual y que fue incorporado a la legislación española, con la LCSP. Ello con la finalidad de ser conscientes de la necesidad de reforma, ya que no logran cumplirse los objetivos por los cuales esta figura fue instaurada.

8 La colaboración público-privada contractual engloba, en palabras del Libro Verde, al contrato de concesión de obras públicas y al de colaboración entre el sector público y el sector privado. La institucional se ha basado, fundamentalmente, en la creación de entidades instrumentales para que éstas asumieran la ejecución de infraestructuras o la prestación de determinados servicios públicos.

9 Concretamente, las concesiones deben reunir dos características: existir, en primer lugar, un vínculo directo entre el socio privado, concesionario o contratista, y el usuario final. En segundo lugar, que la remuneración del contratista consista en cánones abonados por los usuarios del servicio que pueden completarse con subvenciones concedidas por los poderes públicos. En los otros contratos no hay un vínculo directo entre el contratista y el usuario, sino entre el contratista y la Administración. Además, la remuneración del contrato no se basa en cánones abonados por los usuarios, sino en pagos periódicos realizados por el socio público.

10 FERNÁNDEZ GARCÍA, Y., “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho Comunitario Europeo”, *Revista de Administración Pública*, n. 166, 2005, p. 284, explica como desde el inicio de los años setenta se comenzó a ver la necesidad de armonizar las disposiciones básicas de la contratación pública, de manera que se pudiera llegar a una auténtica europeización mediante la apertura de los económicamente más relevantes a una competencia efectiva en el ámbito de toda la comunidad. «Desde entonces se ha ido sucediendo un número considerable de normas – mediante la técnica de la “aproximación legislativa” – con el objeto de paliar las barreras a la contratación pública en la Comunidad y tratar de reducir la frecuente práctica y, en lo posible, invertir la tendencia de la “compra nacional” abriendo dichos sectores a la competencia intracomunitaria entre los distintos operadores».

11 CARLÓN RUIZ, M., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *op. cit.*, p. 655, llama la atención sobre la equívoca denominación del contrato ya que en rigor cualquier contrato en el que sea parte contratante una Administración pública es, por definición, una forma de colaboración público-privada: si la Administración decide contratar un bien, obra o servicio con un particular, está solicitando su colaboración en la consecución, directa o indirecta, de una finalidad pública.

II. Motivos para recurrir a la utilización de estos contratos

1. Ventajas

Para justificar el recurso a estos instrumentos novedosos, se proporcionan por parte de sus defensores, varias razones¹²:

1ª Llamamiento a una versión de la solidaridad intergeneracional, en el sentido de que con los contratos de CPP, que se suelen abonar a lo largo de toda la vida de la infraestructura, se permite que no sea una generación la que corra con el coste de construcción de la que se van a beneficiar generaciones futuras¹³.

2ª Supuesta superioridad técnica de los socios privados para afrontar el proceso de construcción de infraestructuras y proveer los servicios añadidos. El socio privado podría estar en muchas ocasiones más preparado que la Administración no sólo para construir, explotar o prestar determinados servicios, sino incluso para hacer consciente a la Administración de las necesidades mismas que puedan ser objeto de un sucesivo contrato.

3ª Razones de índole presupuestaria, como los problemas tradicionales de ausencia de dinero para afrontar todas las infraestructuras que hacen falta, así como control de costes y plazos de ejecución¹⁴.

4ª Optimización de los recursos del operador privado, pues en la contratación tradicional el operador privado solamente se responsabiliza de entregar un activo o de desarrollar una obra en un tiempo determinado. En cambio, la colaboración público-privada requiere que el operador privado también garantice que los activos proporcionen un nivel de servicio requerido por el sector público, que gestione la entrega del proyecto, que asegure el correcto funcionamiento y que mantenga y renueve los activos de modo efectivo, de tal modo que los servicios se presten sin interrupción y con niveles satisfactorios a largo plazo.

5ª Posibilidad de dejar fuera del balance de la Administración las operaciones objeto de estos contratos.

También la Comisión Europea ha fundamentado las ventajas de utilizar estas fórmulas de colaboración público-privada y de su impulso. Estas razones se resumen en tres

12 GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 26 y ss.

13 Se atiende así al hecho de que muchas de las obras públicas tienen un período de vida largo, que comprende varias generaciones. Por este motivo, se plantea si no sería más justo procurar la distribución del coste de su implantación y hacer contribuir a los beneficiarios de futuras generaciones al pago de su coste.

14 MORENO DE CASTRO, E., "Formas jurídicas de colaboración público-privada en el Derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración", *Oñati Socio-legal Series*, vol. 2, n. 4, 2012, p. 88, defiende que este sistema es ventajoso para el socio público, que puede seguir invirtiendo en bienes y servicios, y ofreciendo respuestas a las necesidades sociales, en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria. Se consigue una mejora de la eficacia y eficiencia de la inversión pública de la Administración. «En muchas ocasiones se ha acudido a la colaboración público-privada para llevar a cabo proyectos de inversiones que no hubieran sido posibles dentro de las disponibilidades presupuestarias».

factores¹⁵: el primero, económico, relativo a las restricciones presupuestarias; el segundo factor es la eficiencia-eficacia en el funcionamiento de la vida pública, a conseguir mediante el aprovechamiento de los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado, y el tercero gira en torno a la evolución del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.

2. Elementos claves a la hora de decidir la celebración de un contrato de CPP

La toma de decisiones previa a la celebración de un contrato de CPP es un proceso que implica el análisis de, al menos, cinco elementos clave¹⁶; elementos que constituyen la plasmación de las condiciones *sine qua non* para la viabilidad de una CPP: el proyecto debe contar con objetivos precisos y mensurables, y ser viable en todas sus dimensiones, es decir, existir una posibilidad real de satisfacción de dichos objetivos, viable y sostenible desde todos los puntos de vista, político, jurídico, financiero y medioambiental.

Deben estudiarse las alternativas de gestión, con el fin de determinar, dada la complejidad de los sistemas de CPP, si, a largo plazo, posee o no ventajas competitivas reales.

Es fundamental que exista un beneficio para el socio privado participante en el proyecto, pues si no existe posibilidad real de que el prestador del servicio o desarrollador del proyecto reciba una retribución adecuada por el riesgo operativo que asume, la CPP no funcionará. La capacidad de retorno financiero del proyecto en su conjunto debe ser suficientemente sólida, para garantizar que el socio financiero recupere su aportación en el caso de que cumpla los términos del proyecto.

3. Inconvenientes

A pesar de las ventajas defendidas por varios sectores, estos contratos no quedan exentos de inconvenientes¹⁷. Las principales críticas existentes, carencias o deficiencias, que lleva consigo la celebración de los mismos, son las siguientes¹⁸:

15 BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público, especial aplicación a las entidades locales*, La Ley, Madrid, 2009. p. 50.

16 BURNETT, M., "La colaboración público-privada en los servicios públicos locales. Una perspectiva desde la experiencia europea", *Revista de Estudios Locales*, n. extraordinario, 2007, pp. 59-71.

17 Debe indicarse también que, a pesar de destacar las ventajas, la propia Comisión advierte que si bien es cierto que la cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas microeconómicas, al permitir realizar un proyecto con la mejor relación calidad/precio y preservar al mismo tiempo los objetivos de interés público, no es posible, sin embargo, presentar dicha cooperación como una solución milagrosa para el sector público, que tiene que hacer frente a restricciones presupuestarias. Asimismo, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 21 de octubre de 2010, al que antes hacíamos referencia, indica también las principales causas del fracaso de estas operaciones: «a) La insuficiente transparencia en algunos países o en el caso de algunos contratos o de los estudios de viabilidad económica, los informes de resultados, etc. entre los socios públicos y privados, incluida la subcontratación a otras empresas, lo que limita el control democrático; b) las eventuales presiones que pueden ejercerse para que los políticos emprendan determinadas CPP, incluso aunque supongan un aumento de los costes, porque con las CPP, los proyectos de infraestructura pueden realizarse antes, si se compara con la ejecución convencional con cargo a la financiación presupuestaria, en razón de las normas presupuestarias de Eurostat; c) la ausencia, en algunos casos, de una verdadera evaluación previa que permita una elección objetiva tanto del procedimiento de CPP como del adjudicatario del contrato; d) en determinadas circunstancias, una distribución de los riesgos entre el sector público y el privado basada en el principio de auténtica asociación entre las partes implicadas; y e) por último, en ciertos casos, lagunas en el control por parte de las autoridades públicas competentes».

18 ACERETE GIL, J.B., *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*,

1ª La pérdida del control de la Administración, pues implica compartir la toma de decisiones, hecho que no siempre será positivo. En efecto, no se puede argumentar que el sector privado sea más eficiente por sí mismo que el sector público y que su participación sea siempre positiva, sino que es algo que ha de verificarse caso por caso.

2ª La complejidad del proceso y sus elevados costes en el tiempo, recursos y dinero exige contar con una información detallada previa que no siempre se tiene, con lo cual podrían aumentar los riesgos de falta de seguridad jurídica, arbitrariedad y mala administración.

3ª El pago por los usuarios en la prestación de algunos servicios, que no siempre están dispuestos a hacerlo. Además, al diferirse el pago a ejercicios futuros, se están afectando los presupuestos de entonces.

4ª Debido a la gran dimensión de los proyectos de CPP en términos de tiempo y presupuesto, las posibilidades de acontecimientos imprevistos se multiplican y el riesgo de encontrar dificultades insalvables aumenta, especialmente en el caso de los riesgos políticos, ya que pocos gobiernos cuentan con una experiencia consolidada, por lo que se asimila a la privatización.

5ª La rendición de cuentas cuya delimitación puede ser difusa respecto al modo tradicional de prestación de servicios.

6ª El posible servicio de mala calidad debido a problemas financieros, disputas laborales u otras circunstancias.

7ª La falta de competencia, si no existen suficientes operadores para asegurarla.

8ª La imposibilidad de servir para la ejecución de cualquier equipamiento; hay proyectos de infraestructuras que no son realizables a través de la CPP, sea por su naturaleza, sea por la rentabilidad esperada, ya que los operadores privados sólo concurrirán a la licitación de proyectos de larga duración si ofrecen expectativas de rentabilidad económica suficiente, y la que se observa es cada vez más escasa porque las infraestructuras más rentables suelen estar ya ejecutadas.

9ª Los errores en el proceso de selección, etc.

Por todo lo anterior, puede verse que la CPP puede ser una solución eficaz para garantizar una infraestructura o para ofrecer un servicio público, sin perjuicio de advertir que no siempre es la solución ideal, y que sólo después de un análisis de los objetivos concretos se podrá decidir¹⁹.

El reto será la aplicación de la colaboración público-privada al ámbito social. La CPP puede incrementar la eficiencia y la calidad del servicio público, pero para ello es necesario un alto grado tanto de aceptación social de la gestión privada de lo público, como de compromiso del sector privado con el interés público. En este sentido, el sector privado debe abandonar la perspectiva del negocio a corto plazo, en aras de asumir un *rol* de gestor a largo plazo y de cambio del modelo cliente-proveedor al de

Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004, p. 24.

19 RIVERO ORTEGA, R., *Derecho Administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 586.

socio público, proporcionando un servicio de calidad superior al modelo inmediato anterior de la gestión pública²⁰.

III. La aplicación real de los contratos de CPP

1. Panorama europeo

Centrándose en el ámbito europeo, debe señalarse que la utilización de las CPP alcanza su máximo histórico en 2007, y toca fondo en 2009, para repuntar, tímidamente aún, en 2010, manteniéndose en términos similares en 2011.

El entorno continental se sigue caracterizando por el liderazgo del Reino Unido en cuanto al número de proyectos que utilizan fórmulas de CPP, acompañado por una importante actividad en Francia y un paulatino decrecimiento en España, cuyas cifras son cada vez menores²¹.

2. Situación española

En España han existido experiencias asimilables a las formas de CPP modernas desde el siglo XIX, aunque la recepción de las técnicas más actuales se produce tardíamente respecto a otros países. Es a partir de la segunda mitad de la década de 1990 cuando, como complemento a amplios programas de desregulación de servicios generales prestados por el sector público, se generaliza el uso de fórmulas de CPP contemporáneas.

Normativamente, es la reforma de 2003 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), con la incorporación del contrato de concesión de obras públicas, la que claramente hace posible los nuevos modelos de CPP, que utilizan algunas Comunidades Autónomas.

Este avance general no ha sido, sin embargo, equilibrado, ni por sectores ni por niveles territoriales. Las normas aplicables al efecto desde 2007 han estado más presididas por el ánimo de evitar infortunios que por el de facilitar la gestión de proyectos, por lo que las nuevas fórmulas contractuales han devenido prácticamente inútiles. Todo ello se refleja en las cifras de contratos suscritos bajo la nueva forma de contrato administrativo de colaboración entre el sector público y el sector privado.

En estos seis años desde la entrada en vigor de la LCSP, los anuncios de licitación de esta clase de contratos no han sido numerosos. En concreto, a nivel ministerial, se ha

20 BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *Los contratos de colaboración público-privada...*, op. cit., pp. 55-56.

21 MERINO ESTRADA, V. y RIVERO ORTEGA, R., "Medidas para la sostenibilidad económica local", M.J. Portillo Navarro y V. Merino Estrada (coords.), *Crisis económica y Entidades Locales*, Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 580, precisan: «En lo que se refiere al tipo de proyectos, el estudio del European PPP Expertise Centre (EPEC) muestra en 2011 una continuidad en la tendencia a la reducción del número de proyectos y al incremento de su presupuesto individual. Tras un largo periodo en el que las CPP, al amparo de una coyuntura financiera especialmente boyante, se iban aplicando, cada vez más, a proyectos de tamaño medio, el mercado parece volver a exigir una dimensión importante para asegurar la rentabilidad y viabilidad de los proyectos. Ello es achacable al alargamiento de los plazos de amortización de las inversiones por la exigencia de mayores flujos económicos, en presencia de tipos de interés inciertos».

convocado, por parte de los Ministerios de Economía y Hacienda; Empleo y Seguridad Social; Justicia; Defensa e Industria, Turismo y Comercio, la licitación de ocho contratos, en su mayoría para la mejora de la eficiencia energética y prestación de servicios energéticos, sin que en ninguno de esos casos conste la publicación de la formalización ni de la adjudicación definitiva²².

En cuanto a las Comunidades Autónomas, son diez los contratos cuya convocatoria se anuncia y seis los que fueron formalizados, siendo la mayor parte de ellos en la Comunidad Autónoma de Cataluña²³. Sus cometidos principales englobaban

22 Estos datos pueden consultarse en el BOE de 22 de julio de 2009 (Resolución por la que se convoca, por el procedimiento de diálogo competitivo, la realización de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para llevar a cabo una actuación integral que suponga la mejora de la eficiencia energética de la climatización en el Complejo Cuzco, Madrid); de 15 de septiembre de 2010 (Anuncio de la Oficina Española de Patentes y Marcas por el que se convoca la contratación de una actuación integral que suponga la mejora de la eficiencia energética del edificio sede de la Oficina Española de Patentes y Marcas, de Madrid); de 28 de abril de 2011 (Resolución de la Sección Económico Financiera de la Dirección General de Infraestructura por la que se convoca la licitación de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la realización de las actuaciones necesarias para mejorar la eficiencia energética del edificio de la sede central del MINISDEF); de 30 de junio de 2011 (Acuerdo por el que se anuncia la licitación de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la actuación global e integrada que suponga la mejora de la eficiencia energética y prestación de servicios energéticos en el edificio San Bernardo de Madrid, sede central perteneciente al Ministerio de Justicia); de 15 de diciembre de 2011 (Anuncio de licitación de la Dirección del Instituto de Estudios Fiscales, de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para llevar a cabo una actuación integral que suponga la mejora de la eficiencia energética y prestación de servicios energéticos en los edificios del Instituto de Estudios Fiscales); de 10 de mayo de 2012 (Anuncio de licitación de la Subdirección General de Administración Financiera de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la actuación global e integrada para la mejora de la eficiencia energética y prestación de servicios energéticos en la Sede Central del Ministerio de Empleo y Seguridad Social) y de 27 de abril de 2013 (Anuncio de licitación de la Dirección del Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria – INIA –, de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la actuación global e integrada que suponga la mejora de la eficiencia energética y presentación de servicios energéticos en la sede central del Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria) y de 5 de agosto de 2013 (Anuncio de licitación de la Junta de Contratación de la Subsecretaría de Fomento, para el mantenimiento de instalaciones de equipos contra incendios en Sede Central del Ministerio de Fomento y otros edificios del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y Comisión Nacional del Sector Postal por un periodo de 24 meses).

23 La Comunidad Autónoma catalana convocó la licitación de siete contratos en los Boletines Oficiales del Estado de fecha 19 de febrero de 2010 (Resolución del Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya por la que se convoca, por el procedimiento de diálogo competitivo, la realización de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, para el despliegue del proyecto “Xarxa Oberta”); 2 de diciembre de 2011 (los cuatro anuncios de licitación publicados en este BOE fueron convocados por el Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat de Catalunya, para el aprovisionamiento de conectividad y telecomunicaciones; para el aprovisionamiento de infraestructura de proceso de datos de la Generalitat de Catalunya; para el aprovisionamiento del lugar de trabajo y soporte al usuario de la Generalitat de Catalunya y para el aprovisionamiento y mantenimiento de aplicaciones de la Generalitat de Catalunya); 20 de junio de 2013 (Anuncio de la Agencia de la Agencia d’Informació, Avaluació i Qualitat en Salut de Barcelona, por el que se convoca el procedimiento de diálogo competitivo (exp. DC/AIAQS/2013/049) para la contratación del diseño, implantación y operación de un modelo de gestión y servicios para dar valor a los datos del sector sanitario catalán en el marco de las políticas públicas, a través de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado), y 16 de octubre de 2013 (Anuncio de licitación de la Autoritat del Transport Metropolità – ATM – de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la licitación del proyecto T-Mobilitat para la implantación de un sistema tecnológico, tarifario y de gestión). La únicas adjudicaciones definitivas quedan reflejadas el 8 de noviembre de 2011 (Anuncio del Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de la Generalitat de Catalunya por el que se hace pública la adjudicación de un contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado para la licitación del proyecto “Xarxa Oberta”), el de 1 de diciembre de 2012 (Anuncios del Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de la Generalitat de Catalunya por los que se hacen públicas las formalizaciones de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado mediante el procedimiento de diálogo competitivo para el aprovisionamiento y mantenimiento de aplicaciones de la Generalitat de Catalunya; de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado mediante el procedimiento de diálogo competitivo para el aprovisionamiento de infraestructura de proceso de datos (CPD) de la Generalitat de Catalunya; y de un contrato de colaboración entre el sector público y el

actuaciones integradas en el sector sanitario; aprovisionamiento de conectividad y telecomunicaciones; y mejora de la eficiencia energética.

Por su parte, en el ámbito local, tan sólo quince contratos fueron convocados a licitación y siete de ellos adjudicados definitivamente, sin que ninguno haya tenido lugar en el año 2013²⁴ y tan sólo uno lo hubiera hecho en 2014, concretamente en el BOE de

sector privado mediante el procedimiento de diálogo competitivo para el aprovisionamiento de conectividad y telecomunicaciones de la Generalitat de Catalunya) el 4 de diciembre de 2012 (Anuncio del Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de la Generalitat de Catalunya por el que se hace pública la formalización de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado mediante el procedimiento de diálogo competitivo para el aprovisionamiento del lugar de trabajo y soporte al usuario de la Generalitat de Catalunya) y el 13 de noviembre de 2014 (Anuncio de Autoritat del Transport Metropolità – ATM – de formalización de un contrato de CPP relativo al Proyecto T-Mobilitat para la implantación de un sistema tecnológico, tarifario y de gestión). El resto de contratos pueden consultarse en los Boletines Oficiales del Estado de 27 de abril de 2011 (en el que consta la convocatoria por parte de las Cortes de Aragón de la contratación, a través de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, de una actuación integral, que suponga la mejora de la eficiencia energética de la sede de las Cortes de Aragón en Palacio de la Aljafería de Zaragoza); de 18 de julio de 2012 (en el que se publica el Anuncio de la Viceconsejería de Industria y Energía sobre licitación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la actuación global e integrada que suponga la mejora de la eficiencia energética y prestación de servicios energéticos de los edificios de Usos Múltiples I y II de Santa Cruz de Tenerife, el Instituto Canario de Ciencias Marinas en Telde y el edificio sede de la Consejería de Economía, Hacienda y Seguridad en Las Palmas de Gran Canaria, pertenecientes a la Comunidad Autónoma de Canarias); y de 9 de abril de 2013 (en el que se convoca, por la Gerencia de Atención Especializada Área I Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, la licitación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la realización de una actuación global e integrada en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla). Sin embargo, este último caso es particular puesto que en el BOE de 11 de abril de 2013 se anuló el anuncio sobre la licitación y no fue hasta noviembre de 2013 (BOE de 26 de noviembre de 2013) cuando el Servicio Cántabro de Salud, Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, convocó un procedimiento abierto para la contratación del Servicio para el desarrollo de funciones de asistencia técnica en el control y seguimiento de la fase inicial del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, para una actuación global e integrada en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla. Dicho concurso por procedimiento abierto fue convocado por Resolución del Servicio Cántabro de Salud, publicada en el BOE de 4 de enero de 2014 y modificada por la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, publicada en el BOE de 30 de enero de 2014. Posteriormente, este contrato ha vuelto a sufrir modificaciones cuando en el BOE de 17 de junio se publica la Resolución de la Dirección Gerencia del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla de Santander, por la que se anuncia el desistimiento del procedimiento abierto de la contratación del servicio para el desarrollo de funciones de asistencia técnica en el control y seguimiento de la fase inicial del CPP para una actuación global e integrada en el Hospital Universitario Marqués de Valdecilla.

- 24 Estos datos pueden consultarse los Boletines Oficiales del Estado de 19 de agosto de 2008 (Anuncio de licitación del Ayuntamiento de Aljaraque – Huelva – para el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, para la redacción de proyecto y construcción de dotaciones públicas, por el procedimiento de diálogo competitivo); de 22 de agosto de 2008 (Anuncio del Ayuntamiento de Andratx, relativo a la licitación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, dotación de servicios hidráulicos y otros); de 31 de diciembre de 2008 (Anuncio del Ayuntamiento de Alcoy para adjudicar un contrato de colaboración entre el sector público y privado para la ejecución de la infraestructura denominada “Bulevar Estructurante Norte”), adjudicado definitivamente por Anuncio publicado en el BOE de 8 de julio de 2010; de 20 de marzo de 2009 (Anuncio del Ayuntamiento de Nijar por el que se inicia la licitación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para el suministro, instalación y cesión de uso para explotación de red inalambrica municipal), adjudicado definitivamente por Anuncio publicado en el BOE de 12 de noviembre de 2009; de 15 de marzo de 2010 (Anuncio del Ayuntamiento de Viladecans por el que se convoca el procedimiento de diálogo competitivo para la adjudicación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la construcción y mantenimiento estructural del Complejo Deportivo de Torre Roja, así como de las explotaciones comerciales complementarias y su mantenimiento integral, del municipio de Viladecans), adjudicado definitivamente por Anuncio publicado en el BOE de 23 de mayo de 2011; de 22 de enero de 2011 (Anuncio de la Diputación Provincial de Castellón para la licitación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la gestión integral, conservación, acondicionamiento y modernización de la red de carreteras cuya titularidad ostenta la Diputación Provincial de Castellón), formalizado mediante Anuncio publicado en el BOE de 19 de julio de 2011; de 27 de enero de 2011 (Anuncio del Ayuntamiento de Castellbisbal por el que se convoca la licitación del contrato de colaboración entre el sector público y el privado para el servicio de recogida de residuos, limpieza viaria y mantenimiento de zonas ajardinadas), formalizado mediante Anuncio publicado en el BOE de 2 de noviembre de 2011; de 10 de marzo de 2012 (Anuncio de la Diputación Provincial de Pontevedra relativo a un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para llevar a cabo una actuación global e integrada que mejore la eficiencia

2 de octubre de 2014 (anuncio del Ayuntamiento de Burriana, Castellón, de formalización de un contrato de CPP para la instalación y mantenimiento de césped artificial en el campo de fútbol de San Fernando). El mantenimiento, reforma y mejora de la eficiencia energética de las instalaciones y edificios; la transformación de gas natural; los servicios hidráulicos y la instalación de una red inalámbrica municipal son los objetivos principales para los cuales se pretende la celebración de estos contratos de CPP.

Por último, dos Universidades convocaron licitación para la adjudicación de un contrato de CPP, siendo uno sólo de ellos adjudicado definitivamente²⁵.

En esta misma línea, el ritmo de utilización de otras fórmulas que se incluyen dentro del amplio concepto de colaboración público-privada contractual ha sido más o menos constante, pero de volumen reducido, con las variaciones propias de los ciclos marcados por la coyuntura financiera y política.

Esta situación es debida, entre otros factores, a la necesidad de introducción de reformas, requeridas por los contratos de CPP, no sólo en la organización y en los hábitos de la Administración, sino también en los de las empresas contratistas y empresas financieras. Las empresas constructoras deben diversificar sus estructuras productivas para asumir, como corresponde, los riesgos constructivos y de utilización. Esto quiere decir que el adjudicatario ha de ver directamente comprometida su remuneración en la contención de los costes de ejecución y en el buen funcionamiento del servicio que la obra preste. En definitiva, las empresas han de tecnificarse, buscar soluciones fiables para controlar la fase de mantenimiento, y entender los proyectos con una mentalidad más comprometida con el medio y largo plazo.

y prestación de servicios energéticos en la CIPF); de 30 de junio de 2012 (Anuncio del Ayuntamiento de Bullas sobre diálogo competitivo para la prestación de servicios energéticos en las instalaciones de alumbrado exterior en el municipio de Bullas); de 4 y 12 de julio de 2012 (Anuncios del Ayuntamiento de Lumbreras por el que se convoca, respectivamente, la licitación pública para la adjudicación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación de servicios energéticos en las instalaciones de alumbrado público exterior; en las instalaciones del pabellón municipal y la piscina cubierta; y en las instalaciones de los centros educativos y formativos del municipio de Lumbreras); de 4 de diciembre de 2012 (Anuncio de la Diputación Provincial de Castellón por el que se convoca la licitación del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para los servicios de mantenimiento, reformas y mejora de la eficiencia energética de las instalaciones y edificios de la Diputación de Castellón); de 12 de octubre de 2013 (Anuncio de licitación del Ayuntamiento de Almodóvar del Río para contrato de colaboración entre el sector público y el privado para la prestación de servicios energéticos en las instalaciones de alumbrado exterior) y de 18 de agosto de 2014 (Anuncio del Ayuntamiento de Calella, por el que se convoca la licitación del contrato mixto de suministro de servicios energéticos, mantenimiento integral con garantía total de las instalaciones y colaboración público-privada en el alumbrado público de Calella). En el BOE de 29 de febrero de 2012 se publica la formalización del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la prestación de servicios energéticos en las instalaciones de alumbrado exterior del municipio Soto del Real.

25 Estos datos pueden consultarse en el BOE de 20 de septiembre de 2012 (Resolución de la Universidad de Castilla-La Mancha de 14 de septiembre de 2012, por la que se anuncia la licitación de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la transformación a gas natural de las salas de calderas de edificios de la Universidad de Castilla-La Mancha, mediante diálogo competitivo); de 15 de julio de 2013 (Resolución de la Universidad de Castilla-La Mancha, de fecha 18 de junio de 2013, por la que se publica la formalización del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para la transformación a gas natural de las salas de calderas de los edificios de la Universidad de Castilla-La Mancha); y de 17 de octubre de 2013 (Anuncio de la Universidad de Alcalá por el que se convoca la licitación para la adjudicación, mediante diálogo competitivo, de un contrato de colaboración entre el sector público y el privado para la realización de una actuación integral que suponga una mejora de la eficiencia energética en el ámbito de la iluminación en los edificios, instalaciones y viaria de la Universidad).

También los cambios en el panorama de los suministradores tienen que ser amplios y la Administración debe despejar muchas incógnitas para que los proyectos sean atractivos a las entidades financieras y a las empresas concesionarias.

IV. Síntesis sobre las ventajas financieras a la luz de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado

No sería justo negar que la fórmula contractual analizada reporta innegables ventajas para la Administración en el plano financiero y presupuestario, pero tampoco hay que olvidar que conlleva una socialización del coste en los usuarios que ha llegado a ser vista y “sentida” como una suerte de fiscalidad indirecta (materializada en el comúnmente llamado “peaje en la sombra”).

Junto a ello, también hay que reconocer que los contratos de colaboración público-privada suponen una importante modulación de la tradicional regla del riesgo y ventura del contratista. Sin embargo, todo ello se traduce en la enorme sofisticación del régimen económico-financiero de estos contratos, caracterizados por una multitud de prestaciones cruzadas y heterogéneas de carácter multilateral²⁶ que, por regla general, plantean serios problemas desde la perspectiva de la transparencia administrativa y de la consolidación de la contabilidad pública.

A pesar de las indicaciones realizadas por la Comunidad Europea, no siempre con los criterios establecidos se alcanza el grado de claridad que se debería.

Sin embargo, el problema principal que se plantea es el de conseguir superar la crisis con un sistema económico sostenible, tanto en relación con la deuda como con el déficit. Por este motivo, se debe tener en cuenta que las posibilidades de acudir a estas modalidades de contratación no son amplias, dado que en la época anterior a la crisis se ha acumulado un nivel de obligaciones contractuales a las que hay que hacer frente en el momento actual, y en muchos casos, las Administraciones públicas se encuentran con graves dificultades para cumplir con ellas, dada la disminución que se ha producido de sus ingresos²⁷.

Por todas esas cuestiones, es imprescindible regular y establecer los límites que deben existir en estos “nuevos” contratos que afectan a la dogmática sobre obra pública y dominio público rompiendo esta tradicional ecuación. Es claro que se deben ofrecer garantías a los inversores para atraer capital a la financiación de infraestructuras, pero no puede poner en peligro el interés general y, sobre todo, la afectación. La demanialidad puede flexibilizarse para favorecer los derechos de los sujetos intervinientes en los

26 La propia Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho Comunitario [2000/C 121/02], publicada en el DOUE, de 29 de abril de 2000, establece que la Comisión constata que cada vez se dan más casos de contratos públicos de obras que son objeto de entramados jurídicos complejos, de forma que la diferencia entre estos entramados y la concesión de obras públicas puede ser a veces difícil de establecer.

27 GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “La contratación local en tiempo de crisis económica”, *Anuario de Gobierno Local*, n. 1, 2009, p. 175.

contratos, pero sin descuidar en ningún caso el destino o finalidad pública que existe en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

- ACERETE GIL, J.B., *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2004.
- ARIÑO ORTIZ, G., “La «nueva» empresa público-privada”, *Cuenta y Razón*, n. 78-79, 1993.
- ARIÑO ORTIZ, G., “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007.
- BRIERA DALMAU, C., “Los contratos de colaboración entre los sectores público y privado en la Ley de Contratos del Sector Público: fórmulas de colaboración y régimen de distribución del riesgo en dichos contratos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 149, 2011.
- BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público, especial aplicación a las entidades locales*, La Ley, Madrid, 2009.
- BURNETT, M., “La colaboración público-privada en los servicios públicos locales. Una perspectiva desde la experiencia europea”, *Revista de Estudios Locales*, n. extraordinario, 2007.
- CARLÓN RUIZ, M., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 140, 2008.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Y., “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho Comunitario Europeo”, *Revista de Administración Pública*, n. 166, 2005.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “La contratación local en tiempo de crisis económica”, *Anuario de Gobierno Local*, n. 1, 2009.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- HERRANZ EMBID, P., “Régimen general de las obras públicas”, J.V. González García (coord.), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- HUERTA BARAJAS, J.A., “Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado en los programas y contratos de defensa”, *Revista Práctica de Contratación Administrativa*, n. 78, 2008.

- MEILÁN GIL, J.L., “Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 8, 2004.
- MERINO ESTRADA, V. y RIVERO ORTEGA, R., “Medidas para la sostenibilidad económica local”, M.J. Portillo Navarro y V. Merino Estrada (coords.), *Crisis económica y Entidades Locales*, Lex Nova, Valladolid, 2013.
- MORENO DE CASTRO, E., “Formas jurídicas de colaboración público-privada en el Derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración”, *Oñati Socio-legal Series*, vol. 2, n. 4, 2012.
- MORENO MOLINA, J.A., “El nuevo Derecho de la contratación pública: de las prerrogativas de la Administración a la garantía de los principios generales”, M. Arenilla Sáez (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos. Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo III, *La actividad administrativa*, Iustel, Madrid, 2011.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., “El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de contratos públicos”, R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- RIVERO ORTEGA, R., *Derecho Administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA: UN INSTRUMENTO DE BUEN GOBIERNO

ANTONIO GARCÍA JIMÉNEZ¹

Doctorando en Estado de Derecho y Buen Gobierno

Universidad de Salamanca

I. Introducción

La contratación pública ha sido tradicionalmente uno de los instrumentos de gasto público más importantes de los que han dispuesto los poderes públicos, no en vano supone el 19 % del Producto Interior Bruto de la Unión Europea y en torno al 18 % en España. A ello habría que añadir en los últimos años la grave situación de crisis económica y financiera que ha afectado especialmente a España y que ha supuesto que adquiriera todavía mayor relevancia, ante la disminución operada en el gasto público como medida para reducir el déficit público e intentar frenar el imparable incremento de la deuda pública que por primera vez rebasa la barrera del billón de euros, consecuencia directa de la drástica disminución del tejido empresarial y de la menor recaudación por la hacienda pública.

Junto a lo anterior, es raro el día que la contratación pública no acapara algún titular en los informativos por un supuesto de corrupción, sin ir más lejos acaba de salir a la luz la llamada «operación púnica» cuyo fraude estimado se sitúa en torno a los 250 millones de euros, utilizando para ello la adjudicación de contratos públicos a amigos y conocidos. Una aproximación al concepto de corrupción es la que hace CERRILLO I MARTÍNEZ al definirla como «el provecho de un conflicto de intereses para la satisfacción de un interés propio concretado en la obtención de una ganancia incumpliendo el marco de referencia existente. La corrupción supone que el interés privado del cargo o empleado público se impone por encima del interés público para la obtención de un beneficio»².

¹ El autor de este trabajo de investigación es beneficiario de una beca del Programa de Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, para la realización de sus estudios de Doctorado.

² CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de Integridad en la Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

En este contexto, en los últimos meses se ha producido una auténtica revolución normativa en el ámbito de la contratación pública, cuyo principal exponente ha sido la aprobación de un paquete legislativo que aglutina a la cuarta generación de Directivas en materia de contratación pública, compuesta por tres nuevas Directivas que tienen como principal finalidad revisar y modernizar la legislación vigente sobre contratación pública³, y que se compone por las directivas 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; y la 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

El profesor RIVERO ORTEGA ya advertía que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público debía de ser reformado, pero la reforma más amplia habría de esperar a que la propuesta de Directiva estuviese más madura. Con la aprobación de las tres nuevas Directivas, GIMENO FELIÚ aboga por dos posibles soluciones con respecto a su transposición al derecho español: ora una nueva normativa completamente distinta del actual TRLCSP en tanto parece lógico que existan tres normas legales distintas, ora un Código de Contratos Públicos con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones y contratos excluidos. En opinión de MORENO MOLINA y en la nuestra propia, consideramos más oportuna la aprobación de, en palabras de GIMENO FELIÚ, «un Código de Contratos Públicos que dote de seguridad jurídica y predictibilidad a un sector de tanta trascendencia económica y social».

Cabe destacar de lo anterior que la Directiva 2014/23/UE relativa a la contratación pública realiza una apuesta decidida por la implantación de los medios electrónicos en las compras públicas, lo que con la Directiva 2004/18/CE no pudo alcanzarse debido en buena parte a la debilidad con la que promovía la utilización de los mismos⁴. El objetivo último es el de conseguir una contratación pública electrónica íntegra, entendida como la utilización de medios electrónicos en el tratamiento de las operaciones y en la comunicación por parte de los organismos del sector público a la hora de adquirir bienes y servicios o licitar obras públicas, desde la notificación hasta el pago⁵. La introducción de la contratación pública electrónica con la aprobación de las nuevas Directivas constituirá, a buen seguro, «una revolución en el Derecho comunitario de los contratos públicos»⁶.

3 MORENO MOLINA, J.A., “La nueva Directiva sobre contratación y su incorporación al Derecho español”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n. 129, 2014, p. 17.

4 Véase MORENO MOLINA, J.A., “Novedades en la legislación de contratación pública”, en J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

5 Comunicación de la Comisión *Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la Administración Pública*, de 26 de junio de 2013, COM (2013) 453 final.

6 RIVERO ORTEGA, R., “¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 121, 2004, p. 31.

El principal objetivo de este trabajo de investigación es el de analizar si la utilización de medios electrónicos pueden contribuir a alcanzar mayores cotas de buena administración, y por lo tanto convertirse en un instrumento al servicio del buen gobierno. Para ello se lleva a cabo una reflexión de cómo la contratación pública puede ser aplicada a las distintas fases de los procedimientos de licitación de los contratos para contribuir a la objetivación de la adjudicación de los contratos públicos, desde la selección de la adquisición de bienes y servicios de relevancia a través de sistemas de gobierno abierto; la comunicación y publicidad de los contratos a través de plataformas electrónicas centralizadas; la utilización de instrumentos electrónicos en los procesos de adjudicación; hasta la publicidad y el acceso electrónico de los resultados por los ciudadanos y la reutilización de la información. De esta forma, podría contribuirse a reducir la discrecionalidad e imparcialidad que pueden desviar los fondos públicos destinados a la adquisición de bienes y servicios para su utilización por los poderes públicos en el cumplimiento de sus funciones, hacia fines particulares y privados que nada tienen que ver con la consecución del interés general, y que dan lugar a casos de corrupción y malversación de fondos públicos.

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

Las tecnologías de la información y la comunicación permiten a las Administraciones Públicas interactuar con los ciudadanos en tiempo real, por lo que se convierten en un instrumento muy útil a la hora de conocer la opinión de los ciudadanos por parte de las administraciones públicas. En el ámbito de la contratación pública es bien conocido que la decisión política de adquirir un determinado bien o servicio y la elaboración posterior de los pliegos que regirán la contratación, constituyen una de las vías típicas de adjudicación de los contratos «a la carta», en la que la discrecionalidad política desvía el interés público hacia la consecución de intereses privados que nada tienen que ver con el primero.

Ante esta situación, cabe hacerse la pregunta de si es posible y recomendable utilizar las TICs para articular procedimientos de consulta a los ciudadanos sobre la conveniencia y oportunidad de realizar determinados procedimientos de obra pública o de adquisición de obras y servicios de cierta envergadura. La posibilidad de que los ciudadanos puedan emitir su opinión a través de medios electrónicos supondría un interesante ejercicio de gobierno abierto e incremento de la calidad democrática, tan denostada últimamente, al tiempo que se reforzaría el mandato previsto en el artículo 23 de la Constitución Española.

De igual forma, sería una buena manera de dar cumplimiento al artículo 22.1 del TRLCSP, el cual regula la necesidad e idoneidad del contrato, para lo cual prevé que «los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden

cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación». Entendemos que la ciudadanía debe de poder formar parte en la decisión del órgano de «la necesidad e idoneidad» del contrato.

No obstante lo anterior, surge aquí la problemática de que a pesar del altísimo número de usuarios de Internet y de las redes sociales, todavía existe un importante sector de la sociedad que no está habituado y preparado para hacer uso de las mismas, sobre todo personas de avanzada edad que han sufrido los efectos de la llamada «brecha digital». Bien podría parecer que la adopción de decisiones sobre compra pública a través de las TICs supondría un supuesto de exclusión del anterior colectivo, pero lo cierto es que la utilización de esta herramienta dotaría de mayor democracia las decisiones de compra pública y dentro de unos años prácticamente nadie carecerá de nociones de informática para poder participar en las consultas o encuestas telemáticas. Asimismo y hasta que la brecha digital desaparezca casi por completo, las Administraciones podrían habilitar mecanismos alternativos para poder conocer la voluntad de estos ciudadanos que acrediten no poseer unos niveles óptimos de conocimiento sobre telemática y ofimática que les permitan participar, tales como la presentación de su propuesta en formato papel directamente en el registro del órgano o a través de correo postal, siempre con las garantías necesarias para garantizar su anonimato.

Una propuesta que formulamos para llevar a cabo estas consultas es la de que un órgano haga público el dinero disponible para la realización de compras públicas y exponga qué alternativas son las que barajea para ese fin. Los ciudadanos accederían a la correspondiente plataforma electrónica y se autenticarían a través de su certificado digital personal, lo que garantizaría la autenticidad de la persona y que no votase más de una vez. Una vez elegida la propuesta, podrían someterse a votación otras cuestiones de la obra, bien o servicio a adquirir.

Con este procedimiento se persiguen dos objetivos fundamentalmente: el primero de ellos es permitir la participación democrática de los ciudadanos en los procesos de compra pública, si bien es cierto que por la cantidad de contratos que son adjudicados cada año sería casi imposible aplicarlo a todos, sí que se debería de hacer con aquellos que revistan mayor importancia, ya sea por su cuantía o por contener alguna peculiaridad que convierta al contrato en relevante para la sociedad al que va dirigido.

Efectivamente, la aplicación de este procedimiento a aquellos contratos de escasa cuantía y repetitivos destinados a la adquisición de productos o servicios rutinarios para el buen funcionamiento del órgano no tendría excesiva motivación y podría suponer más bien un entorpecimiento a la labor licitadora del poder adjudicador, si bien para aquellos contratos no repetitivos o que conlleven un gasto relevante sí que es interesante la aplicación de algún tipo de plataforma informática que permita conocer de primera mano la opinión de la ciudadanía, y por lo tanto de los contribuyentes que en última instancia financian con el pago de sus obligaciones tributarias los procesos de compra pública.

La consulta electrónica a los ciudadanos no solo tiene las ventajas de fortalecer la democracia directa y la participación de los anteriores en los asuntos públicos, sino que además puede contribuir a reducir sustancialmente la discrecionalidad de los poderes políticos a la hora de decidir en qué invertir el dinero público, ya que la ciudadanía podría hacer propuestas distintas de las inicialmente presentadas o expresar su disconformidad con determinadas inversiones en compra pública, y seguramente con la articulación de este tipo de procesos en España no se habrían destinado muchos miles de millones de euros a obras materializadas en autopistas, aeropuertos, pabellones o palacios que no tienen ninguna utilidad y cuya realización únicamente ha respondido a la desviación del interés general para el interés privado de determinados políticos y empresarios con escasos principios morales y éticos.

III. Instrumentos para una comunicación íntegramente electrónica

La nueva Directiva 24/2014/UE ordena a los poderes adjudicadores llevar a cabo una comunicación totalmente electrónica con los poderes económicos durante los procesos de licitación. Es el considerando 52 de dicha Directiva el que dispone que «los medios de información y comunicación electrónicos deben de convertirse en el método estándar de comunicación e intercambio de información en los procedimientos de contratación, ya que hacen aumentar considerablemente las posibilidades de los operadores económicos de participar en dichos procedimientos en todo el mercado interior. Para ello, debe hacerse obligatoria la transmisión de anuncios en formato electrónico, la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los pliegos de la contratación y una comunicación totalmente electrónica, lo cual significa la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas».

No cabe duda que la comunicación íntegramente electrónica constituye una apuesta decidida por la nueva Directiva relativa a la contratación pública en la consecución de la e-contratación. Para llevar a cabo este proceso de comunicación e intercambio electrónico de información, cobran importancia varios instrumentos cuya puesta en práctica permiten cumplir el mandato de la Directiva.

1. Perfil de Contratante

El primero de estos instrumentos lo constituye el perfil de contratante, definido por el Informe 72/2008, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, como un medio de difusión por Internet de la diferente información de los contratos que se genera en los órganos de contratación y que tiene su origen en el denominado «perfil de comprador» regulado como instrumento de publicidad en la Directiva 2004/18/CE, que en su anexo VIII sobre especificaciones relativas a la publicación, apartado 2, letra b), indica la función que se le asigna men-

cionando que puede incluir anuncios de información previa, información sobre las licitaciones en curso, las compras programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados y cualquier otra información útil de tipo general, como, por ejemplo, un punto de contacto, los números de teléfono y de telefax, una dirección postal y una dirección electrónica.

En el TRLCSP la regulación básica se encuentra en el artículo 53, que siguiendo la Directiva describe el contenido del mismo y, sin perjuicio de que se utilicen otros medios de publicidad, señala que los órganos de contratación difundirán, a través de Internet, su perfil de contratante.

Actualmente existen en España una multiplicidad de perfiles del contratante, propiciado en gran medida por la gran descentralización que caracteriza a nuestro país, lo que supone la existencia de una gran cantidad de órganos de contratación con perfiles propios. Esta auténtica odisea de perfiles dificulta enormemente el acceso de los licitadores a los mismos, al resultarles prácticamente imposible navegar por todos y cada uno de ellos y conocer la existencia de contratos que, por su cuantía no son publicados en los principales Diarios o Boletines pero que pueden revestir importancia para los poderes económicos y probablemente estarían interesados en concurrir a los mismos.

Una solución utilizada para dar respuesta a ésta problemática ha sido la de la creación de las Plataformas y Portales de Contratación, los cuales permiten centralizar diversos perfiles del contratante en una misma plataforma o portal electrónico. De esta forma, a nivel estatal el artículo 334 del Texto Refundido de la LCSP establece que «la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita dar publicidad a través de Internet a las convocatorias de licitaciones y sus resultados y a cuanta información consideren relevante relativa a los contratos que celebren, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos. En todo caso, los perfiles de contratante de los órganos de contratación del sector público estatal deberán integrarse en esta plataforma, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma. La Plataforma de Contratación del Estado se interconectará con los servicios de información similares que articulen las Comunidades Autónomas y las Entidades locales en la forma que se determine en los convenios que se concluyan al efecto».

Cabe destacar en este punto que previsión que realizó la LCSP para que todos los poderes adjudicadores articulasen sus perfiles del contratante a través de la Plataforma de Contratación del Estado no surtió los efectos esperados. Efectivamente, únicamente estaban obligados a publicar en esta plataforma su perfil del contratante «los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales», lo que supuso una escasa participación de los Órganos de Contratación, Entes, Entidades y Organismos que integran el resto del Sector Público, optando por la creación de perfiles propios, lo que suponía una gran fragmentación de la información en materia de compras públicas.

Una medida destinada a acabar con esta problemática ya advertida por el Informe CORA para la Reforma de la Administración Pública es la prevista por la Disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, que modifica el artículo 334 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Dicha medida afecta al cambio de denominación de la «Plataforma de Contratación del Estado» por el de «Plataforma de Contratación del Sector Público», suponiendo ya este cambio de nomenclatura toda una declaración de las intenciones que se pretenden alcanzar con esta modificación. Efectivamente, el cambio de la palabra «Estado» por las de «Sector Público» lleva a la conclusión de que esta última Plataforma aglutina a todos los Órganos de Contratación, Entes, Entidades y Organismos que integran el Sector Público y no solo a los que componen la Administración General del Estado, y es que con la modificación anteriormente mencionada en la Plataforma de Contratos del Sector Pública «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 medida afecta especialmente a las Entidades Locales, que son las que han creado la mayor parte de los perfiles del contratante existentes en España dado el nivel de descentralización territorial que ocupan, debiendo adoptar y aplicar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la previsión operada en el TRLCSP por la Ley de garantía de la unidad de mercado, que les obliga a hacer pública en la «Plataforma de Contratos del Sector Público» determinada información sobre los contratos públicos que adjudican.

La disposición adicional tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de Mercado establece que *«la Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 334 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pasará a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público. En la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público»*.

Por lo tanto, según se desprende del tenor de la disposición adicional tercera de la Ley de garantía de unidad de mercado existen dos posibles vías para dar cumplimiento a la obligación de publicar la convocatoria de licitaciones y sus resultados en la Plataforma de Contratación del Sector Público por los órganos de contratación no pertenecientes al Sector Público Estatal, ya que cabe recordar que estos últimos vienen obligados a utilizar la Plataforma como perfil del contratante propio. Por lo tanto, los

órganos de contratación de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales podrían adoptar alguna de las dos alternativas siguientes:

a) La primera consistiría en la Adhesión a la Plataforma de Contratación del Sector Público, alojando su perfil del contratante en la misma.

b) La segunda supondría la agregación de información en la Plataforma de Contratación del Sector Público mediante mecanismos de interconexión, manteniendo su perfil del contratante fuera de la Plataforma de Contratación del Sector Público, pero notificando a esta la información que se publica.

No obstante lo anterior, recientemente y aprovechando los cambios que se estaban gestando en el derecho europeo de contratos públicos y haciéndonos eco de las palabras del profesor RIVERO ORTEGA de que «superar la gran crisis económica a la que todavía nos enfrentamos requiere sobre todo innovación, más que austeridad», lanzamos una propuesta innovadora consistente en la creación de un perfil del comprador europeo como instrumento para centralizar toda la información de cuantos contratos públicos se liciten en la Unión Europea.

En este sentido, el Parlamento Europeo puso de manifiesto en su resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, que la adjudicación electrónica de contratos públicos, en particular, abre nuevas perspectivas a la modernización de la administración en el ámbito de la contratación pública, a la vez que reiteraba que la contratación electrónica debe ser menos costosa, más ágil y más transparente que los procedimientos convencionales de contratación pública. Igualmente, señalaba la necesidad de seguir trabajando en relación con el acceso a la información y datos estadísticos fiables, comparables y objetivos a la vez que pedía a Comisión y a los Estados miembros el fomento del uso transfronterizo de la contratación pública electrónica. Creemos que la creación del perfil del comprador europeo como instrumento especializado en la centralización de la publicidad en materia de contratación pública puede ayudar a la consecución de estos objetivos marcados por el Parlamento Europeo y contribuir a alcanzar una contratación pública transparente y eficiente, ayudando a consolidar el mercado interior europeo de compras públicas⁷.

2. Perfil de proveedor

El segundo instrumento electrónico es el perfil de proveedor, en muchas ocasiones inordinado dentro del propio perfil de contratante. Se trata de una figura infrautilizada y poco desarrollada, pero que entendemos que debe de ser potenciada como punto importante en el desenvolvimiento de las relaciones entre los poderes adjudicadores y los proveedores de bienes y servicios. En este proceso electrónico de comunicación, deben de llevarse a cabo las medidas necesarias para permitir a los poderes económicos registrarse electrónicamente y poder acceder a través de su correspondiente certificado digital a su propio perfil de proveedor, mediante el cual debe de permitírsele

7 GARCÍA JIMÉNEZ, A., "El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública", *Revista de Administración Pública*, n. 192, 2013.

llevar a cabo todas las actuaciones de comunicación con el órgano competente del procedimiento de adjudicación.

Por lo tanto, un perfil de proveedor debe de tener la capacidad suficiente como para permitir a cualquier proveedor autenticado presentar sus ofertas, realizar pujas electrónicas, así como la presentación de e-facturas, realizar órdenes electrónicas de pago y recepción de notificaciones telemáticas, para lo cual es clave la interoperabilidad no solo a nivel nacional, sino también Comunitario.

3. Presentación electrónica de ofertas

Si efectivamente quiere alcanzarse una comunicación íntegramente electrónica en los procesos de compra pública es necesario que los proveedores puedan presentar sus ofertas en formato electrónico, lo que puede alcanzarse a través de la figura de los catálogos electrónicos. Estos instrumentos son ampliamente utilizados por las Administraciones Públicas en toda Europa como apoyo a las necesidades en los procesos de compra de los pedidos y las facturas electrónicas en la contratación electrónica, principalmente para contratos repetitivos.

Aunque el uso de los catálogos electrónicos en las fase posterior a la adjudicación ya proporciona beneficios para todos los proveedores y compradores, su uso durante todo el ciclo de adjudicación de los contratos electrónicos puede ofrecer otros beneficios adicionales, tales como un incremento de la competencia, unos costes más bajos, un procesamiento automático, así como una mayor eliminación de la burocracia y la reducción de la duración de los procesos de contratación, si bien dicha introducción durante todo el proceso de contratación electrónica presenta grandes retos organizativos y técnicos.

A falta de una definición de los catálogos electrónicos en las Directivas Comunitarias, estos pueden ser considerados como documentos electrónicos, que describen los productos o servicios de un proveedor para una licitación específica. Por lo tanto, el contenido y el formato de los catálogos electrónicos deben permitir a los proveedores presentar o describir sus productos ofertados de forma sencilla y sin ambigüedades, incluyendo en ella el precio detallado.

Con la finalidad de maximizar los beneficios de la utilización de los catálogos electrónicos, sería deseable que su contenido y su formato, como la forma en que los datos de los catálogos electrónicos son intercambiados por las partes, fueran estandarizados, así como que su tratamiento se lleve a cabo de forma automatizada⁸.

Otro instrumento relacionado con la presentación de ofertas pero de diferente corte que el catálogo electrónico es el sistema dinámico de adquisición⁹. Esta técnica de adquisición permite al poder adjudicador disponer de una gama particularmente amplia de ofertas y garantizar así una utilización óptima de los fondos públicos mediante

⁸ Véanse los informes *Electronic catalogues in electronic public procurement*, creado por la DG Internal Market and Services (European Commission), y *eCatalogue and classification* elaborado por la European Committee for Standardization.

⁹ GARCÍA JIMÉNEZ, A., "Técnicas e Instrumentos para la contratación electrónica y agregada", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 161, 2014, pp. 335-339.

una amplia competencia con respecto a los productos, obras o servicios comúnmente utilizados o disponibles generalmente en el mercado.

La nueva Directiva relativa a la Contratación pública regula esta figura en el artículo 34, y prevé su utilización para las compras corrientes, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades de los poderes adjudicadores. El sistema dinámico de adquisición es un proceso totalmente electrónico, y estará abierto durante todo el período de vigencia del sistema de adquisición a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección. Podrá dividirse en categorías de productos, obras y servicios, que serán definidas objetivamente conforme a las características de la contratación que vaya a realizarse en la categoría de que se trate.

Una de las principales modificaciones que ha sufrido esta técnica en la nueva Directiva es la previsión de que los poderes adjudicadores sigan las normas previstas para el procedimiento restringido, mientras que la Directiva 2004/18 lo regulaba como una modalidad del procedimiento abierto.

4. Orden y notificación electrónicas

Para una comunicación íntegramente electrónica se hace necesaria la posibilidad de que el poder adjudicador pueda emitir órdenes y notificaciones electrónicas a sus proveedores. La orden electrónica o e-Ordering comienza con la emisión de una orden de un comprador y termina con la recepción de una respuesta del proveedor a dicha orden a través de medios electrónicos. Las órdenes electrónicas permiten establecer la comunicación en formato electrónico entre los poderes incardinados en los procesos de compra pública, garantizando el flujo de información entre las diferentes partes del proceso, a través de modelos específicos que permitan asegurar la sincronización de datos.

Por otra parte, son necesarios mecanismos que permitan llevar a cabo notificaciones electrónicas con todas las garantías jurídicas, si bien esta práctica puede llevarse a cabo a través del certificado digital que de acceso a los licitadores a su correspondiente perfiles de proveedor, de forma que se facilitaría el acceso a este tipo de documentos.

5. Factura Electrónica

La implantación de la factura electrónica en la contratación pública ha sido fuertemente impulsada en los últimos meses¹⁰, tanto a nivel Comunitario como a nivel na-

10 Algunos artículos doctrinales que profundizan en torno a la factura electrónica en la contratación pública son DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., "Impulso a la factura electrónica", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, n. 23, 2013, pp. 2303-2311; GARCÍA JIMÉNEZ, A., "La implantación de la factura electrónica en las compras públicas", *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 35, enero 2014; CALVO DEL CASTILLO, V., "Las modificaciones que afectan a la gestión económico financiera de las entidades locales en materia de endeudamiento, deuda comercial, estabilidad, registro de facturas y factura electrónica", en M.J. Domingo Zaballos (dir.), *Reforma del Régimen Local: la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 827-874; y CALVO VÉRGEZ, J., "La implantación de la factura electrónica y del registro contable de facturas en el ámbito del sector público ¿un paso adelante en la lucha contra la morosidad?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4, 2014, pp. 221-236.

cional. En efecto, recientemente ha tenido la aprobación de la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, una norma que deberá ser transpuesta por los estados miembros a más tardar el 27 de noviembre de 2018 y que dispone que «la Comisión pedirá al organismo europeo de normalización pertinente que elabore una norma europea para el modelo de datos semánticos destinado a los elementos esenciales de una factura electrónica» a la que denomina «Norma europea sobre facturación electrónica».

En España recientemente vio la luz la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, cuya principal característica es utilización obligatoria de la factura electrónica por las Administraciones Públicas y los proveedores que les suministran bienes y servicios, salvo determinados supuesto que permiten su exclusión, tales como la previsión reglamentaria de que queden excluidas las facturas por un importe igual o inferior a los 5.000 euros.

La Ley 25/2013 prevé un sistema de presentación de facturas electrónicas que debe de dejar constancia de la presentación de la factura en tres registros diferentes. De esta forma, el artículo 3 de la Ley 25/2013 obliga a los proveedores que hayan expedido factura por los servicios prestados o bienes entregados a cualquier Administración pública a presentarla ante un registro administrativo, en los términos previstos en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación de servicios, estableciendo que en tanto no se cumplan los requisitos de tiempo y forma de presentación determinados por dicha Ley, no se entenderá cumplida esta obligación de presentación de facturas en el registro. La obligatoriedad de presentar la factura ante un registro administrativo permite una mayor protección de los proveedores, al quedar constancia en registro público de la presentación de la misma, con indicación de la fecha y hora de entrada.

El segundo registro y como una de las principales novedades que introduce la nueva Ley 25/2013, es la prevista por su artículo 6, la cual prevé la obligatoriedad del Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales, de disponer de un punto general de entrada de facturas electrónicas a través del cual se reciban todas las facturas electrónicas que correspondan a entidades, entes y organismos vinculados o dependientes.

La Administración General del Estado es la única de las tres administraciones territoriales que debe de disponer obligatoriamente de un punto general de entrada de facturas electrónicas, el cual ya ha sido materializado a través del FACe¹¹. Por su parte, las comunidades autónomas tienen la opción de articular sus propios puntos generales de entrada de facturas electrónicas o de adherirse al creado por el Estado. Algunas de ellas como las de Castilla-La Mancha, Castilla y León, Galicia, Canarias, Región de

¹¹ <https://face.gob.es/es/>.

Murcia y La Rioja han optado por disponer de sus propias plataformas de facturación electrónica.

En tercer lugar, la Ley 25/2013 dispone que a partir del pasado uno de enero todas las facturas que se expidan por los servicios prestados o bienes entregados a las citadas entidades, cualquiera que sea su soporte, electrónico o en papel, deberán ser objeto de anotación en el correspondiente registro contable de facturas, que estará integrado o interrelacionado con el respectivo sistema de información contable de la entidad u organismo público, y gestionado por el órgano o unidad administrativa que tenga atribuida la función de contabilidad.

Recientemente ha sido publicada la Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público, y tiene por objeto determinar los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas, con el fin de garantizar su integridad y seguridad, y la interoperabilidad con otros sistemas afectados en la tramitación de las facturas en desarrollo de la disposición final sexta de la Ley 25/2013. Esta Orden resulta de aplicación a los sujetos incluidos en el ámbito subjetivo establecido en el artículo 2 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, por lo que las entidades locales también se encuentran sujetas a sus disposiciones.

Para el cumplimiento de su función, el registro contable de facturas de cada administración pública estará interrelacionado o integrado en su sistema de información contable al objeto de registrar todas las facturas de la entidad con el alcance que se determina en la Ley 25/2013 y de proporcionar al sistema contable la información necesaria para el seguimiento del cumplimiento de los compromisos de pago y para la determinación del periodo medio de pago a proveedores.

El reto es el de garantizar la interoperabilidad de este entramado electrónico, ya que cuando se apruebe la Norma europea sobre facturación electrónica, nuestro sistema de gestión de facturas electrónicas habrá de ser compatible con el previsto por la Unión Europea. Entre tanto, nosotros hemos manifestado nuestra opinión de que para que el proceso de implantación de la factura electrónica tenga éxito es necesario crear un registro telemático, una especie de registro integrado de e-facturas, que permita a los proveedores presentar su factura en formato electrónico una única vez y que quede constancia de la misma en todos los registros necesarios, sin que sea necesario ningún trámite adicional por parte de los mismos. Al mismo tiempo, a través del registro en cuestión, debe de permitirse a los proveedores consultar el estado en el que se encuentra su factura. Para conseguir estos objetivos es fundamental que se cumplan dos requisitos: interconexión e interoperabilidad¹².

La interoperabilidad permite que la información se presente y se trate de manera uniforme entre los sistemas de gestión, independientemente de su tecnología, aplica-

12 GARCÍA JIMÉNEZ, A., "La articulación de la factura electrónica en la contratación pública local", *Revista catalana de dret públic*, n. 49, 2014.

ción o plataforma¹³. La interconexión hace posible que los distintos registros electrónicos por los que debe de transitar la factura electrónica a lo largo de su tramitación y gestión tengan un nexo de unión que permita a los proveedores identificarlo como un solo registro.

IV. La objetivización del procedimiento de adjudicación: la subasta electrónica

La Directiva 2004/18/CE define a la subasta electrónica en su artículo 1.7 como «un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos». Por su parte artículo 148 del TRLCSP considera a la subasta electrónica como un proceso iterativo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos.

Cabe destacar que la subasta electrónica no es un procedimiento de adjudicación, ya que se trata de «un mecanismo de mejora de las ofertas que entra en juego tras una primera evaluación de la misma»¹⁴, y como puntualiza GALLEGO CÓRCOLES, «no determina con base a qué criterios se va a seleccionar al contratista», tratándose en su opinión de «una forma de automatización relativa de la adjudicación del contrato que puede emplearse en determinados procedimientos de licitación»¹⁵. Asimismo, IVARS BAÑULS señala que «la subasta electrónica actúa únicamente en el procedimiento de adjudicación del contrato como un proceso para la selección del contratista», tratándose de «una reedición del antiguo sistema utilizado por las Corporaciones Locales de subasta mediante pujas “a la llana”, que con las nuevas tecnologías se realiza a través de sofisticados sistemas informáticos».¹⁶

Por lo tanto, la subasta electrónica se configura como una forma específica de licitación y, como tal, puede utilizarse tanto si el único criterio de adjudicación es el precio como si ha de atenderse a otros factores para determinar la oferta económicamente más ventajosa, por lo que no tiene nada que ver, por tanto, con la antigua forma de adjudicación por subasta de nuestro Derecho, ligada al primero de esos criterios de adjudicación⁵⁷. De hecho, el artículo 54.2 de la Directiva 2004/18/CE establece que la subasta electrónica se basará: o bien únicamente en los precios, cuando el contrato se adjudique al precio más bajo, lo que se correspondería con la «subasta tradicional»;

13 GARCÍA JIMÉNEZ, A., «La implantación de la factura electrónica en las compras públicas», *op. cit.*, p. 6.

14 PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, p. 159.

15 AA.VV., *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008, p. 598.

16 CATALÁ MARTÍ, J.V., *et al*, *La Contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 384.

o bien en los precios y/o en los valores de los elementos de las ofertas indicados en el pliego de condiciones, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, en los que operaría el concurso.

V. Open data: acceso electrónico a los resultados de las licitaciones

La información utilizada y generada en los procedimientos de compra pública debe de ser puesta a disposición de los ciudadanos de modo que puedan acceder a ella de forma sencilla y clara. Se ha hablado en numerosas ocasiones de que un exceso de publicación de información puede evitar que las personas interesadas puedan acceder a los datos realmente importantes. No obstante, esta afirmación no debe de convertirse en una afirmación ni en un argumento para evitar que se haga pública toda la información posible sobre los contratos licitados o en proceso de adjudicación. Para evitar que los ciudadanos y aquellas personas que tienen intención de acceder a los datos sobre compra pública, es preciso que estos sean ordenados y estructurados de forma que sean fácilmente accesibles y permitan acceder a aquellas parcelas de información que se precisan en cada momento.

La consecución de una administración transparente conlleva dos hechos fundamentales: el primero es el de hacer pública toda la información disponible y que es posible publicitar; y el segundo es que esa información se encuentra estructurada de forma clara y concisa. Una Administración transparente cuya gestión es modélica no debe de tener ningún temor a hacer públicas sus licitaciones, sino más bien todo lo contrario, ya que tiene la oportunidad de permitir a los administrados conocer de primera mano que gestiona los fondos públicos de forma eficiente.

«Está claro que la información es uno de los activos más importantes que posee cualquier organización, tanto si pertenece al ámbito público como si pertenece al privado. En estos últimos años la Administración Electrónica está recibiendo un importante impulso, sobre todo desde un punto de vista jurídico, que ha permitido transponer las garantías jurídicas que existen en el mundo real al mundo virtual, junto con una gran evolución de las tecnologías. Esta información que poseen las administraciones puede llegar a ser de interés, tanto para la ciudadanía como para las empresas privadas, viendo estas últimas una clara línea de negocio en lo que respecta a la explotación de esta información»¹⁷.

En los últimos años se han aprobado diversas leyes que tratan de impulsar la transparencia en la gestión de las Administraciones Públicas y la reutilización de la información del Sector Público. En el primer caso, cabe destacar la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en tanto que en el segundo encontramos la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público, modificada recientemente por la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del consejo de 26 de junio de 2013,

¹⁷ Véase Boletín divulgativo AURREA, n. 35, septiembre de 2009, p. 6.

y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

La publicación de los resultados de los procesos de contratación pública tiene por lo tanto dos efectos positivos principalmente: el primero de ellos es que permite a los ciudadanos conocer la gestión de los fondos públicos y les permite enjuiciar la actuación de los poderes públicos; la segunda es la de generar valor a través de la información publicada, ya sea a través de la generación de nuevo conocimiento mediante el tratamiento de los datos disponibles o de su gestión a través de las denominadas empresas infomediarias¹⁸, generando de esta forma valor económico y científico para la sociedad.

VI. Conclusiones

La contratación pública electrónica constituye en poderoso instrumento para conseguir una contratación pública más eficiente y avanzar en la lucha contra la corrupción. En este trabajo hemos intentado poner de relieve como la utilización de mecanismos electrónicos en todas las fases de licitación puede reducir la discrecionalidad política y reforzar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Los medios electrónicos permiten la objetivización de las adjudicaciones al tiempo que facilitan tanto a los poderes adjudicadores como a los proveedores la participación en los procesos de compra pública, al tiempo que se consiguen ahorros significativos.

La puesta a disposición de la información generada por los procedimientos de contratación no solo contribuye a incrementar la transparencia, la buena gestión y en definitiva el buen gobierno y la buena administración, sino que pueden dar lugar a la creación de una economía basada en la generación de valor y conocimiento por empresas especializadas a través de la gestión de dichos datos.

La cuestión más compleja quizás se desprenda del necesario respeto de los principios jurídicos que rigen nuestro sistema normativo, y en el caso de la contratación pública el respeto de los principios generales que la inspiran, si bien es cierto que como señala VALERO TORRIJOS «el efectivo aprovechamiento de las ventajas y posibilidades que permite la tecnología requiere llevar a cabo una reformulación de las garantías jurídicas aplicables, que han de someterse necesariamente a un proceso de revisión a fin de que no terminen por convertirse en un obstáculo injustificado, tanto por lo que respecta al ejercicio de sus derechos por parte de los ciudadanos como, en su caso, por parte de otras autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo»¹⁹.

18 Las empresas infomediarias pueden ser definidas como aquéllas «cuyo modelo de negocio reside en la creación de productos y servicios de valor añadido a partir del análisis y posterior tratamiento de la información (datos) que las administraciones públicas ponen a disposición de la ciudadanía y empresas». Boletín divulgativo AURREA, n. 44, junio de 2013, p. 8.

19 VALERO TORRIJOS, J., «El acceso y reutilización de la información administrativa. Implicaciones jurídicas del proceso de modernización tecnológica de las Administraciones Públicas en su actual y futura configuración», *Diario La Ley*, vol. 7.800, 2012, p. 11.

Por tanto cabe concluir que la contratación electrónica es una fuente de innovación importante aplicada a la contratación pública, donde las nuevas tecnologías y, porque no decirlo, la capacidad inventiva de los informáticos y administrativistas puede dar mucho juego para mejorar nuestro sistema de compras públicas, si bien la dificultad estriba en salvaguardar la seguridad jurídica y los principios esenciales de la contratación pública, en el que innovación y derecho están condenados a entenderse para no obstaculizarse el uno al otro²⁰.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008.

Boletín divulgativo AURREA, n. 35, septiembre de 2009.

Boletín divulgativo AURREA, n. 44, junio de 2013.

CALVO DEL CASTILLO, V., “Las modificaciones que afectan a la gestión económico financiera de las entidades locales en materia de endeudamiento, deuda comercial, estabilidad, registro de facturas y factura electrónica”, M.J. Domingo Zaballo (dir.) *Reforma del Régimen Local: la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

CALVO VÉRGEZ, J., “La implantación de la factura electrónica y del registro contable de facturas en el ámbito del sector público ¿un paso adelante en la lucha contra la morosidad?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4, 2014.

CATALÁ MARTÍ, J.V., et al, *La Contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de Integridad en la Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., “Impulso a la factura electrónica”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, n. 23, 2013.

GARCÍA JIMÉNEZ, A., “El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, n. 192, 2013.

GARCÍA JIMÉNEZ, A., “Técnicas e Instrumentos para la contratación electrónica y agregada”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 161, 2014.

20 Sobre la relación entre derecho e innovación reflexiona VALERO TORRIJOS, J. en su libro *Derecho, innovación y administración electrónica*, Global Law Press, Sevilla, 2013.

- GARCÍA JIMÉNEZ, A., “La implantación de la factura electrónica en las compras públicas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 35, enero 2014.
- GARCÍA JIMÉNEZ, A., “La articulación de la factura electrónica en la contratación pública local”, *Revista catalana de dret públic*, n. 49, 2014.
- MORENO MOLINA, J.A., “Novedades en la legislación de contratación pública”, J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MORENO MOLINA, J.A., “La nueva Directiva sobre contratación y su incorporación al Derecho español”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n. 129, 2014.
- PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.
- RIVERO ORTEGA, R., “¿Es necesaria una revisión del Régimen de los Contratos Administrativos en España?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 121, 2004.
- VALERO TORRIJOS, J., “El acceso y reutilización de la información administrativa. Implicaciones jurídicas del proceso de modernización tecnológica de las Administraciones Públicas en su actual y futura configuración», *Diario La Ley*, vol. 7.800, 2012.
- VALERO TORRIJOS, J., *Derecho, innovación y administración electrónica*, Global Law Press, Sevilla, 2013.

LA COLLABORAZIONE PUBBLICO PRIVATA SECONDO L'IMPOSTAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA. LA COLABORACIÒN PUBLICO PRIVADA SEGÙN LA UNIÒN EUROPEA

FEDERICO LAUS

Doctorando en Derecho Administrativo

Università di Bologna

I. La premessa dell'impulso europeo

Il concetto di collaborazione pubblico privata è oggetto di molteplici traduzioni applicative sul territorio europeo.

Secondo la Dottrina si tratta sostanzialmente di una nozione descrittiva o, meglio, di una generale opportunità di realizzazione delle funzioni amministrative, priva di una definizione standard e unitaria.

Tuttavia, nonostante la sua applicazione sia notevolmente differente da Paese a Paese, a seconda dell'impostazione adottata dal legislatore interno, occorre tentare di fornire un contenuto a tale nozione che altrimenti risulterebbe priva di significato giuridico.

Nondimeno, è fondamentale ricostruire la cornice del rapporto ad essa sotteso.

Come noto, l'istituto, di origine anglosassone, deve la sua fortuna recente all'impulso dell'Unione Europea, la quale, mediante atti di *hard* e *soft law*, si è interessata diffusamente alle istanze collaborative tra pubblico e privato.

I Trattati europei prevedono una competenza delle istituzioni dell'UE ad intervenire su numerosi temi connessi alle politiche di sviluppo, nonché ad attività di interesse pubblico.

Orbene, le proposte europee si traducono spesso in iniziative funzionali allo sviluppo e alla crescita degli Stati membri nella loro dimensione extra-nazionale, giustificando così l'azione dell'UE. Ciò avviene, frequentemente, con l'obiettivo di armoniz-

zare la legislazione degli Stati membri, con lo scopo di fornire sostegno all'attuazione dei diritti sociali e civili, anche indirettamente, e con l'intenzione di rendere tale tutela effettiva.

Il crescente ampliamento dei diritti insiti nella nozione di Stato sociale, modello diffuso nel continente europeo, ha richiesto uno sforzo sempre maggiore degli Stati membri, ed un'attenzione specifica alla ricerca di nuovi modelli di gestione.

Tuttavia, gli interventi pubblici nella garanzia e attuazione dei diritti, nonché la risposta pubblica alle esigenze del cittadino, si sono dimostrati insufficienti, per difficoltà di natura economica e gestionale.

Si è, pertanto, avvertita da più parti l'esigenza di individuare forme di intervento dei privati nel settore dei servizi pubblici e, più in generale, nell'esecuzione delle funzioni pubbliche, principalmente al fine di attrarvi relativi capitali e competenze.

Si è diffusa la convinzione che la collaborazione pubblico privata possa contribuire alla ripresa economica e allo sviluppo sostenibile dell'Unione europea e dei suoi Stati membri, diventando così essenziale la corretta combinazione delle capacità e dei capitali pubblici e privati.

II. La costruzione della nozione di collaborazione pubblico privata

L'interpretazione letterale del concetto consentirebbe di riferirsi, in termini generali, a molteplici tipologie di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato, realizzate nell'ampio settore della attività amministrativa.

In particolare, con riferimento alla contrattazione pubblica, l'espressione collaborazione pubblico privata continua ad essere imprecisa, perché permetterebbe di ritenere che in ogni tipo di contratto pubblico si realizzi una collaborazione tra i due settori. Anzi, ogni rapporto in cui si realizza l'interesse pubblico potrebbe suggerire l'adozione del termine; dovendosi includervi, peraltro, anche le "entificazioni" del suddetto rapporto¹.

Si tratta di una nozione ambigua priva di una definizione unitaria e precisa, tanto a livello nazionale, quanto a livello comunitario, che si è andata sviluppando su impulso delle necessità che, volta per volta, la P.A. ha dovuto soddisfare.

Tuttavia, l'idea comune ad ogni intervento in materia consiste nell'incentivare il soggetto privato ad intervenire nella esecuzione delle funzioni pubbliche, assumendosi parte dei rischi inerenti a tale esecuzione, di modo che ciascuna parte apporti le sue risorse e competenze con il fine di operare nella maniera più efficiente possibile.

Nel rapporto collaborativo così individuato si realizza una suddivisione di incarichi tra pubblico e privato: da un lato, il soggetto pubblico fissa gli obiettivi, definisce gli standard per raggiungerli e protegge l'interesse pubblico; dall'altro, la parte privata

¹ Difatti, come vedremo, si intende ricondurre al termine "Partenariato" sia il Partenariato Istituzionalizzato (società miste ecc.), sia il Partenariato Contrattuale.

importa la regola del mercato, la sua esperienza imprenditoriale e mette a fuoco le necessità degli utenti del servizio.

Orbene, la collaborazione pubblico privata ricevette, all'inizio degli anni novanta, un impulso fondamentale da parte delle istanze comunitarie.

Inizialmente, tale sviluppo si è avuto per due distinte ragioni: da un lato, l'esigenza di rinnovare le infrastrutture e di migliorare le modalità di erogazione dei servizi pubblici; dall'altro, quella di rispettare le restrizioni di budget e i limiti di indebitamento pubblico fissati nel trattato di Maastricht.

Parallelamente, tale schema operativo si è viepiù consolidato in Europa come forma moderna di attuazione della politica di sviluppo economico, dietro impulso della legislazione comunitaria attraverso direttive, documenti di *soft law* e organismi di protezione².

Tale percorso ha preso avvio sostanzialmente con l'individuazione della figura di opera pubblica e la sua inclusione nella direttiva 93/37/CEE del Consiglio, sui procedimenti di aggiudicazione dei contratti pubblici³.

Successivamente a tale intervento, è emersa una nuova tipologia di rapporti che venne individuata con il termine anglosassone "*Public Private Partnership*" (PPP)⁴. Ciò trovò collocazione nel Libro Verde sulla contrattazione pubblica approvato nel 1996⁵, con cui si puntava a semplificare la normativa comunitaria in materia, nonché a creare una cornice regolatrice per le formule di collaborazione pubblico privata.

Già da tale intervento venne posto l'accento sull'importanza dell'incontro tra soggetto pubblico e privato e della chiara definizione dei rispettivi ruoli.

Difatti, sollecitando le PA ed i fornitori a sfruttare le possibilità offerte dalla normativa sugli appalti pubblici, la Commissione constatava "come numerosi acquirenti pubblici [sembrassero] non avere una conoscenza approfondita degli obblighi loro imposti e che i fornitori, specialmente le piccole e medie imprese, [sembrassero] spesso ignorare il potenziale offerto loro dal mercato"⁶.

Vengono così individuati alcuni aspetti chiave, fondamentali anche per la disciplina successiva e certamente ancora di rilievo attuale. Pone, infatti, l'attenzione sulla

2 Singolare, quanto a questo ultimo profilo, è la creazione di istituti quali l'*European PPP Expertise Centre* (EPEC) a livello europeo, nonché la *United Nation Economic Commission for Europe* (UNECE) a livello internazionale.

3 L'interesse sul settore privato veniva, peraltro, consolidato anche con l'approvazione, da parte della Commissione Europea, del *Libro Bianco Crescita, competitività, occupazione - Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, 5 dicembre 1993, COM (93) 700, con cui si intese promuovere la partecipazione del settore privato nella realizzazione e nel finanziamento dei progetti di reti trans-europee, nella convinzione che tale metodo avrebbe consentito di accelerare lo sviluppo e migliorare l'efficacia.

4 A proposito dell'origine anglosassone del PPP, è utile evidenziare che negli anni 1993-1994 il governo britannico ha varato un'ampia politica di delega di lavori e servizi pubblici, denominata *Private Finance Initiative* (PFI). Tale sistema prevede l'affidamento ad un'impresa privata, per una data opera pubblica, di un incarico globale comprendente «progettazione, finanziamento, costruzione, gestione e manutenzione» dell'opera stessa.

5 Commissione Europea, *Libro verde "Gli appalti pubblici nell'Unione europea - Spunti di riflessione per il futuro"*, 27 novembre 1996, COM (96) 583.

6 Commissione Europea, *Libro verde*, 27 novembre 1996, cit., sommario par. 7 e capitolo 4.

formazione e sull'informazione, nonché sullo sviluppo delle procedure elettroniche, con il fine di accrescere la trasparenza e migliorare l'accesso agli appalti pubblici.

Le istituzioni comunitarie, tuttavia, non individuarono una definizione del concetto di collaborazione pubblico privata fino all'inizio degli anni 2000.

Nell'ambito del percorso che portò al Libro Verde del 2004 (di cui si parlerà più avanti), una posizione particolarmente interessante per l'interprete è ricoperta dalle Linee Guida per il successo del partenariato pubblico-privato, pubblicate dalla Commissione Europea nel marzo del 2003⁷.

Si nota come la Commissione avesse compreso che le disposizioni in tema di "Public-Private Partnerships" erano guidate dalle difficoltà dei fondi pubblici di soddisfare le esigenze di investimento, ma anche dal tentativo di aumentare la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici.

Così, analizzando le esperienze realizzate fino a quel momento, la Commissione individua quattro ruoli principali per il settore privato negli strumenti di PPP:

- 1) fornire capitali aggiuntivi;
- 2) apportare capacità di gestione alternative;
- 3) fornire un valore aggiunto per i consumatori e gli utenti in generale;
- 4) garantire una migliore individuazione dei bisogni e un uso ottimale delle risorse.

Viene, così, delineato un primo profilo del ruolo che il privato viene chiamato ad assumere nelle molteplici traduzioni del rapporto collaborativo.

Ciò che è certamente evidente ancora oggi è che, tuttavia, se i PPP possono presentare una serie di vantaggi, si deve ricordare che tali sistemi sono complessi da progettare, implementare e gestire. Per tale motivo ancora oggi, a distanza di 10 anni, si discute sulla corretta traduzione dello schema collaborativo, in termini di efficacia ed efficienza.

In conclusione, i PPP di successo richiedono un efficace quadro legislativo e di controllo, nonché l'individuazione per ogni partner di obiettivi ed esigenze.

Così, la Commissione europea, nel riconoscere l'importanza dei PPP, avvia una stagione normativa particolarmente intensa, tesa alla ricerca di un quadro giuridico efficace per garantire l'applicazione delle norme e dei principi del trattato.

1. Sulla scia del Libro Verde del 2004

Il primo intervento organico sul tema si rinvenne, tuttavia, solo nel 2004, con il Libro Verde del 30 aprile 2004 della Commissione europea sui Partenariati pubblico-privati e sul diritto degli appalti pubblici e delle concessioni⁸.

⁷ Commissione Europea, *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, marzo 2003.

⁸ Commissione Europea, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM (2004) 327.

Il libro citato precisa che tali strumenti costituiscono “forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio”.

A titolo di prima definizione del fenomeno, la Commissione rivela che le operazioni di partenariato pubblico-privato (PPP) sarebbero connotate dai seguenti caratteri: 1) la collaborazione di lungo periodo tra la pubblica Amministrazione ed il partner privato; 2) la modalità di finanziamento del progetto fondata in larga misura dalle garanzie fornite dalla parte privata⁹; 3) la ripartizione dei compiti che assegna alla parte privata la responsabilità delle varie fasi di vita del progetto ed a quella pubblica la definizione degli obiettivi e la funzione di verifica e di controllo; 4) la ripartizione dei rischi, addebitati di solito al soggetto privato¹⁰. Occorre, tuttavia, rilevare sin da subito che gli elementi qui riportati non costituiscono caratteri tassativi dello schema partenariale al di fuori dei quali non è consentita alcuna novità, ma, al contrario, vengono ammesse numerose deroghe.

Tale considerazione risulta fondamentale in virtù delle frequenti interpretazioni restrittive che porterebbero a limitare il fenomeno, che parrebbe invece avere un respiro più ampio ed un contenuto aperto¹¹.

Come ormai risulta chiaro, la disciplina approntata dall’Unione Europea, e per essa dalla Commissione in questo Libro Verde, rappresenta una cornice, il cui contenuto è affidato alle traduzioni dei singoli Paesi, più consapevoli delle esigenze e delle peculiarità dei propri ordinamenti interni.

La Commissione, proseguendo nel delineare il fenomeno partenariale, operando principalmente una fotografia delle esperienze osservate sul territorio europeo, rileva come il fenomeno dei PPP si sia sviluppato in molti settori rientranti nella sfera pubblica.

Le ragioni sottese a tale fenomeno vengono individuate, da un lato, nella risposta alle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono fare fronte, che impongono la necessità di ricercare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico.

D’altro lato, è evidente la volontà di beneficiare maggiormente del “*know-how*” e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica.

Infine, per comprendere le ragioni sottese allo sviluppo dei PPP, occorre approfondire la tendenza evolutiva del ruolo dello Stato, che passa dal ruolo di operatore diretto a quello di organizzatore, di regolatore e di controllore.

9 Anche se sotto questo profilo la stessa Commissione precisa che spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati.

10 Anche qui occorre precisare, anche alla luce delle frequenti incomprensioni sorte nel dibattito sul tema, che la Commissione prosegue puntualizzando che “i PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all’operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi”.

11 A parere di chi scrive, infatti, il fenomeno dovrebbe assumere più che altro un ruolo di schema-promotore di strumenti di realizzazione delle funzioni pubbliche. Si noti al proposito che la traduzione principale del termine anglosassone *partnership* si rinviene nel generico rapporto collaborativo e non in un rigido istituto.

È evidente, pertanto, che il grado di radicamento del fenomeno collaborativo dipenda in larga parte dalla tradizione giuridica di ciascun Paese e dal ruolo che nei diversi ordinamenti viene assunto dallo Stato.

In ultimo, per completare la panoramica di quanto osservato dalla Commissione, assume sicuro rilievo la distinzione tra i PPP di tipo puramente contrattuale, in cui il partenariato tra settore pubblico e settore privato si fonda su legami esclusivamente convenzionali, ed i PPP di tipo istituzionalizzato, che implicano una cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad un'entità distinta.

Tale distinzione accompagna, ormai, indissolubilmente il dibattito legislativo e dottrinale sul tema, rilevando soprattutto in ogni occasione in cui si analizzi il fenomeno dell'*in house providing*.

Successivamente all'intervento del Libro Verde, il partenariato pubblico-privato, e con esso le vicende connesse al rapporto collaborativo, è stato più volte oggetto di osservazioni e revisioni da parte delle istituzioni comunitarie, nel tentativo di creare una cornice in cui gli Stati potessero sviluppare una propria disciplina coerente con gli obiettivi fissati.¹²

Ed è evidente che gli strumenti in esame erano destinati a produrre conseguenze sull'effettività e la qualità dei servizi pubblici offerti, qualora erogati dal privato ma garantiti dal pubblico, secondo la rinnovata ripartizione dei ruoli.

Al proposito, il ruolo affidato al partenariato nella gestione delle funzioni pubbliche è sempre più evidente alla luce degli interventi delle Istituzioni.

Non vi è dubbio che il dibattito avviato dal Libro verde abbia suscitato notevole interesse intorno al fenomeno partenariale e che si sia trattato di un'iniziativa, in generale, accolta favorevolmente.

La Commissione ha ricevuto quasi 200 contributi da un ampio ventaglio di partecipanti, compresi molti Stati membri. Sia il Comitato economico e sociale europeo¹³,

12 Gli interventi successivi al Libro Verde del 2004 sono costituiti principalmente da: Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, 15 ottobre 2005 COM (2005) 0569; Parlamento europeo, *Relazione sui partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, 16 ottobre 2006; Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 26 novembre 2006, 2006/2043 (INI); Commissione Europea, *Comunicazione interpretativa della commissione delle comunità europee sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, 5 febbraio 2008, COM (2007) 6661; Commissione Europea, *Comunicazione - Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privati*, 19 novembre 2009, COM (2009) 615; Parlamento europeo, *Risoluzione sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici*, 18 maggio 2010, 2009/2175 (INI).

13 CESE, *Parere sul Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 27-28 ottobre 2004, CESE 1440/2004. In questo contributo viene sottolineata l'indubbia difficoltà a raggiungere un'uniformità terminologica ed una chiarezza delle definizioni, anche alla luce delle differenze giuridiche prodotte dalla diversità applicativa. Inoltre, in esso, "il CESE considera il PPP uno strumento economico dinamico e flessibile, in grado di fungere da catalizzatore per la presa in considerazione di determinati obiettivi economici, sociali ed ambientali come lo sviluppo sostenibile, l'occupazione e l'integrazione sociale, nonché uno strumento in grado di determinare un miglioramento reciproco delle culture dei partner pubblici e privati".

sia il Comitato delle regioni¹⁴ hanno adottato pareri sul Libro verde. Nel maggio 2005 è stata pubblicata una relazione che analizza tutti i contributi presentati nel corso della consultazione pubblica¹⁵.

Il primo intervento di particolare interesse successivo al Libro Verde, però, a parere di chi scrive, è costituito dalla Comunicazione della Commissione del 2005, che ha inteso analizzare gli effetti delle esperienze pratiche dei Paesi membri, come illustrati nel corso della consultazione¹⁶.

In tale sede, viene rilevata la necessità di dedicare i successivi interventi a temi ancora non sviluppati compiutamente, quali la procedura di aggiudicazione delle concessioni e la creazione di imprese detenute congiuntamente da un partner pubblico e da un partner privato al fine di prestare servizi pubblici (c.d. PPP istituzionalizzati).

Viene precisato che la consultazione ha rivelato che i soggetti interessati sono sostanzialmente contrari ad un nuovo regime riguardante tutti i PPP contrattuali, siano essi qualificati come appalti pubblici o come concessioni. Di conseguenza, la Commissione conferma di non intendere sottoporli a procedure di aggiudicazione identiche, senza con ciò voler ritenere esaurito il dibattito.

Viene, altresì, sottolineato il riscontro positivo ottenuto dallo strumento del dialogo competitivo, nuova procedura di aggiudicazione, specificamente pensata per gli appalti pubblici complessi e introdotta dalla direttiva 2004/18/CE; tale esito evidenzia il bisogno percepito dagli attori pubblici di avviare relazioni più flessibili e condivise con i partner privati.

E in tale direzione si pone il dibattito sui PPP a livello europeo.

Citando il Parlamento europeo, “i PPP costituiscono un modo possibile per organizzare il compimento dei compiti del settore pubblico e quest’ultimo anche in futuro deve conservare la facoltà di decidere se eseguire una funzione direttamente oppure tramite una propria impresa o con terzi del settore privato”¹⁷.

Lo stesso Parlamento, fornendo un’interessante definizione generale della categoria, considera che “i PPP possono essere descritti come una forma di cooperazione a lungo termine, disciplinata contrattualmente tra il settore pubblico e quello privato per l’espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse richieste sono poste in gestione congiunta e i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner del progetto”.

La Commissione, da parte sua, alla luce delle prime esperienze degli Stati membri, ha ribadito che “i PPP rappresentano forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e

14 Comitato delle regioni, *Parere sul Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 17 novembre 2004, (COM (2004) 327 def.), ECOS-037.

15 Commissione Europea, *Relazione*, 3 maggio 2005, SEC (2005) 629 del 3.5.2005.

16 Commissione Europea, *Comunicazione*, 15 ottobre 2005, cit.

17 Parlamento europeo, *Relazione*, 16 ottobre 2006, cit..

il settore privato finalizzate a modernizzare la creazione di infrastrutture e la fornitura di servizi pubblici strategici”¹⁸.

E, poi, tali strumenti “dovrebbero essere incentrati principalmente sulla promozione dell’efficienza nei servizi pubblici tramite la condivisione dei rischi e lo sfruttamento delle competenze del settore privato, ma possono anche alleggerire la pressione immediata sulle finanze pubbliche offrendo una fonte di capitale aggiuntiva”.

Conseguentemente, si può concludere che l’attenzione dell’UE si sia concentrata su prospettive da un lato di riduzione delle spese, dall’altro di maggiore efficacia ed efficienza nella erogazione dei servizi pubblici.

Risulta, così, evidente come l’UE non svolga più solo un ruolo di supporto all’attività dei singoli Stati, ma si ponga come soggetto di tutela degli interessi dei cittadini, ruolo comprensibile nell’ottica evolutiva della cittadinanza europea.

A tal proposito, è interessante vedere come la contrattazione pubblica svolga un ruolo fondamentale anche nella strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva¹⁹, in cui viene identificata come uno degli strumenti fondamentali del mercato europeo, necessario per raggiungere gli obiettivi di crescita fissati, mediante il miglioramento del contesto imprenditoriale e delle condizioni di mercato, stimolando, altresì, un uso più efficiente dei fondi pubblici.

Inoltre, la Commissione ha pubblicato il 27 gennaio 2011, il Libro verde sulla modernizzazione della politica degli appalti pubblici dell’Unione europea²⁰, che ha lanciato un’ampia consultazione pubblica sulle modifiche legislative che potrebbero essere fatte per facilitare e razionalizzare la procedura di aggiudicazione dei contratti e che consentano un uso migliore degli appalti pubblici a sostegno di altre politiche, aprendo così un dibattito finalizzato alla realizzazione di nuovi atti di impulso comunitari di cui dovremmo vedere a breve i primi risultati²¹. Non può, tuttavia, nascondersi che nella recente direttiva 23/2014 (direttiva concessioni), contrariamente a quanto ci si sarebbe aspettato in virtù delle precedenti specifiche attenzioni, il legislatore comunitario ha ommesso di citare i PPP, ritenendo probabilmente necessario riaffrontare la problematica, risolvendo previamente la confusione terminologica e di principio, che ha caratterizzato il dibattito tra gli Stati membri ed all’interno di essi nell’ultimo decennio.

Partendo dal ruolo di protagonista che l’Unione Europea ha ricoperto in materia, occorre ora vedere i principi ad essa connessi, nonché le applicazioni pratiche della disciplina nei Paesi membri (qui illustrate con riferimento a Italia e Spagna).

18 Commissione Europea, *Comunicazione*, 19 novembre 2009, cit., introduzione.

19 Commissione Europea, *EUROPA 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, 3 marzo 2010, COM (2010) 2020 def.

20 Commissione Europea, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, 27 gennaio 2011, COM (2011) 15 def.

21 In merito alle prossime proposte di riforma MORENO MOLINA, J.A., “La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 129, 2014.

III. I principi dei Trattati

Come anticipato, non esiste una disciplina europea sui PPP²², ma trattandosi pur sempre di fattispecie in cui un soggetto pubblico affida la prestazione di un'attività economica ad un soggetto terzo, il quadro normativo non può che essere quello proprio dei principi del Trattato, con particolare riferimento a quelli di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, e, più generalmente, quelli posti a presidio del principio di concorrenza²³.

Benché al momento non esista alcuna definizione unitaria di PPP a livello europeo, il concetto descrive genericamente accordi tra organismi pubblici e il settore privato, che si riferiscono a interventi sulle infrastrutture pubbliche oppure a servizi pubblici.

Pertanto, a prescindere dalle diverse traduzioni normative statali, occorre individuare la cornice di sistema, in quanto ogni atto duraturo che realizzi una collaborazione tra pubblico e privato deve essere esaminato alla luce delle norme e dei principi derivanti dal Trattato²⁴.

Innanzitutto, quindi, non può non rilevare il principio di libera concorrenza di cui agli art.101 ss TFUE, il cui vasto contenuto permea ogni normativa comunque connessa alla regolazione del mercato interno.

Tale principio si traduce, infatti, nell'esigenza di predisporre procedure che consentano la partecipazione di soggetti distinti, senza che concorrenti di efficienza pari siano privati della possibilità di esercitare le proprie attività sul mercato alle medesime condizioni.

Parimenti, poi, comportamenti e provvedimenti posti in violazione di principi generali del diritto dell'Unione, quali quelli di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento e di parità di trattamento, non possono essere mai considerati compatibili con il mercato comune.

Inoltre, occorre far riferimento ai principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, nonché ai principi di parità di trattamento e non discriminazione, cui si collegano quelli di trasparenza e di pubblicità, individuati negli artt.18, 49 e 56 TFUE, principalmente ad opera della Giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

A tal proposito la Corte ha ritenuto che "l'attribuzione di una concessione, effettuata senza alcuna trasparenza, ad un operatore avente sede nello Stato membro in cui si trova l'autorità aggiudicatrice costituisce disparità di trattamento a scapito degli operatori aventi sede in altri Stati membri, i quali non hanno alcuna possibilità concreta di manifestare il loro interesse ad ottenere la concessione di cui trattasi. Una siffatta disparità di trattamento è contraria ai principi di parità di trattamento e di non

22 Cfr. Parlamento europeo, *Relazione sui partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, 16 ottobre 2006, cit., in cui si dichiara la contrarietà alla creazione di un regime giuridico specifico per i PPP (punto 2 delle Osservazioni generali).

23 Commissione Europea, *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit. punto 8.

24 Intendendosi principalmente il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

discriminazione a causa della nazionalità e costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 Ce e 49 Ce²⁵, a meno che non sia giustificata da circostanze obiettive²⁶.

Detti principi fondamentali cui si deve ispirare l'attività della PA sono sintetizzati nel Libro Verde del 2004 secondo cui "il regime che deriva dalle disposizioni pertinenti del Trattato può essere riassunto negli obblighi seguenti: fissazione delle norme applicabili alla selezione del partner privato, pubblicità adeguata riguardo all'intenzione di assegnare una concessione ed alle norme che regolamentano la selezione al fine di permettere un controllo dell'imparzialità nel corso della procedura, messa in concorrenza reale degli operatori potenzialmente interessati e/o in grado di garantire lo svolgimento dei compiti in questione, rispetto del principio di parità di trattamento di tutti i partecipanti nel corso della procedura, aggiudicazione sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori"²⁷.

In altra sede, la Commissione europea sottolinea che lo scopo principale del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni è quello "di creare un mercato interno nel quale siano salvaguardati la libera circolazione dei beni e dei servizi, il diritto di stabilimento ed i principi fondamentali di parità di trattamento, di trasparenza e di mutuo riconoscimento e di far sì che, in tale mercato, i soldi spesi dalle autorità pubbliche per acquistare prodotti o per conferire a terzi il compito di prestare servizi o effettuare lavori siano ben spesi"²⁸.

Ecco, pertanto, l'obiettivo principale della produzione europea in tema di partenariato: non tanto l'individuazione di singoli strumenti e categorie contrattuali, quanto la creazione di un ampio paniere di opzioni metodologiche cui debbano essere applicati i principi fondamentali europei, allo scopo di garantire la tutela del mercato.

IV. Considerazioni sull'applicazione nell'ordinamento nazionale italiano ...

L'applicazione dell'istituto in esame da parte del Legislatore italiano non ha conosciuto una singola fase, ma una progressiva traduzione in molteplici strumenti, nei quali sia possibile individuare i caratteri essenziali del partenariato europeo, parzialmente inquadrato dall'art.3, co.15-ter, d.lgs.n.163/2006²⁹.

²⁵ Ora rispettivamente artt.49 e 56 TFUE.

²⁶ Così Corte giustizia UE sez. IV, 09/09/2010, n.64.

²⁷ Commissione Europea, *Libro verde*, 30 aprile 2004, cit., par.30.

²⁸ Commissione Europea, *Comunicazione*, 15 ottobre 2005, cit., p.4.

²⁹ Volendo adottare la terminologia usata dal legislatore italiano, "i contratti di partenariato pubblico-privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti" (d.lgs.n.163/2006 art.3, co.15 ter.)

Si tratta di casi in cui il privato contribuisce fattivamente allo svolgimento di una attività che è diretta al perseguimento di interessi pubblici, condividendo con il pubblico la responsabilità che da essa ne deriva³⁰.

La Dottrina si è recentemente interessata con assiduità al significato dello strumento così delineato. Diffusa è ora l'intenzione di non configurare il partenariato pubblico-privato quale istituto o categoria giuridica; diversamente, viene rappresentato come una "nozione descrittiva"³¹, uno "schema ricostruttivo"³², ovvero come "un modo d'agire nella realizzazione di interessi (anche) pubblici, un modello d'organizzazione e d'azione amministrativa"³³.

Nell'ordinamento giuridico italiano, le opere pubbliche e i servizi pubblici hanno costituito gli ambiti all'interno dei quali sono stati sperimentati i primi modelli di collaborazione pubblico privata. E a tale applicazione è seguito l'uso anche nel settore dei beni pubblici attraverso una valorizzazione del ruolo dei privati.

Certamente, l'aspetto più complesso del rapporto è costituito dalla necessità di raggiungere un equilibrio tra gli interessi coinvolti, di norma differenti: da un lato, la P.A. persegue l'interesse pubblico, nell'esecuzione dei suoi fini istituzionali; dall'altro, il privato si impegna per il perseguimento di interessi particolari, che solo incidentalmente possono coincidere con quelli pubblici, anche ove non si rivelino di matrice speculativa.

I principali atti normativi, contenenti gli istituti più affini al modello partenariale, sono certamente il già citato d.lgs.163/2006, nonché diverse norme c.d. speciali tra cui il d.lgs.502/1992 (nella sua versione attuale) in materia sanitaria e il d.lgs.42/2004 nel settore dei beni culturali.

Figura di particolare rilievo è quella relativa al *project financing*, che costituisce una delle traduzioni normative più prossime allo schema collaborativo comunitario; al proposito si pensi all'istituzione dell'*Unità Tecnica per la Finanza di Progetto* (UTFP)³⁴, avente il compito di promuovere la finanza di progetto in seno alle PA, con la creazione di un contesto favorevole allo sviluppo dello strumento³⁵.

30 MASTRAGOSTINO, F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011.

31 SCIULLO, G., "Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato ed i principi generali di riferimento", F. Mastragostino (a cura di), *op.cit.*.

32 CORTESE, F., "Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato", F. Mastragostino (a cura di), *op.cit.*.

33 DUGATO, M., "Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione", F. Mastragostino (a cura di), *op.cit.*.

34 Tra i contributi forniti dall'UTFP sull'argomento: EPEC-UTFP, *Una Guida ai PPP*, maggio 2011.

35 Sul tema si ritengono particolarmente interessanti le osservazioni contenute in VIVARELLI, M.G., "L'attività negoziale della pubblica amministrazione: contratti ed accordi con i privati. Le nuove forme di partenariato tra il project financing e il leasing finanziario", *Rivista Trimestrale degli appalti*, n. 2, 2013. Inoltre, NAPOLITANO, G., MAZZIERI, A. e NAPOLITANO, D. (a cura di), *Il project financing: profili civilistici, trust e patrimonio destinato, procedure e tecniche operative, aspetti economico-finanziari, altri strumenti di partenariato pubblico-privato*, Jovene, Napoli, 2006; LUGARESI N., "Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto", in F. Mastragostino (a cura di) *op.cit.*.

Sempre attinente al rapporto collaborativo pubblico-privato, non può dimenticarsi la crescente attenzione posta intorno al fenomeno dei ritardi dei pagamenti, che costituisce importante banco di prova della futuribilità degli strumenti collaborativi³⁶.

V. ... e nell'ordinamento nazionale spagnolo

Nell'ordinamento spagnolo, invece, la traduzione dell'istituto del PPP europeo si è avuta con la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Publico (LCSP) ed è attualmente tipizzato in termini identici nel Real Decreto Legislativo 3/2011, con il quale è stato approvato il Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico (TRLCSF).

In particolare, il contratto di collaborazione pubblico privata è definito dall'art.11 del TRLCSF come un contratto complesso caratterizzato da elementi peculiari e tassativi.

Secondo la norma sono contratti di collaborazione tra il settore pubblico e il settore privato quelli in cui una pubblica amministrazione o un ente pubblico imprenditoriale o analogo organo delle Comunità Autonome affida ad un soggetto di diritto privato, per un periodo determinato, l'attuazione di un'azione globale e integrata che – oltre al finanziamento di investimenti immateriali, opere o forniture necessari per il raggiungimento di determinati obiettivi di servizio pubblico o connesse con attività di interesse generale – comprenda una delle prestazioni indicate al comma 1 dello stesso articolo, tra cui la costruzione, l'installazione o la trasformazione di opere, la gestione integrale della manutenzione di strutture complesse, nonché ulteriori prestazioni di servizi relative allo sviluppo da parte della PA del servizio pubblico o di attività di interesse generale affidate.

A differenza dell'ordinamento italiano, in Spagna si rinviene, quindi, una traduzione apparentemente definita del concetto di collaborazione pubblico privata di cui al PPP europeo, anche se pure in questa dimensione si assiste all'estensione della nozione ad altri istituti contrattuali, nonché a forme di enti di economia mista³⁷.

Tuttavia, in entrambi gli ordinamenti nazionali esaminati l'obiettivo della collaborazione pubblico privata resta quello della garanzia di servizi pubblici, rispetto ai quali le sole forze pubbliche appaiono insufficienti.

36 La disciplina al proposito è contenuta nei d.lgs.135/2013, d.lgs. 192/2012 e d.lgs. n.231/2002, questi ultimi adottati espressamente in attuazione rispettivamente delle direttive 2011/7/UE e 2000/35/CE.

37 *Ex multis*, sul tema: HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público privada: fórmulas contractuales*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012; RIDAO I MARTÍN, J., *La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras: revisión crítica y recomendaciones de mejora del marco regulador (contratación, financiación, fiscalidad, contabilidad pública y control externo)*, Atelier, Barcelona, 2012; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (a cura di), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010; DORREGO DE CARLOS, A. e VÁZQUEZ MARTÍNEZ, F. (a cura di), *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público: aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009.

BIBLIOGRAFÍA

- CESE, *Parere sul Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 27-28 ottobre 2004, CESE 1440/2004.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Bianco Crescita, competitività, occupazione - Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, 5 dicembre 1993, COM (93) 700.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde "Gli appalti pubblici nell'Unione europea - Spunti di riflessione per il futuro"*, 27 novembre 1996, COM (96) 583.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, marzo 2003.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM (2004) 327.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione*, 3 maggio 2005, SEC (2005) 629.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, 15 ottobre 2005, COM (2005) 0569.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione interpretativa della commissione delle comunità europee sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, 5 febbraio 2008, COM (2007) 6661.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione - Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privati*, 19 novembre 2009, COM (2009) 615.
- COMMISSIONE EUROPEA, *EUROPA 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, 3 marzo 2010, COM (2010) 2020 def.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, 27 gennaio 2011, COM (2011) 15 def.
- CORTESE, F., "Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato", F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011.

- DORREGO DE CARLOS, A. e VÁZQUEZ MARTÍNEZ, F. (a cura di), *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público: aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009.
- DUGATO, M., “Il partenariato pubblico-privato: origine dell’istituto e sua evoluzione”, F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011.
- HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público privada: fórmulas contractuales*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
- LUGARESI N., “Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto”, F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011.
- MASTRAGOSTINO, F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (a cura di), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010.
- MORENO MOLINA, J.A., “La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 129, 2014.
- NAPOLITANO, G., MAZZIERI, A. e NAPOLITANO, D. (a cura di), *Il project financing: profili civilistici, trust e patrimonio destinato, procedure e tecniche operative, aspetti economico-finanziari, altri strumenti di partenariato pubblico-privato*, Jovene, Napoli, 2006.
- PARLAMENTO EUROPEO, *Relazione sui partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, 16 ottobre 2006.
- PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 26 novembre 2006, 2006/2043 (INI).
- PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici*, 18 maggio 2010, 2009/2175 (INI).
- RIDAO I MARTÍN, J., *La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras: revisión crítica y recomendaciones de mejora del marco regulador (contratación, financiación, fiscalidad, contabilidad pública y control externo)*, Atelier, Barcelona, 2012.
- SCIULLO, G., “Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato ed i principi generali di riferimento”, F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011.

VIVARELLI, M.G., "L'attività negoziale della pubblica amministrazione: contratti ed accordi con i privati. Le nuove forme di partenariato tra il project financing e il leasing finanziario", *Rivista Trimestrale degli appalti*, n. 2, 2013.

LA ADHESIÓN A UN PUNTO GENERAL DE ENTRADA DE FACTURAS ELECTRÓNICAS COMO ALTERNATIVA A LA CREACIÓN DE UN PUNTO PROPIO AUTONÓMICO O LOCAL

M^a DOLORES REGO BLANCO

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

I. Introducción

El I Congreso de la RIDE se celebra cuando quedan apenas dos meses para el 15 de enero de 2015, fecha de entrada en vigor del art. 4 de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público (en adelante, LIFE), que obliga a la mayor parte de los proveedores de bienes y servicios de las Administraciones Públicas a presentar factura electrónica para activar el procedimiento y garantías de cobro por la prestación realizada.

Son enormes las expectativas puestas en las transformaciones que provocaría en la última fase de la contratación pública, que al tramitarse telemáticamente, tiene posibilidades reales de agilizarse considerablemente, con las implicaciones que ello conlleva en términos de descenso de la morosidad en el pago de las deudas contractuales, competitividad empresarial, estabilidad comercial y financiera del Sector Público, control del gasto público, simplificación de los procedimientos administrativos, reducción de carga de trabajo para la Administración y de cargas administrativas para los proveedores, etc, difundidos por el *Informe CORA*.

Los proveedores del Sector Público han de hacer un esfuerzo de adaptación a la nueva realidad de la facturación electrónica, pero para conseguir esos ambiciosos objetivos, también las Administraciones Públicas han de estar a la altura. A ellas la LIFE les encomienda la puesta en marcha del Registro Contable de Facturas en el Sector Público, cuya accesibilidad es peculiar. La presentación de las facturas electrónicas requiere de un sistema novedoso, cual es el “Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas”, que habrán de crear algunas de las Administraciones sujetas a la LIFE. Como

alternativa a la creación de estos Puntos, y en consideración a las exigencias de sostenibilidad presupuestaria y financiera, así como de colaboración y cooperación interadministrativa en un Estado descentralizado, la LIFE regula la adhesión a algún Punto General de Entrada de Facturas electrónicas (en adelante Punto GEFe) ya creado.

La Administración General del Estado está liderando el proceso de aplicación de la LIFE en este aspecto, con la puesta en marcha de FACe, su Punto GEFe. Según los datos publicados por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas a fecha de 31 de octubre de 2014, el número de Entidades Locales que se han adherido ya a FACe es de 1.551. En <https://face.gob.es/es/> puede verse que también lo han hecho así nueve Comunidades Autónomas y que aún quedan cinco Ministerios por integrarse en el FACe.

De lo que están haciendo las demás Administraciones Públicas poco trasciende. Restando tan solo dos meses para que el proceso de facturación electrónica de comienzo, hay ciertas dudas de interpretación de las normas aplicables a la adhesión a los Puntos GEFe, provocadas, entre otras cosas por las propias novedades conceptuales y lingüísticas introducidas por la Ley: los registros administrativos quedan en la sombra de los Puntos Generales de Entrada y en el panorama de relaciones interadministrativas, hay que plantearse hacer un hueco conceptual entre el convenio y la encomienda de gestión para la “adhesión” a estos Puntos. La presente comunicación tiene como objetivo poner de manifiesto algunos de los problemas detectados y colaborar con algunas propuestas.

II. La obligación de disponer de un Punto General de Entrada de Factura Electrónica: sujetos obligados y sujetos exentos

Antes de poder abordar el régimen jurídico de la adhesión a un Punto GEFe conviene detenerse en el deber que la LIFE hace pesar sobre determinados sujetos públicos de disponer Punto General. No se trata de una obligación universal que imponga sobre cualquier Ente del Sector Público, sino que la filosofía de la Ley es que única y exclusivamente algunas de las Administraciones Públicas sujetas a las prescripciones de la Ley tengan que instaurar Puntos Generales.

En efecto, aunque la Ley hace suyo el concepto de Administración Pública del art. 3.2. de la LCSP, añadiéndole las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como colaboradoras en la gestión de la Seguridad (art. 2.2 LIFE), únicamente hace recaer sobre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales la responsabilidad de dotarse de un Punto GEFe (art. 6.1. LIFE).

Los Puntos Generales de Entrada que cada una de estas Administraciones adopte (ya creando uno, ya adhiriéndose a otro) habrán de recibir, además de las facturas electrónicas dirigidas a la Administración titular del Punto, las que correspondan a “entidades, entes y organismos vinculados o dependientes” de ellas (art. 6.1 LIFE). Como explica la Exposición de Motivos de la LIFE “(d)e este modo habr(á) un pun-

to GEFe por cada nivel administrativo, en total tres (...). Tan importante como este dato es que, las referidas “entidades, entes y organismos vinculados o dependientes” de las Administraciones estatal, autonómicas o locales, en principio¹ no tienen que establecer un Punto GEFe propio, sino simplemente integrarse en el de su respectiva Administración matriz o de referencia. De ahí, precisamente, que la denominación de estos Puntos de Entrada se incluya la adjetivación de “General”.

En aras de la mayor claridad, cabría enumerar los Entes que, integrados el ámbito de aplicación de la LIFE, quedan liberados legalmente de crear un Punto General de Entregas de Facturas Electrónicas propio (art. 6.1 LIFE), y cuyos proveedores son encaminados por la Ley al Punto General decidido por la respectiva Administración territorial de referencia para entregar sus facturas electrónicas. Se trataría de los siguientes sujetos (todos ellos, como decimos, con consideración de Administración Pública a efectos de la LIFE):

1. Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
2. Los Organismos autónomos.
3. Las Universidades Públicas.
4. Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
5. Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.
6. Las Entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: 1.^a Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o 2.^a que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

Recordemos, no obstante, que según el art. 3.2. TRLCSP, que hace suyo el art. 2.2 LIFE, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales. Tampoco lo deben tener, pues, para la LIFE².

7. Y finalmente, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, en el ejercicio de su función colaboradora en la gestión de la Seguridad. En el TRLCSP estas mutuas tienen consideración de Entes del Sector Público, pero no de Administraciones Públicas. Aún así, el art. 2.2 LIFE las incluye

¹ Con la salvedad de lo que se diga en el apartado 6 de este trabajo.

² Pese a ello, la Entidad Pública Empresarial de Suelo figura como usuaria de FACe en su Directorio de organismos adheridos, Oficinas Contables, Órganos Gestores y Unidades Tramitadoras, al que se tiene acceso en la dirección <https://face.gob.es/directorio> (a fecha de 2 de noviembre de 2014).

expresamente en su ámbito subjetivo de aplicación, y las tiene expresamente por Administración Pública.

III. La adhesión como modalidad de cumplimiento de la obligación de disponer de un Punto General de Entrada. Diferencias con la integración de órganos y organismos

Las modalidades previstas en la LIFE para satisfacer la obligación de disponer de un Punto GEFe son dos y se configuran como alternativas: o bien la Administración crea un Punto de su titularidad, o bien procura la adhesión a un Punto ajeno, cuyos servicios asumirá como propios.

Para la Administración General del Estado la única forma de cumplir con el deber de dotarse de un Punto GEFe es crear uno propio (art. 6 y DA quinta LIFE). Su regulación reglamentaria la proporciona la Orden HAP/1074/2014 en su Disposición Adicional Primera y le otorga una denominación específica, que lejos de abreviar, hace más largo aún su nombre: *FACe Punto de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración General del Estado*³ (en adelante, Punto FACe).

En cambio, aunque también la LIFE establece taxativamente que las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales “dispondrán de un Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas”, para ellas contempla una alternativa a la creación de un Punto propio de Entrega de facturas electrónicas (ya contra su administración general, ya contra sus entes, entidades u organismos vinculados o dependientes). La alternativa de la LIFE es la adhesión a un Punto GEFe creado por otra Administración.

Efectivamente, en el art. 6 LIFE, nada más diseñar la obligación de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales de dotarse de un Punto General de Entrega, se añade que “(n)o obstante lo anterior, las Entidades Locales podrán adherirse a la utilización del punto general de entrada de facturas electrónicas que proporcione su Diputación, Comunidad Autónoma o el Estado. Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán adherirse a la utilización del general de entrada de facturas electrónicas punto general de entrada de facturas electrónicas que proporcione el Estado”.

Dejando para más adelante otras consideraciones que suscita la adhesión, ahora importa recalcar que, según la LIFE, a los sujetos a los que, integrando el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, se les reconoce la posibilidad de adherirse a algún Punto GEFe ajeno son:

- a) A cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas

³ Es inevitable comentar lo paradójico que resulta que algo semánticamente tan pequeño como un Punto, reciba una denominación tan larga; más propia de una “Línea” que de un “Punto”. Ha de notarse, además, que el Punto GEFe, en el ámbito estatal se denomina “Punto de Entrada” (y no “Punto General de Entrada”, que es la expresión creada por la LIFE para reflejar la filosofía organizativa que diseña). Sin embargo a nadie se le escapa que habría sido de no haber prescindido de la adjetivación de la palabra “punto” el resultado sería una expresión en la que aparecería dos veces la palabra “General” (Punto General y Administración General).

b) A las Entidades Locales, cualquiera que sea la modalidad de la misma, ya que la Ley alude a todas ellas sin excepción. De acuerdo con la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, resulta indubitado que la LIFE se refiere tanto a las Entidades Locales originarias o de obligada existencia (Municipios, Provincias, Islas en los archipiélagos Balear y Canario) como a las Entidades Locales derivadas o potestativas ya existentes o que lleguen a constituirse (Mancomunidades, Comarcas u otras entidades que agrupen varios Municipios, instituidas por las Comunidades Autónomas de conformidad con esta Ley y los correspondientes Estatutos de Autonomía, Áreas Metropolitanas, y Entidades de ámbito territorial inferior al Municipio⁴). El elenco podría completarse con las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, pues si bien el debate sobre su naturaleza jurídica sigue abierto⁵, los Municipios Ceutí y Melillense no se han extinguido sino que se han subsumido en la actual estructura administrativa⁶.

Lo hasta ahora dicho permite abordar la interpretación de la Disposición Adicional Primera de la Orden HAP, en donde se establecen las condiciones y requisitos funcionales y técnicos del Punto FACe. Entre esas condiciones aparece recogida la siguiente:

“También recibirá [el FACe] las facturas de entidades, entes y organismos que no perteneciendo al ámbito de la Administración General del Estado, voluntariamente se adhieran al FACe-Punto GEFé”.

Pese a la literalidad de la Disposición en este apartado (que refiere la adhesión voluntaria a “entidades, entes y organismos” no estatales), la Orden Ministerial no puede interpretarse de forma que contradiga frontalmente lo establecido por la LIFE, la cual, de forma clara y taxativa, regula restrictivamente los sujetos obligados a dotarse de Punto General de Entrada y favorecidos por la adhesión. Por eso, a mi modo de ver, lo que en la Orden no ocurre es que distingue convenientemente entre adhesión e integración y usa un único término para aludir a la recepción de facturas electrónicas de ámbitos autonómico o local. En definitiva, la decisión de adhesión de la Administración matriz, arrastra consigo la obligación de que la pléyade de entidades, entes y organismos a ella vinculados o de ella dependientes se integren en el Punto elegido por la primera. Es necesario, pues, diferenciar los conceptos de adhesión (que implicar capacidad de elección sobre si adherirse o no, y en ocasiones, también elección sobre el Punto al que adherirse) y la mera integración en un Punto (sin opción alguna sobre si hacerlo o no, puesto que ello corresponde a la Administración Matriz).

Por último habremos de preguntarnos qué ocurre con los dos supuestos de sujetos a los que la LIFE dispensa el trato de Administración Pública, sin que conceptualmen-

4 Nos referimos, claro está, a las existentes con anterioridad al 31 de diciembre de 2013, fecha de entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, o las resultantes de procedimiento de constitución iniciados antes del 1 de enero de 2013. Como se recordará, las Disposiciones Adicionales cuarta y quinta de esta Ley les mantiene su personalidad jurídica y la condición de Entidad Local, si bien se contempla como causa de disolución el no presentar cuentas a 31 de diciembre de 2014.

5 El Tribunal Constitucional en sus Sentencias 76/1983, de 5 de agosto y 16/1084, de 6 de febrero ha negado que estas Ciudades Autónomas reúnan todos los requisitos propios de las Comunidades Autónomas.

6 Véanse las Leyes Orgánicas 1 y 2/1995, de 13 de marzo, por las que se aprueban, respectivamente, los Estatutos de Ceuta y de Melilla como ciudades autónomas, así como el trabajo de LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.J., “Naturaleza jurídica de la Ciudad Autónoma de Melilla”, *Revista de Derecho Político*, n. 62, 2005, pp. 265 y ss.

te merezcan esa consideración. Me refiero de las mutuas de accidentes y enfermedades profesionales, así como de los denominados órganos constitucionales a los que se refiere la Disposición Adicional Primera de la Ley, cuya literalidad es la siguiente:

“Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo adaptarán su actuación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones Públicas”.

Mutuas y órganos constitucionales quedan asimilados, a efectos del régimen jurídico de la LIFE, a las Administraciones Públicas, pero, como se ha dicho, la Ley tasa las Administraciones Públicas que han de dotarse de un Punto General de Entrada de Facturas, en un intento de contener el esfuerzo de medios técnicos y económicos para poner en marcha sus previsiones. Pero la falta de atención de la LIFE a estos dos supuestos provoca dudas sobre cómo interpretarla ¿Deben crear un Punto GEFé propio? ¿Deben, sin más, tener como propio el de la Administración estatal o autonómica de referencia, y dejar que sea ella la que tome la decisión? ¿o, por el contrario, han de suscribir una adhesión a un Punto ajeno para poder valerse de sus servicios?

Siempre intentando seguir la filosofía subyacente en la LIFE, parece prudente apostar por que ni los órganos constitucionales ni las mutuas hayan de considerarse obligadas a dotarse de un Punto General. Pero el distinto grado de autonomía funcional que corresponde a unos y otras hace variar las respuestas a las cuestiones antes planteadas. Así, según mi parecer, es meridiano que los órganos que encarnan la representación institucional de poderes constitucionales no responden a la idea de “organismos, entes o entidades *vinculados o dependientes* de” aquellas otras Administraciones Públicas a las que la LIFE exige dotarse de un Punto de Entrega, lo cual parece avenirse con que los Puntos de Entrega estatal o autonómicos no están obligados a recibir las facturas electrónicas de los proveedores de los órganos constitucionales. Y siendo así que, pese a ello, los órganos constitucionales, como sujetos contratantes de bienes y servicios bajo las normas propias de las Administraciones Públicas⁷, han de cumplir las normas sobre recepción de facturas electrónicas previstas en la LIFE para las Administraciones Públicas, habrá de admitirse que, pese a la laguna legal, los órganos constitucionales están llamados a la utilización de Puntos de Entrega ajenos a través de algún mecanismo jurídico, que bien puede ser, en mi opinión, la adhesión.

A distinta conclusión se llega, en cambio, en relación con las Mutuas de Accidentes y enfermedades profesionales⁸. Dado que estas personas jurídicas han de ser previa-

7 Véase la Disposición final Tercera de la LIFE, que modifica suprime el apartado f) del art. 3.2 del TRLCSP y añade una Disposición Adicional Primera bis a dicho Texto Refundido para especificar el régimen de contratación de los órganos constitucionales del Estado y los órganos legislativos y de control autonómicos.

8 Según el art. 68 de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto se aprobó por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, “1. Se considerarán mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social las asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales que con tal denominación se constituyan, sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, por empresarios que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la

mente autorizadas por el Ministerio competente en materia de Trabajo, cabe afirmar la existencia de una relación entre la Mutua y la Administración General del Estado, que, si no es de pura dependencia, al menos puede adjetivarse como de vinculación. En su virtud, en el caso de las Mutuas, creo que no están obligadas a dotarse de un Punto General de Entrega (ni propio ni por adhesión) sino que, habrán de tenerse por uno más de los entes, organismos o entidades cuyas facturas electrónicas son de directa recepción por el Punto de Entrada de Facturas Electrónicas de la Administración General del Estado.

IV. Los Puntos Generales de Entrega susceptibles de adhesión

Según venimos diciendo, la LIFE determina que las Comunidades Autónomas únicamente tienen dos alternativas para dotarse de un Punto GEF: o bien establecen uno por sí mismas para recibir las facturas electrónicas propias y de sus entes, entidades y organismos vinculados o dependientes de las mismas en las condiciones jurídicas y técnicas que determinen (respetando las básicas estatales), o bien, mediante una adhesión, pueden valerse del FAcE.

Por su parte, las Entidades Locales tienen un elenco mayor de elección de Puntos GEF: a los que adherirse, ya que la LIFE les permite hacerlo al Punto General de Entrada bien de la Administración General del Estado, bien de la respectiva Diputación o de su Comunidad Autónoma, siempre y cuando, estas dos últimas hubieran procedido a la creación de un Punto General de Entrada propio (algo a lo que, como sabemos, no están obligadas).

Obvio es decir que para una Diputación Provincial, las opciones anteriores se reducen a dos: opción por el Punto General de Entrada autonómico y opción por el FAcE. Pese al silencio legal, igual conclusión ha de mantenerse, por lógica, si en lugar de Diputaciones Provinciales, hemos de referirnos a los Cabildos Insulares Canarios o a los Consejos Insulares de las Islas Baleares, no en vano asumen en las correspondientes Islas las competencias de las Diputaciones Provinciales (art. 41 Ley 7/1985).

El resto de las Entidades Locales (Municipios, mancomunidades, etc.) a la hora de apostar por la adhesión, tiene, como máximo, tres posibilidades entre las que elegir. Puede apostar por el FAcE, por el de su Comunidad Autónoma o por el de su Diputación (o de su Cabildo o de su Consejo insular). Si alguna de ellas, CA o Diputación, decide usar el Punto Estatal, su decisión redundará, naturalmente, en una mengua de alternativas de adhesión para las Entidades Locales en ellas radicadas.

Los Puntos de Entrega que no son susceptibles de adhesión, si hacemos una lectura *a contrario*, de lo establecido en la LIFE, son los de las Entidades Locales que no sean Diputaciones Provinciales (ni Cabildos o Consejos insulares, cabría añadir). Por tanto, por ejemplo, la LIFE no permite que las Entidades Locales de ámbito inferior

Seguridad Social, sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que le sean legalmente atribuidas”.

al Municipio se adhieran al Punto GEFe del Municipio en cuyo territorio se ubiquen, solución que, no hubiera sido descabellado que la Ley contemplara, en principio. Pero con la Ley en la mano, estas Entidades Locales muchas veces denominadas “menores”, únicamente podrán escoger entre adherirse al Punto GEFe de la Administración autonómica de referencia, o al provincial o al estatal.

También resulta interesante parar mientes en las Entidades Locales que, como las Comarcas, Áreas Metropolitanas o Mancomunidades de Municipios pudieran extenderse por el territorio de más de una Provincia o, incluso, para las últimas, por más de una Comunidad Autónoma (como permiten expresamente los arts. 42 a 44 de la Ley 7/1985). En tal caso, ante la falta de previsión específica de la LIFE, entiendo que el conjunto de opciones de adhesión se amplía, ya que cabría optar, además de por el Punto General de Entrada estatal, por cualquiera de los Puntos Generales de Entrada de cualesquiera Diputación o Comunidad Autónoma implicada en la Entidad Local supramunicipal de que se tratara.

V. La pretendida voluntariedad de la adhesión a un Punto General de Entrega de facturas electrónicas

La adhesión a un Punto GEFE ajeno supone un negocio jurídico bilateral que implica por un lado a la Administración que renuncia a la creación de un Punto GEFE propio (o Administración “adherente”) y a la Administración titular del Punto GEFE que acoge la solicitud de adhesión (Administración receptora). El si la adhesión, en cuanto que mecanismo de colaboración y cooperación interadministrativas, tiene o no carácter voluntario para una y otra merece cierta atención.

Para la Administración receptora, admitir la adhesión es un deber legal que se sobreentiende que la Ley establece, en la medida en que la LIFE reconoce a las que hemos llamado “Administraciones adherentes” la potestad de utilizar para sí un Punto GEFE ajeno, adhiriéndose a él (art. 6). Aunque la “Administración adherente” tenga que aceptar ciertas condiciones técnicas y de funcionamiento que se diseñan desde la órbita estatal o autonómica (mediante legislación básica y de desarrollo, respectivamente), lo cierto y verdad es que, la Administración estatal no puede rechazar la pretensión de otra Administración Pública de adherirse al FACe respetando las condiciones legalmente impuestas. De forma similar, siempre que dispongan de Punto EGE propio, las Administraciones autonómicas o las provinciales, igualmente están obligadas a estimar la solicitud de adhesión formulada, respectivamente por Diputaciones, u otro tipo de Entidades Locales. No hay, pues, atisbo de voluntariedad en la posición de la “Administración receptora”.

Por el contrario, la decisión de la “Administración adherente” de formular una solicitud de adhesión a un Punto GEFE ajeno no se regula en la LIFE en términos imperativos. Su artículo 6 al referirse a la adhesión de Comunidades Autónomas o de Entidades Locales a Puntos ajenos utiliza la expresión “podrán adherirse”, dando a entender, al menos a primera vista, que queda a su discrecionalidad la decisión de

optar por la creación de un Punto General propio o por la utilización de uno ajeno gracias a la adhesión.

La Disposición Adicional Quinta de la LIFE confirma que para Comunidades y Entidades Locales la adhesión al FACe “es voluntaria” (apartado 5). Sin embargo, añade una condición a la opción de no adherirse al Punto estatal: ha de “justificarse en términos de eficiencia conforme al artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”. Recordemos que, entre otras cosas, este artículo dispone que cualesquiera actuaciones (inclúyese los convenios de las Administraciones Públicas), que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, “deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”. En aplicación del art. 3 de esa misma Ley Orgánica, la supeditación a las exigencias de estabilidad presupuestaria de la decisión de creación de un Punto GEFe, se consigue si dicha creación no impide que los presupuestos estén en “situación de equilibrio o superávit estructural”. La supeditación de la creación del Punto General al principio de sostenibilidad financiera se logra, en atención al art. 4 de la Ley Orgánica⁹, comprobando que “la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros [queda] dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea”, teniendo en cuenta que “[se] entiende que existe sostenibilidad de la deuda comercial, cuando el periodo medio de pago a los proveedores no supere el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad”.

Si con esos parámetros, la decisión de no adherirse al FACe no superara las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, decaería como válida la opción por la no adhesión al FACe (ya implique creación de un Punto Propio, ya adhesión a un Punto General de Entrada diferente al estatal), y en la medida en que ninguna de las eventuales opciones de no adhesión al Punto estatal fuera jurídicamente viable, incluso cabría tener por decaída la posibilidad de elegir otro Punto GEFe para adherirse que no fuera el estatal.

Ha de resaltarse el carácter negativo de la condición que acabamos de analizar: la no adhesión al FACe tiene que justificarse en términos de eficiencia de acuerdo con la LO 2/2011. Pero acabamos de ver cómo lo que puede ser objeto de ponderación bajo los principios de la Ley Orgánica son, dicho muy sintéticamente, “las actuaciones”. Se me antoja que una “no adhesión” no puede ser valorada en su eficiencia, al no implicar una actuación. Sin embargo, es necesario recordar que la “no adhesión” así como la “adhesión” al FACe es una decisión que el texto de la LIFE sólo propone a las Administraciones Públicas sobre las que recae el deber de dotarse de un Punto GEFE propio. Por tanto, en realidad, la no adhesión al FACe encierra, en sí misma, una de estas dos decisiones de actuación positiva: o la creación de un Punto GEFE propio, o, en su caso, la adhesión a un Punto GEFE de otra Administración (autonómica o pro-

⁹ La providencia de 8 de abril de 2014 el TC ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad n. 1762-2014, contra varios artículos Ley Orgánica 9/2013, entre ellos el que da la redacción actual al art. 4 de la LO 2/2011.

vincial). Y cualquiera de estas dos opciones¹⁰ sí conlleva una actuación positiva que puede requerir inversiones (que genera gastos para el erario público) y, consecuentemente, es evaluable en términos de eficiencia (a través de los principios de estabilidad presupuestaria y de estabilidad financiera).

En conclusión, la nota de la voluntariedad únicamente está presente en relación con la Administración adherente cuando los proyectos para dotarse de un Punto General sean eficientes según los criterios de la LO2/2011, ya sean proyectos de adhesión a un Punto General distinto del Estatal, ya proyectos de creación de un Punto GEFE propio. Si esos proyectos no fueran eficientes, carecería de justificación posible la no adhesión al FACe en los términos previstos en la Disposición Adicional Quinta LIFE, y ello haría que se diluyera toda discrecionalidad administrativa en la determinación de cómo dar cumplida satisfacción a la obligación legal de dotarse de un Punto GEFE. En tales casos la LIFE sólo admite como válida la opción por la adhesión al FACe.

En consonancia con la reflexión anterior, cabría afirmar que la regulación autonómica sobre el régimen jurídico de las adhesiones a los respectivos Puntos GEFE necesariamente ha de hacerse eco de la condición analizada, en el sentido de exigir que el expediente que sus Entidades Locales tramiten para acordar la adhesión al Punto GEFE autonómico recoja la constatación de que la adhesión proyectada se aviene al principio de eficiencia, estabilidad presupuestaria y financiera. Así cabe inferirlo del carácter básico de la LIFE (Disposición Adicional quinta) y de los términos del artículo 7 de la LO 2/2011.

VI. La adhesión al FACe de otros entes públicos ante el incumplimiento de comunidades autónomas o entidades locales de dotarse de punto GEFe

Como se ha dicho anteriormente, la LIFE no reconoce la posibilidad de adherirse al FACe a todas las Administraciones Públicas llamadas a aplicarla. Únicamente se otorga a las Comunidades Autónomas, a las Diputaciones Provinciales y al resto de Entidades Locales. La LIFE no prevé que las demás Administraciones Públicas incluidas en su ámbito de aplicación puedan adherirse a Punto GEFe alguno, ya que habrán de utilizar el Punto GEFe del que, antes del 15 de enero de 2015, se haya dotado su Administración matriz (de la que dependa o se vincule), sea éste un Punto GEFe propio o adherido.

Si a partir del 15 de enero de 2015 la obligación de dotarse de un Punto GEFe no su hubiera cumplido, nada prevé la LIFE acerca de la situación en que quedaría la Administración matriz incumplidora y sus Administraciones especializadas. Lógicamente

¹⁰ No obstante, el art. 8 de la Orden HAP/1074/2014, de 24 de junio parece conformarse con que la justificación de la no adhesión se predique únicamente de la opción de creación de un Punto GEFE propio. Así dice que: "No obstante, aquellas Administraciones Públicas que deseen disponer de su propio Punto General de Entrada, deberán justificar previamente a la realización de cualquier inversión dirigida al establecimiento de su propio punto, su no adhesión. Esta Orden Ministerial exige que la justificación se realice ante la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas". En mi particular opinión, no por silenciarlo, el requisito dejará de ser exigible, pues la LIFE lo contempla como reflejo del contenido de la LO 2/2011.

no contempla su adhesión por ministerio de la Ley, puesto que sería papel mojado sin la colaboración activa de las Administraciones en lo que hace a la transferencia al catálogo de los datos de sus unidades administrativas implicadas en la gestión de facturas electrónicas. Pero tampoco contempla la posibilidad de que las Administraciones especializadas puedan autónomamente solicitar la adhesión a otro Punto, singularmente al que está visiblemente consolidado, el Punto FACe.

Pasada la fecha del 15 de enero de 2015 estas Administraciones especializadas tendrán que hacer frente a la recepción de facturas electrónicas por parte de sus proveedores y ellos no podrán presentar otro tipo de factura que no sea la electrónica. Sin embargo, por el incumplimiento de su Administración matriz, que ni ha creado un Punto propio ni se ha adherido a otro, se ve privada de un mecanismo de recepción de facturas electrónicas, con el perjuicio que ello conlleva en términos de sostenibilidad financiera y comercial.

Ante esta situación, no es de recibo interpretar de forma aislada el art. 6 y la Disposición Adicional quinta de la LIFE, en los que la adhesión se permite únicamente a las Administraciones matrices, con la consiguiente prohibición para las Administraciones especializadas de solicitar adhesión por ellas mismas a otro Punto. No considero esta conclusión de recibo no porque desconozca que el principio de legalidad aplicado a las Administraciones Públicas supone una vinculación positiva a las previsiones del ordenamiento jurídico (de manera que lo no permitido por él, haya de tenerse por vedado), sino porque estimo que para interpretar correctamente este principio de legalidad, hay que buscar la habilitación para adherirse no solamente en la LIFE, sino también en el resto del ordenamiento jurídico, en donde sí encuentra respaldo el que las Administraciones Públicas puedan realizar convenios de cooperación y colaboración con otras Administraciones Públicas (art. 4 y concordantes de la Ley 30/1992, así como art. 15 de la misma Ley).

Con este fundamento jurídico, podrían admitirse solicitudes de adhesión al FACe por Administraciones filiales en el supuesto de incumplimiento de la Administración matriz, mientras el incumplimiento se mantenga. No se trata, pues, de echar alegremente por tierra el esquema legal que se expresa con el lema “un Punto de Entrada por nivel territorial”, sino de buscar una solución temporal, sin llegar a reconocer una potestad de libre elección de Punto a las Administraciones especializadas. Estas adhesiones derivadas del incumplimiento de la Administración matriz habrán de condicionarse por una cláusula rescisoria, de manera que en el momento de que su Administración matriz cree un Punto GEFe propio, la adhesión toque a su término, y comience la integración en el nuevo punto.

VII. Límites a la negociabilidad de la adhesión a un Punto General de Entrega

Doctrinalmente se ha considerado que la adhesión a un Punto GEFE, en cuanto negocio jurídico, responde a lo que jurídicamente se conoce, valga la insalvable redundancia, como contrato o negocio “de adhesión”. Ciertamente, la LIFE no deja que las

condiciones del negocio jurídico de adhesión sean determinadas por la libre voluntad de las partes, sino que éstas, o al menos su núcleo esencial, les vienen preestablecidas: o se aceptan o no hay posibilidades de celebrar el negocio jurídico.

Interesa, por tanto, indagar en el régimen jurídico de la adhesión a un Punto GEFE con la finalidad de identificar cuáles de sus contenidos no resultan negociables y deben ser asumidos obligatoriamente por la “Administración adherente”. Un repaso a la LIFE permite detectar un núcleo de contenido innegociable de la adhesión que viene conformado *ex lege*, reduciendo de forma importante el margen de acción de las partes. Así, por ejemplo, la LIFE regula los servicios mínimos y obligatorios que se pueden obtener mediante adhesión a un Punto ajeno; o la determinación del *dies a quo* del plazo de pago de la factura por la fecha y hora de su presentación en el Punto GEFe o la aceptación del formato de factura electrónica determinado ministerialmente¹¹.

Otro aspecto innegociable, en el que me detengo por su importancia, es que la Administración adherente necesariamente ha de asumir la obligación de mantener actualizado permanentemente el catálogo de unidades administrativas implicadas en la gestión de sus facturas electrónicas, y responsabilizarse de su gestión, para, por ejemplo, darles de alta o de baja. Actualmente esta obligación ha de satisfacerse a través del Directorio Común de de Unidades Orgánicas y Oficinas (DIR3), en íntima relación con las previsiones del Esquema Nacional de Interoperabilidad (art. 9 Real Decreto 4/2010)¹². Cada Administración, adherida o integrada, es responsable y propietaria de los datos propios que aporta al DIR3.

Esta información es indispensable para que el Punto GEFE pueda prestar el servicio de remisión de la factura al registro contable de facturas electrónicas¹³. La Orden HAP/1074/2014. recoge esta condición en su Disposición adicional primera, que no tiene carácter básico, y se refiere únicamente al FACe. Con todo, como uno de los servicios obligatorios de los Punto GEFE es remitir las facturas electrónicas al registro contable de facturas electrónicas, raro será que la legislación autonómica que pudiera dictarse en desarrollo de la LIFE, a la hora de determinar el contenido innegociable de la adhesión al Punto GEFE autonómico o de sus Entidades locales, no contemple algo similar. Por el carácter imprescindible de este deber, la regulación básica estatal bien podría haber establecido para toda adhesión e integración, cualquiera que fuera el Punto GEFe objeto de la misma, la obligación de la Administración adherente de pro-

11 La LIFE exige que todo Punto GEFe permita entregar facturas electrónicas en el formato que ella misma determina, es decir, un “formato estructurado” que habrá de concretarse por Orden de la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia (arts. 6.3 y 5.1 LIFE). Hasta entonces, con carácter transitorio, rige la obligación de facturar en formato estructurado de factura electrónica conocido como Facturae, versión 3.2.

12 Y no, como indica la Resolución de 25 de junio de 2014 Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, con la Disposición trigésimo tercera del RD Legislativo 3/2011, que se refiere a que los pliegos de cláusulas administrativas incluyan la identificación del órgano administrativo competente en materia de contabilidad pública, y la del órgano de contratación y la del destinatario, para asegurar su posterior inclusión en la factura correspondiente.

13 El incumplimiento de esta obligación podría impedir el funcionamiento del sistema de remisión interadministrativo de facturas. En el caso del FACe-Punto EGe, la Orden HAP, explicita que “no admitirá facturas electrónicas que no correspondan a unidades administrativas que no estén convenientemente reflejadas en los catálogos anteriores”, proporcionados por las Administraciones adherentes.

porcionar, actualizar y gestionar permanentemente la información sobre sus unidades administrativas, y organismos y entes vinculados y dependientes.

Por otro lado, hay tres cláusulas innegociables que se regulan específicamente para el FACe, y por tanto, no son exigibles a la hora de determinar el contenido y condiciones de la adhesión a otros Puntos GEFe autonómicos o locales. La primera de ellas establece que la Administración adherente habrá de aceptar íntegramente “las condiciones de uso de la plataforma determinadas por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”¹⁴, hoy plasmadas en la Resolución de 25 de junio de 2014 de la mencionada Secretaría (BOE de 28 de junio). Este contenido innegociable deriva de la Disposición Adicional 5ª.3 LIFE, que no debería gozar del mismo carácter básico que el resto de la LIFE, pues se predica únicamente del FACe. En lógica consecuencia con la potestad de auto-organización que se reconoce a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales, si el punto objeto de adhesión no es el estatal, sólo si la Administración titular del mismo lo considera conveniente, habrá de prever un extremo semejante, para que las condiciones de uso de la plataforma de su Punto GEFe se impongan como contenido obligatorio de las adhesiones que puedan producirse a él.

La segunda cláusula innegociable de la adhesión al FACe-Punto Efe es que la Administración adherente atienda la financiación de los desarrollos técnicos que, en su caso tenga que implantar para integrar y hacer compatibles sus sistemas informáticos con el Punto estatal. La tercera y última de estas cláusulas específicas para la adhesión al FACe alude a que los costes económicos que se generen podrán ser repercutidos a la Administración adherente. La indefinición de esta cláusula (cuándo podrán y cuándo no, qué gastos contempla y cuáles no, etc) ya ha sido criticado por la doctrina (PALOMAR y VAZQUEZ)

Por otro lado, no puede ignorarse que también existe un contenido potestativo en la adhesión a un Punto GEFE. Así, el art. 7 LIFE, después de especificar que la responsabilidad de archivar y custodiar las facturas electrónicas corresponde al órgano destinatario de la misma¹⁵, añade que, en caso de adhesión a un Punto GEFE ajeno, la Administración adherente podrá optar por utilizar ese Punto como medio de archivo y custodia de las facturas.

En esta línea, quizás interese puntualizar que la decisión de adhesión, así como el hecho de integrarse en un Punto, en nada afecta a la fijación de un importe por debajo del cual las facturas no han de presentarse obligatoriamente en el Punto General. Esta no es una condición de utilización del Punto, sino una decisión de cada Administración Pública relativa a su autorganización, a cómo recibir y tramitar las facturas de sus proveedores. El art. 4 de la LIFE permite que las Administraciones Públicas

14 Llamemos la atención de que estas condiciones de uso de la plataforma son diferentes de las previstas, con carácter básico para todos los Puntos GEFe, en el art. 6.6 LIFE. Éstas han de ser aprobadas conjuntamente por la Secretaría de Estado de Administraciones públicas y la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, y versan sobre “las condiciones técnicas normalizadas del punto GEFe”, cualquiera que sea su Administración titular.

15 En caso de adhesión el órgano destinatario de la factura puede ser un órgano de la Administración adherente o de alguno de sus Entes vinculados o dependientes).

excluyan reglamentariamente¹⁶ de la obligación de facturar electrónicamente (y por consiguiente, de presentar a través de un Punto GEFé), entre otras, las facturas cuyo importe sea de hasta 5.000 euros. Por tanto, la decisión sobre si las facturas de menos de esa cantidad deben, o simplemente pueden, enviarse por un Punto GEFé, debe estar en manos de la cada Administración, con independencia de que se haya adherido a un Punto ajeno, sin que haya de influirle la decisión de la Administración titular del Punto adherido sobre las facturas menores de ese importe. De forma semejante, lo que una Administración decida al respecto ninguna virtualidad ha de tener en relación con la facturación de los organismos, entes y entidades que sean dependientes o estén vinculados con la Administración adherente. Tales organismos o entes pueden perfectamente diferir en este extremo de la opción de su Administración matriz, con independencia de si ésta crea un Punto propio o firma una adhesión a un Punto ajeno (sea éste el FACe u otro). La única condición es tramitar la exclusión como un reglamento que complete la deslegalización recogida la LIFE que debamos de analizar, y en el que también puedan incluir normas de procedimiento sobre la tramitación de estas facturas “menores”.

Esta conclusión no se desdice por la OHAP 1074/2014, pese a que ahí se establezca que las facturas electrónicas de importe inferior a 5.000 euros quedan exentas de presentarse en el FACe-Punto General. Baste con recordar que la Orden hace esta exclusión en la Disposición adicional primera.⁴, el único de sus preceptos que carece de carácter básico, con lo que no puede representar otra cosa que la decisión de la Administración General del Estado sobre las facturas dirigidas contra sus órganos, y contra sus Administraciones especializadas sujetas a la LIFE, salvo que, en este último caso, ellas expresen otra cosa.

VIII. Conclusiones

El análisis de la normativa reguladora de la creación y adhesión a los Puntos Generales de Entrada de Facturas electrónicas permite dar una respuesta fundada a cuáles son las Administraciones que tienen capacidad para adherirse a Puntos Generales ajenos, y cuáles simplemente están llamadas a integrarse necesariamente en el que decida su Administración Matriz. También esclarece cuáles son los Puntos GEFé que son susceptibles de adhesión, según los casos, y cuáles los de obligada integración. La comunicación profundiza sobre cuándo una adhesión es realmente voluntaria, pues algunas, provocadas por la insostenibilidad presupuestaria y financiera del proyecto de creación de un Punto propio, más que voluntarias son preceptivas. Asimismo, se avanzan soluciones jurídicas para las Administraciones especializadas que, tras la fecha del 15 de enero de 2015, no puedan integrarse en un Punto GEFé por incumplimiento de su Administración matriz. En último lugar, se repasan las condiciones innegociables del contenido del acuerdo de adhesión, se destacan las negociables, y se aclara que la

¹⁶ La posibilidad de exclusión se reconoce a las Administraciones Públicas (en la definición de tales de la LIFE), a todas, sin excepción, pero condicionada a que puedan emitir reglamentos.

determinación reglamentaria de las facturas que, con un montante inferior a 5000 euros, están exentas de presentarse en un Punto GEFé siempre queda a la decisión de la Administración contratante, y no de la titular del Punto, en caso de que no coincidan una y otra.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *La ley de administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11-2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- AA.VV., *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GARCÍA GARCÍA. D., *Régimen jurídico de la factura electrónica*, Bosch, Barcelona, 2009.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.J., “Naturaleza jurídica de la Ciudad Autónoma de Melilla”, *Revista de Derecho Político*, n. 62, 2005.
- PALOMAR OLMEDA, A., VÁZQUEZ GARRANZO, J. *La factura electrónica en la Actividad de las Administraciones Públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- PASCUAL GARCÍA, J., *Convenios de colaboración entre administraciones públicas y convenios con administrados*, Boletín Oficial del Estado, 2012.
- VILALTA REIXACH, M., *La encomienda de Gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

EL IMPACTO DEL CONCEPTO EUROPEO DE CONCESIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

ESTELA VÁZQUEZ LACUNZA

Funcionaria de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Jefa de Servicio de Contratación y

Patrimonio de la Consejería de Empleo y Economía

En el Derecho español, antes de la transposición de las Directivas, la incorporación del concepto europeo de concesión de servicios, no exenta de dificultades y realizada desde una perspectiva más pragmática que normativa, se ha producido a través de la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y de los Tribunales de Recursos Contractuales que han basado sus decisiones en la jurisprudencia comunitaria, de la que han extraído los elementos precisos para calificar una prestación de concesión de servicios.

La labor del Derecho europeo de la contratación pública de aproximar las legislaciones de los distintos Estados miembros ha sido especialmente compleja en la concepción jurídica de las concesiones de servicios. Esta dificultad deriva de la dicotomía existente entre los países de tradición francesa como España, en los que existe una noción de servicio público¹, y aquellos otros de tradición anglosajona que lo desconocen.

En nuestro Derecho interno la noción del contrato de gestión de servicios públicos deriva de un enfoque tradicional que surge antes de que el Derecho europeo definiera los distintos tipos de contratos. En dicho contrato es esencial que la prestación objeto del contrato sea calificada como «servicio público».

El interés de la Comisión por incorporar las concesiones de servicios al mercado único europeo a través de sus propuestas de modificación de Directivas ha sido constante.

En su Propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo, de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, que derivó en la adopción de la Directiva 92/50/CEE, relativa a los

¹ La visión de la doctrina sobre esta noción de servicio público comparada con la del Derecho comunitario es sintetizada por RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., en "La distinción entre contratos de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 3, 2012.

contratos públicos de servicios, intentó incluir las concesiones de servicios públicos dentro de su ámbito de aplicación, en términos similares a las concesiones de obras.

Sin embargo, el Consejo suprimió la referencia a las concesiones en la tramitación del procedimiento legislativo, precisamente por las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de delegación de gestión de servicios públicos, y en las modalidades de dicha delegación, para evitar el desequilibrio que provocaría entre los mercados de los distintos países europeos.

Este interés de la Comisión por las concesiones y por la importancia de clarificar que normas y principios les eran de aplicación, le llevó a la adopción de la Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario, de 12 de abril de 2000 (DOUE C 121/2, de 20-04-2000). En esta comunicación, reconoce que sólo ha sido definida la concesión de obras en la Directiva 93/37/CE, y que aún debían definirse las concesiones de servicios. También ha elaborado otros documentos como el «Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones» – COM (2004) 327 final – o la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2004, que lleva el título «Libro Blanco sobre los servicios de interés general» – COM (2004) 374 final –.

Debido a que las Directivas comunitarias en materia de contratación pública no regulaban las concesiones de servicios², fueron continuos los errores en la calificación de los contratos que incluían prestaciones de servicios³. Esta situación motivó que las características diferenciadoras de las concesiones de servicios fueran consolidándose a través de numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). De ahí que el origen de la noción de concesión de servicios, que ha sido positivizada primero en la Directiva 2004/18/CE y posteriormente en la Directiva 2014/23/UE⁴, derive de la jurisprudencia comunitaria.

Como ya hemos apuntado, a la hora de calificar un contrato de prestación de servicios en nuestro Derecho interno, el principal problema ha provenido del enfoque

2 Sobre esta exclusión y la necesidad de definir correctamente las concesiones de servicios reflexionan RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A. y BERNAL BLAY, M.A., en “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 37-41.

3 Resultaba que contratos que debían ser de servicios eran calificados por los órganos de contratación como contratos de gestión de servicios públicos. Este hecho, además de la inseguridad jurídica que provocaba, podía alterar el régimen jurídico aplicable. Los contratos de gestión de servicios públicos, excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación pública, tenían en el Derecho español una regulación distinta en relación a la clasificación de los contratistas, los plazos máximos de duración, la publicidad comunitaria de las licitaciones en atención a su cuantía, los supuestos en los que se podía acudir al procedimiento negociado sin publicidad, los requisitos de admisión del recurso especial o los supuestos especiales de nulidad contractual. Aspectos que probablemente sean modificados cuando se transpongan las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE. En relación a la diferenciación entre los contratos de servicios y los de gestión de servicios públicos puede consultarse, entre otros, el trabajo de GALLEGO CÓRCOLES, I., “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I y II)”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 111 y 112, 2011.

4 Esta Directiva ha sido derogada, con efectos a partir del 18 de abril de 2016, por la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. Sobre las principales novedades y objetivos que pretende esta Directiva, vid. MORENO MOLINA, J.A., “La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 129, enero-febrero 2014, pp. 16-21.

tradicional del contrato de gestión de servicios públicos que considera esencial que la actividad objeto del contrato sea calificada como «servicio público». Sin embargo, la noción de servicio público es irrelevante para el Derecho europeo, como quedó patente en la STJUE de 18 de noviembre de 2004, Comisión/Alemania, C-126/03, cuando ante la alegación del Gobierno alemán que justificó el contrato objeto de controversia por encontrarse enmarcado en el contexto de actividades de interés general para la ciudad de Múnich, el Tribunal recordó que la Directiva 92/50 «no distingue entre los contratos celebrados por una entidad adjudicadora para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función».

También han sido considerados irrelevantes para el TJUE otros rasgos tradicionales que nuestro ordenamiento jurídico aceptaba como configuradores del contrato de gestión de servicios públicos, como que la autonomía en la organización de la ejecución fuera más amplia para el contratista, que precisara de importantes inversiones para su prestación o que tuviera un plazo de ejecución mayor⁵.

Para el TJUE los criterios delimitadores de las concesiones de servicios son los siguientes:

1) La explotación del servicio como forma de retribución del contratista.

Desde un principio el TJUE consideró como elemento determinante de la concesión de servicios que la retribución del contratista consistiera en la propia explotación de los servicios.

Así lo estimó en su Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, ante una petición de decisión prejudicial que entre otras cuestiones planteaba una discrepancia interpretativa sobre la calificación de una prestación de servicios de un contrato que determinaría su inclusión o no dentro del ámbito de aplicación de las Directivas en materia de adjudicación de contratos.

El contrato, que había sido celebrado por una empresa pública cuya actividad consistía en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, tenía por objeto la elaboración y edición de listas de abonados al servicio telefónico, impresas y en formato electrónico (guías telefónicas). Este contrato comprendía las prestaciones siguientes: la recogida, tratamiento y organización de los datos relativos a los abonados, a fin de hacerlos técnicamente explotables, operaciones que precisaban el registro informático de los datos, su tratamiento por ordenador y la gestión de las bases de datos; la impresión de las guías telefónicas; y los servicios de publicidad.

El Tribunal, atendiendo a que en la retribución al contratista se establecía que no percibiría ninguna remuneración directa por los servicios sino que podría explotarlos comercialmente, estima que se trata de una concesión de servicios y que, en consecuencia, de acuerdo con el estado del Derecho comunitario, no entraría dentro del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación. Remarca en este sentido que

5 Para el TJUE pueden hallarse tanto en contratos públicos como en concesiones de servicios, características como: «que su ejecución vaya acompañada de importantes inversiones iniciales a cargo del operador», que su objeto «sea de interés general» o que «las prestaciones ofrecidas por el operador puedan requerir de éste una total autonomía de ejecución» (sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, asunto C-382/05).

principalmente esto es debido a que: «*la contraprestación que la primera empresa ofrece a la segunda consiste en que esta última obtiene el derecho de explotar su propia prestación, para conseguir así una retribución*».

2) La procedencia de la remuneración del contratista.

Otro elemento que ha sido tenido en cuenta por el TJUE para calificar las prestaciones de un contrato como una concesión de servicios ha sido la procedencia de la remuneración del contratista. De manera que el modo como se retribuiera al adjudicatario ha sido también escudriñado para decidir sobre la tipificación del contrato.

En la STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, al examinar un contrato relativo a la gestión de la red de teledistribución, sostiene que se trata de una concesión de servicios debido a que la remuneración al contratista procedía de las cantidades abonadas por los usuarios, fórmula de pago que es una característica de las concesiones. Como precisa la sentencia: «*De la resolución de remisión resulta que, al asociarse a Brutélé, el municipio de Uccle confió a ésta la gestión de su red de teledistribución. También se desprende que la retribución de Brutélé no procede del municipio, sino de los pagos efectuados por los usuarios de dicha red. Esta modalidad de retribución es característica de la concesión de servicios públicos*».

También han sido consideradas como concesiones de servicios prestaciones que eran abonadas por un tercero. La STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, asunto C-274/09, estimó que la prestación de los servicios de socorro a la población debía ser considerada como una concesión de servicios. En dicho contrato la remuneración al contratista no procedía ni de la entidad adjudicadora ni del pago directo de los usuarios de los servicios. Los precios por la utilización de los servicios eran acordados entre otra entidad, el organismo de la seguridad social, y el prestador elegido. Los usuarios no abonaban los precios fijados al prestador, sino a una oficina liquidadora que se encargaba de la recaudación y de satisfacer los importes al contratista a través de pagos periódicos a cuenta. En esta sentencia el Tribunal admite que la contrapartida exigida en las concesiones de servicios se cumple cuando el adjudicatario obtiene el derecho a recaudar una remuneración de terceros. Aunque además, recuerda que, según la jurisprudencia, debe implicar que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios.

En caso de que fuera el poder adjudicador el que pagase el precio de las prestaciones, aunque nuestra regulación lo permite en el artículo 281.1 del TRLCSP⁶, parece difícil que pudiera cumplir con la otra exigencia que se impone para que los servicios puedan ser calificados como concesión, que es que junto a la explotación de los ser-

⁶ En la regulación precedente se imponía como requisito que los servicios tuvieran carácter económico. Así, el artículo 155.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecía que podían ser prestados mediante contrato los servicios que fueran competencia de la Administración, siempre que tuvieran un contenido económico que los hiciera susceptibles de explotación por empresarios particulares. Para MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., la supresión del adjetivo calificativo «económico» del sustantivo «explotación» no parece que persiga ampliar el contrato, ya que el término explotación por los particulares presupone la existencia del componente económico, al establecer que el contratista tiene derecho a obtener contraprestaciones económicas para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio. [“Actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos”, *Contratación del Sector Público Local*, tomo I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), Madrid, 2008, pp. 1076-1094].

vicios también se traslade el riesgo derivado de la actividad. A esta conclusión llegó la STJUE, de 10 de noviembre de 2005, *Comisión-Austria*, C-29/04, que calificó como contrato de servicios la gestión de recogida y eliminación de residuos en un municipio por una sociedad de economía mixta, en la que participaba el Ayuntamiento que era el que pagaba la prestación, atendiendo a una cantidad fija por cubo de basura o contenedor.

Similar es el pronunciamiento de la STJUE de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, C-382/05, en la celebración de unos convenios para la recogida de residuos urbanos que la entidad adjudicataria retribuía al contratista mediante un canon fijado en función de cada tonelada de residuos transferida. El Tribunal mantuvo que la prestación de servicios debía ser calificada como contrato público de servicios y no como concesión debido a que el canon abonado no estaba vinculado al riesgo de explotación que debe asumir el adjudicatario.

En consecuencia, debemos concluir que la procedencia de la remuneración al contratista puede ser un indicio en la calificación de las concesiones, pero resulta imprescindible que la retribución consista en el derecho a la explotación de los servicios que será trasladada al contratista con el riesgo derivado de la explotación.

3) La asunción del riesgo por el contratista.

Como hemos podido analizar, para calificar una prestación de servicios de concesión es preciso que el contratista asuma el riesgo de explotación de los servicios.

La STJUE de 27 de octubre de 2005, *Conste y otros*, asunto C-234/03, sostuvo que varias licitaciones del Instituto Nacional de la Salud, relativas a la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida debían calificarse como contratos de servicios debido a que los adjudicatarios no asumían el riesgo de explotación, ya que la Administración contratante era la que asumía la responsabilidad frente a los usuarios por la prestación de los servicios realizados. En palabras del Tribunal: «*la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión*».

En la sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, asunto C-206/08, el TJUE, ante la cuestión planteada en la adjudicación de un contrato que tenía por objeto el suministro del agua y la evacuación de aguas residuales, sobre si era suficiente para tipificar como concesión de servicios que el adjudicatario no fuese retribuido por la entidad adjudicataria, sino que obtuviera el derecho a recaudar una remuneración de terceros, el Tribunal sostuvo que además era preciso que se trasladase al contratista el riesgo de explotación. Aunque en esta sentencia matiza que los factores de riesgo pueden verse afectados por el carácter de los servicios, resultando limitados en actividades de utilidad pública como las del objeto contractual. Por lo que admite que en tales supuestos se transmita al menos una parte significativa del riesgo al contratista.

La necesidad de asunción del riesgo por el contratista se mantiene en sentencias posteriores, entre otras, en la STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, asunto C-274/09, en la que reitera que: «cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume un riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de una gestión de sus actividades conforme a los principios establecidos por el Derecho nacional, dicho contrato debe ser calificado de contrato de “concesión de servicios”...».

La primera definición de concesión de servicios, la encontramos en la Directiva 2004/18/CE, en el apartado 4 del artículo 1: «La “concesión de servicios” es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

A pesar de que se incluye una definición de las concesiones de servicios, esta Directiva no era de aplicación a las concesiones de servicios⁷. No obstante, aunque excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación pública, estaban sujetas a los principios fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular a los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como a los principios que derivan de ellos, como la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia⁸, principios que los poderes adjudicadores tenían que respetar en los procedimientos que utilizaran para su adjudicación⁹.

Actualmente, la regulación de las concesiones de servicios la encontramos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRL CSP)¹⁰.

7 Tal y como establece la propia Directiva 2004/18/CE, en el artículo 17, que precisa: «Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1».

8 No debe olvidarse que desde la perspectiva impuesta por el Derecho comunitario a partir de su objetivo de establecer un mercado interior común para todos los Estados miembros y evitar que la competencia sea falseada, se impone la primacía de los principios generales de la contratación pública, sin que pueda admitirse ninguna otra interpretación (MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 102-108).

9 El TJUE se ha pronunciado sobre este particular, entre otras, en la Sentencia de 15 de octubre de 2009, *Acoset SpA*, C-196/08.

10 Vid. la regulación del contrato de gestión de servicios públicos y de los contratos de servicios en MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., pp. 208, 225, 803-847 y 883-910. De especial interés respecto a los contratos de servicios resulta el trabajo de ESCRIBIELA MORALES, F.J., *La contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 1361-1516. Vid. también, sobre los contratos gestión de servicios, PÉREZ AMORÓS, J., “Contrato de gestión de servicios públicos”, *Contratación del Sector Público Local*, T. II, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), Madrid, 2008, pp. 1668-1804, y sobre los contratos de servicios, LAGO NÚÑEZ, G., “Contratos de servicios”, *Contratación del Sector Público Local*, tomo II, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), Madrid, 2008.

Es cierto que en la tipificación de los contratos públicos contenida en el TRLCSP se ha producido un avance en la divergencia histórica entre el Derecho español y el Derecho europeo. Aunque se mantiene la discordancia con las concesiones de servicios, debido a que dentro del contrato de gestión de servicios públicos se engloban varias modalidades¹¹.

La definición del contrato de gestión de servicios públicos resulta de la conjugación de los artículos 8.1¹² y 275.1¹³ del TRLCSP. De dichos preceptos se concluye que a través de estos contratos la Administración podrá gestionar indirectamente los servicios de su competencia siempre que sean susceptibles de explotación por los particulares, y no supongan ejercicio de autoridad.

Asimismo, para que el contratista pueda hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, el artículo 281.1 del TRLCSP establece que tendrá derecho al abono de las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, mediante la retribución fijada atendiendo a su utilización, que percibirá directamente de los usuarios o de la Administración.

Por lo tanto, ya desde su definición aparece la explotación del servicio como uno de los elementos relevantes del contrato de gestión de servicios públicos. De manera que no sólo es necesario que los servicios objeto del contrato sean susceptibles de explotación, sino que la contrapartida que recibe el contratista por la prestación de los servicios debe ser precisamente el derecho a su explotación.

En cuanto a las actuaciones preparatorias de este contrato, se establece que el régimen jurídico del servicio que se vaya a prestar deberá instituirse con carácter previo, declarando expresamente que la actividad ha sido asumida como propia por la respectiva Administración, fijando el alcance de las prestaciones a favor de los administrados, regulando los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo de la prestación del servicio, e identificando su ámbito funcional y territorial (artículos 132 y 275.2 TRLCSP).

Además, será preciso realizar un proyecto de explotación del servicio¹⁴ que incluya el régimen de utilización y una estructura completa y definida de los gastos vincula-

11 Cada vez son más los autores que estiman que resulta esencial depurar conceptualmente estos contratos para ajustarlos al Derecho Comunitario. Entre otros, GIMENO FELIÚ, J.M., en "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 156, 2012, p. 19, que estima que no parece bien resuelto para las concesiones; y ROSADO SANTURINO, A.G., en "Discordancias con el Derecho Comunitario de la noción española del contrato de servicios y del contrato de gestión de servicios públicos", *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 96, abril 2010, que considera que a pesar de que la definición del contrato de servicios de la regulación española está muy próxima a la comunitaria, sin embargo, se ve sustancialmente obstaculizada por la definición del contrato de gestión de servicios públicos.

12 «...aquel en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante».

13 «La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos».

14 Según el artículo 183.1 del RGLCAP, que mantiene su vigencia, los proyectos de explotación de servicios públicos «comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de

dos a la explotación, a partir de unos mínimos o estándares de calidad del servicio establecidos por el órgano de contratación, y todos los ingresos o rendimientos que pueden obtenerse de la explotación del servicio. Este estudio es indispensable para poder determinar las tarifas que tendrán que pagar los usuarios de los servicios, o, en su caso, cuantificar el abono de un canon a la Administración (artículo 133 TRLCSP¹⁵). Dicho estudio servirá, tanto para determinar el valor estimado del contrato como para realizar una correcta valoración de las ofertas en la fase de licitación. Asimismo, resulta preciso para garantizar el equilibrio financiero del contrato durante el plazo de ejecución, por lo que deberán estimarse el número de usuarios y la intensidad normal de uso del servicio¹⁶.

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, cuando la Administración Pública decide gestionar los servicios acudiendo al sector privado a través de las concesiones de servicios, además de trasladar con carácter temporal al contratista la explotación del servicio, éste deberá asumir los riesgos derivados de dicha explotación.

Como ya se ha anticipado, el contrato de gestión de servicios públicos no se corresponde con una única realidad, sino que está integrado por varios supuestos de gestión indirecta. El artículo 277 del TRLCSP¹⁷ establece 4 modalidades de contratación para la gestión de servicios públicos, que son en realidad distintos tipos de contratos que permiten a las Administraciones Públicas encomendar al sector privado la gestión indirecta de los servicios públicos de su competencia. En dichos contratos la posición de los adjudicatarios es diferente en relación al alcance del riesgo en la ejecución.

Las modalidades de contratación de la gestión de los servicios públicos son las siguientes:

- 1) La concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.
- 2) La gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- 3) El concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- 4) La sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

contratación antes de la aprobación de este último».

15 Cuando estos contratos comprendan también la ejecución obras, la tramitación del expediente tendrá que ir precedida de los anteproyectos de explotación y de las obras, siendo de aplicación las normas establecidas para la concesión de obras públicas.

16 La Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana ha sostenido la obligación de realizar este estudio económico, entre otros, en su Informe 4/2012, de 9 de mayo, así como la importancia de dicho estudio para determinar el valor estimado de la concesión.

17 Con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público se unificó la regulación local y estatal, en cuanto a las formas de gestión indirecta de los servicios públicos. A través de su disposición final primera modificó el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, remitiendo a las disposiciones contenidas en la legislación básica estatal para determinar las modalidades que podía adoptar la gestión indirecta en el ámbito local.

Del examen de los distintos tipos concluimos que sólo en la concesión se produce un traslado del riesgo al contratista, mientras que en la gestión interesada y en la sociedad de economía mixta el riesgo se comparte entre la Administración y el contratista. En cuanto al concierto, debido a que el tipo no se conforma por el riesgo, sino porque el sujeto al que se encomienda los servicios realice prestaciones análogas, habrá que estar al caso, ya que suele ser habitual que sea la Administración la que abone el precio directamente al contratista. Si no se fijara en función de los usuarios atendidos, al no existir riesgo para el prestador tendría que calificarse como contrato de servicios.

Para que el contrato de gestión de servicios públicos coincidiera con la concesión de servicios del Derecho comunitario se precisaría que se incluyese la asunción del riesgo de explotación por el contratista como elemento delimitador del contrato¹⁸.

La nueva Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, publicada en el DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014, cuyo principal objetivo es reducir la inseguridad jurídica, pretende eliminar las diferencias interpretativas de los Estados miembros, regulando las concesiones tanto de obras como de servicios con un valor estimado no inferior a los umbrales que en ella se establezcan, debiendo reflejar el interés transfronterizo para los operadores económicos.

En su considerando 11 se refiere a las concesiones como contratos a título oneroso mediante los que uno o más poderes o entidades adjudicadoras pueden contratar obras o servicios cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este derecho acompañado de un pago.

Según el considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE la característica principal de una concesión de servicios es el derecho a explotar los servicios adjudicados, lo que implica necesariamente la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico.

Su definición la encontramos en el artículo 5 de esta Directiva, que en el mismo sentido, establece en su apartado 1.b), que se entenderá por concesión de servicios: *«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.*

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones

18 Sin embargo, FUERTES LÓPEZ, M. ha mantenido una postura crítica sobre los criterios que establece el Derecho comunitario para diferenciar las concesiones de servicios públicos de los contratos de servicios, sobre todo en cuanto al riesgo de explotación, ya que no se corresponde con la distinción admitida en nuestro Derecho, creando confusión [“Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios”, J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos* 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 197-239].

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».

Como el riesgo es consustancial a las concesiones de servicios es preciso discernir entre el riesgo general que se da en todo tipo de contratos¹⁹ y el riesgo de explotación característico de las concesiones.

El riesgo general es inherente a cualquier contrato público. Puede estar originado por un error de cálculo en la oferta del adjudicatario al valorar la prestación a ejecutar o derivar de la buena o mala gestión que realice el adjudicatario del contrato.

El riesgo de explotación consiste en la posibilidad del adjudicatario de obtener beneficios o pérdidas. Riesgo que no sólo va a depender del modo como se gestionen los servicios, sino que depende de multitud de acontecimientos y vicisitudes, como la exposición a las incertidumbres del mercado, que comprende la competencia con otros operadores económicos, el posible desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, la insolvencia de los deudores de los servicios prestados o la responsabilidad por los perjuicios causados en la ejecución de los servicios.

La Directiva 2014/23/UE, además de incluir una definición más precisa de la concesión, recoge la relación que debe darse entre el derecho a la explotación de los servicios y la asunción del riesgo de explotación. De acuerdo con el artículo 5.1.b) las concesiones implicarán la transferencia al adjudicatario de «*un riesgo operacional*»²⁰ en la explotación, que comprende el riesgo de demanda²¹, que debe identificarse con el uso o frecuentación de los servicios, o el riesgo de suministro, que se identifica con la disponibilidad, o ambos. «*Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión*».

19 Existe unanimidad en reconocer como principio general de la contratación pública que todos los contratos deben ejecutarse a riesgo y ventura del contratista. Sobre este principio, sus excepciones y modulaciones, vid. BERMEJO LATRE, J.L., "Riesgo y ventura del contratista", J. Bermejo Vera (dir.), *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 614-619.

20 La definición de las concesiones contenida en la Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión – SEC (2011) 1588 final y SEC (2011) 1589 final – implicaba la transferencia del «*riesgo operacional sustancial*». En la redacción final de la Directiva hay un cambio semántico y pierde el término «*sustancial*». Esta definición había suscitado reacciones contrarias de los concesionarios y para el Comité de las Regiones se imponía un nivel de exigencia superior a la requerida por el TJUE, (Enmienda 12 del Dictamen sobre la Propuesta de Directiva concesiones, DOUE, C 277/74, 13-9-2012).

La problemática de la distribución de los riesgos y la noción del riesgo operacional sustancial es tratada de forma excelente por LAZO VITORIA, X., en sus trabajos: "El futuro del mercado concesional en Europa", *Revista CEFLEGAL*, n. 154, noviembre 2013, y "Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria", *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 129, enero-febrero 2014.

21 Para una mejor comprensión, véanse los considerandos 18 a 20 y 52 de la Directiva 2014/23/UE.

Con la aprobación de esta Directiva se hace extensiva la aplicación del Derecho derivado a los contratos de concesión en el sector de los servicios públicos que estaba exento de este tipo de legislación.

Debido a que corresponde al Derecho europeo la calificación jurídica o definición de los contratos públicos, para determinar la naturaleza de las prestaciones de servicios y discernir si nos encontramos ante un contrato público o una concesión de servicios deberá acudirse a la definición que realizan las Directivas de la Unión Europea²².

En consecuencia, la tipificación como concesión de servicios precisa que como contrapartida a la prestación el contratista obtenga el derecho a explotar los servicios, implicando necesariamente la transferencia del riesgo operacional, que podrá ir acompañado o no de un pago. En este sentido, a la luz del Derecho de la Unión Europea podrá calificarse un contrato como gestión de servicios públicos cuando la modalidad de pago convenida sea el derecho del adjudicatario a la explotación de los servicios, asumiendo al mismo tiempo el riesgo derivado de su explotación. De manera que si la Administración asume el pago al contratista sin atender al grado de utilización, el contrato deberá calificarse como contrato de servicios, por la falta de transmisión del riesgo al contratista.

Una correcta transposición de la Directiva 2014/23/UE precisa de una incorporación a nuestro Derecho interno de una definición de las concesiones de servicios en sus mismos términos para terminar con la inseguridad jurídica²³. Lo que necesariamente pasa por incluir que junto a la explotación se traslade el riesgo de la explotación del servicio al contratista.

Los criterios que determinan la naturaleza de las concesiones procedentes de la jurisprudencia comunitaria han ido calando en la doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa hasta el punto de que no pueden ser concebidas sin la asunción del riesgo de la explotación de los servicios por el contratista.

Entre el gran número de pronunciamientos en este sentido, podemos citar el Informe 12/10, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCAE) en el que afirma que: «... cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación

22 El TJUE ha señalado reiteradamente que carece de relevancia la calificación jurídica o definición del contrato según el Derecho interno, sino que es al Derecho comunitario al que compete definir los contratos públicos y las concesiones. Por ejemplo en la STJUE de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, C-382/05, al examinar la naturaleza de unos convenios relativos al tratamiento de residuos urbanos del Gobierno italiano recuerda que: «la definición de un contrato público de servicios es materia del Derecho comunitario y, por ello, la calificación de los convenios controvertidos en Derecho italiano no es pertinente para dilucidar si estos últimos están o no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50... » y «por lo tanto, la cuestión de si los convenios controvertidos deben calificarse o no de concesiones de servicios debe apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario».

23 Sobre las posibles delimitaciones entre los contratos y concesiones de servicios vid. GIMENO FELIÚ, J.M., «Las nuevas Directivas – cuarta generación – en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en la compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 159, 2013, p. 12. Vid. también la propuesta que realiza BERNAL BLAY, M.A., en *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, prólogo de José María Gimeno Feliú, Civitas, Madrid, 2011, pp. 83-87, que aunque ideada para los contratos y concesiones de obras, traslada también a las prestaciones de servicios.

tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios».

Asimismo, la JCCAE ha estimado en su Informe 65/11, de 1 de marzo de 2012, que los contratos cuyo objeto se corresponda con alguno de los códigos descriptivos de la Nomenclatura CPV han de considerarse como contratos de servicios, salvo que de acuerdo con la definición de las concesiones contenida en la Directiva 2004/18/CE puedan ser calificados como tales. Este pronunciamiento lo justifica en que ambos contratos, según la propia Directiva, presentan las mismas características con la salvedad de que en las concesiones la contrapartida de la prestación consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio²⁴. Aplicando el razonamiento, al calificar la naturaleza de los contratos que tienen por objeto el transporte escolar afirma que: *«Será calificado como contrato de gestión de servicios públicos si el contratista cumple tal opción, es decir, soporta con carácter exclusivo el riesgo derivado de su explotación, identificándose como una concesión de servicios y, en caso contrario, si por parte del órgano de contratación se interviene para asumir parte del riesgo vinculado a su explotación, deberá ser calificado como contrato de servicio, aplicándose, respecto de cada uno las normas correspondientes».*

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en su Informe 11/2010, de 26 de noviembre, también afirma que: *«El elemento determinante para la calificación de estos contratos está en la existencia o no de asunción de riesgo en la explotación, de manera que en caso de que éste sea inexistente, el contrato se tendrá que calificar como contrato de servicios. En caso contrario, es decir, cuando la forma de remuneración consista en la explotación del servicio, aunque pueda ir acompañada de la percepción de un precio, y esta explotación lleve asociada, de alguna manera, un riesgo, el contrato podrá ser calificado como de gestión de servicios públicos».*

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón va un paso más allá en su Informe 2/2014, de 22 de enero, en el que partiendo de la regulación del TRLCSP y de la jurisprudencia comunitaria precisa que: *«... para que un servicio pueda ser gestionado de forma indirecta mediante contrato, deben concurrir los siguientes requisitos:*

- *Que se trate de un servicio de los incluidos en el Anexo II del TRLCSP.*
- *Que su prestación haya sido asumida como propia de su competencia por la entidad adjudicadora, y así se haya declarado expresamente al establecer el régimen jurídico del servicio público.*
- *Que sea susceptible de explotación económica.*
- *Que no implique ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.*
- *Que la organización del servicio recaiga en el contratista que además asume el riesgo de explotación; resultando indiferente que la retribución que debe de ser fijada*

²⁴ En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) ha mantenido que la diferencia inicial de la concesión y el contrato de servicios es la forma de establecer la contrapartida del contratista (Resolución 176/2011, de 14 de septiembre).

en función de la utilización del servicio, se perciba directamente de los usuarios o de la propia Administración».

También los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales desde sus inicios han partido de la jurisprudencia comunitaria para determinar la naturaleza jurídica de contratos que tenían por objeto prestaciones de servicios que habiendo sido calificados como gestión de servicios públicos, no pudieron ser calificados como tales por carecer del elemento esencial de asunción del riesgo de la explotación del servicio por el contratista²⁵.

Por ejemplo, el TACRC en su Resolución 91/2013, de 5 de marzo, al examinar el carácter de un contrato de gestión integral de un polideportivo municipal, además de aseverar que su correcta calificación era independiente del «nomen iuris» empleado, sostiene que: *«La asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica la condición de concesión de servicios...»*.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón estimó en su Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, que un contrato relativo a los servicios de hemodiálisis hospitalaria no podía ser calificado como concesión de servicios al no haber sido trasladado el riesgo al contratista, sino que debía ser considerado como un contrato de servicios.

En resumen, debemos concluir que los contratos de servicios y las concesiones de servicios tienen el mismo objeto. Su diferencia radica en cómo se realizan los servicios. Cuando las prestación encaje en alguna de las actividades codificadas en el Reglamento que regula el Vocabulario CPV, en la que el poder adjudicador paga al contratista por la prestación de los servicios en función de la retribución fijada en el contrato, que no dependa de ninguna circunstancia vinculada a la utilización de los servicios, el negocio jurídico será un contrato de servicios. Sin embargo, en la concesión de servicios, la contrapartida para el contratista es la atribución de la explotación de los servicios que deberá conllevar necesariamente la traslación del riesgo de explotación, independientemente de quien realice los pagos.

BIBLIOGRAFÍA

BERMEJO LATRE, J.L., “Riesgo y ventura del contratista”, J. Bermejo Vera (dir.), *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009.

BERNAL BLAY, M.A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas «paraconcesionales»*, prólogo de José María Gimeno Feliú, Civitas, Madrid, 2011.

²⁵ La razón que ha llevado a los Tribunales de Recursos Contractuales a examinar la calificación de los contratos se ha debido a que resultaba esencial para determinar si tenían acceso al recurso especial en materia de contratación. Según el artículo 40 del TRLCSP, mientras que los contratos de servicios son susceptibles de recurso especial cuando su valor estimado sea igual o superior a 207.000 €, los contratos de gestión de servicios públicos lo serán cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del IVA, sea superior a 500.000 € y el plazo de duración superior a 5 años.

- ESCRIHUELA MORALES, F.J., *La contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, La Ley, Madrid, 2007.
- FUERTES LÓPEZ, M., “Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios”, J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I y II)”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 111 y 112, 2011.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 156, 2012.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Las nuevas Directivas – cuarta generación – en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en la compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 159, 2013.
- LAGO NUÑEZ, G., “Contratos de servicios”, *Contratación del Sector Público Local*, tomo II, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), Madrid, 2008.
- LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, n. 154, noviembre 2013.
- LAZO VITORIA, X., “Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 129, enero-febrero 2014.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos”, *Contratación del Sector Público Local*, tomo I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), Madrid, 2008.
- MORENO MOLINA, J.A., “La nueva Directiva sobre contratación pública y su incorporación al Derecho español”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 129, enero-febrero 2014.
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007.
- PÉREZ AMORÓS, J., “Contrato de gestión de servicios públicos”, *Contratación del Sector Público Local*, tomo II, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), Madrid, 2008.

- RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “La distinción entre contratos de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 3, 2012.
- ROSADO SANTURINO, A.G., “Discordancias con el Derecho Comunitario de la noción española del contrato de servicios y del contrato de gestión de servicios públicos”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n. 96, abril 2010.
- RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A. y BERNAL BLAY, M.A., “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, J.M. Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

EPÍLOGO



En recuerdo de Luis Ortega

Aun sumamente abatidos por el fallecimiento de Luis Ortega el pasado día 15 de abril en su despacho del Tribunal Constitucional, sus discípulos de la Universidad de Castilla-La Mancha, sus colegas y amigos, queremos rendirle este tributo en forma de Epílogo al volumen recopilatorio de las Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo en el que él participó.

La trayectoria profesional de nuestro Maestro es suficientemente conocida: se forma en la Complutense al final del franquismo y durante la Transición, dentro de la numerosa escuela del gran Maestro del Derecho Administrativo Español, Eduardo García de Enterría, y de la mano directa de Jesús Leguina. Tras Licenciarse con Premio Extraordinario en 1975, dedica largas estancias de investigación en Italia, donde trabaja muy estrechamente con Massimo Severo Giannini, uno de los grandes juristas europeos del pasado siglo, hasta doctorarse en el año 1979 con una tesis sobre los derechos sindicales de los funcionarios públicos.

En 1983, antes de cumplir los treinta años y una vez ganada en concurso público su plaza como Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid, pasa a coordinar, como Director General del Departamento de Relaciones Institucionales, los servicios jurídicos del Gabinete de la Presidencia del Gobierno de Felipe González. En 1988 deja la Moncloa para incorporarse a la por entonces jovencísima Universidad de Castilla-La Mancha, siendo de los primeros Catedráticos de la Facultad de Derecho de Albacete. En 1990 es nombrado Vicerrector de Relaciones Institucionales y del Campus de Toledo y posteriormente Director del Centro de Estudios Europeos, así como del Departamento de Derecho Público. Tras una breve colaboración como consultor con el despacho de Miguel Roca, a finales de 2010 fue designado por el Senado Magistrado del Tribunal Constitucional, dignidad

a la que hasta entonces nunca había llegado ningún profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Autor de más de ciento cincuenta trabajos, publicados no sólo en España, sino también en otros países de nuestro entorno, vivió su condición de jurista como vocación de servicio público.

Más allá de su perfil profesional, sin embargo, nos interesa centrar la atención en lo personal, en su talante y en su compromiso con la Universidad y con la Región.

Luis era una persona absolutamente excepcional, cercana, siempre con la sonrisa puesta, vital, bullendo de proyectos. Para todos, ya fuese el último becario (o el personal no docente de la UCLM), tenía palabras amables, llenas de afecto. Su creatividad no tenía parangón, no sólo para el Derecho: dibujaba, leía y escribía poesía, entre otras cosas que hacía y que nos solían dejar sorprendidos. Ese talante abierto y tolerante se manifestaba, por ejemplo, en acoger entre sus discípulos a personas de opiniones políticas o religiosas bastante lejanas de las suyas. Luis tenía un modo de entender no sólo el Derecho, sino la vida, que muchos admirábamos.

Como cabía esperar de una persona comprometida con su país, con los valores cívicos y con las libertades, su dedicación a la Universidad de Castilla-La Mancha fue absoluta. Llamado por su amigo el entonces Rector Luis Arroyo, dejó la Moncloa apostando por una Universidad recién creada, en la que creyó y en la que se implicó institucional, académica y personalmente.

En diciembre de 2013 sus discípulos le rendimos un emotivo homenaje en Cuenca para celebrar sus 25 años de Cátedra. Formó a más de 25 profesores, entre catedráticos, titulares, doctores, ayudantes, becarios, y a un importante número de funcionarios regionales y locales, que se doctoraron con él. Varias generaciones de investigadores y profesores universitarios se han formado con Luis Ortega. Y aún más numerosos son los estudiantes de Albacete, de Ciudad Real o de Toledo que le recuerdan dando clase. Se recorrió miles de kilómetros, de uno a otro campus de la UCLM, para atender a sus discípulos, para charlar con ellos, para comentar un capítulo de la tesis recién entregado, para sugerir nuevos temas de estudio. Creemos no exagerar si decimos que no hay en todas las Facultades de Derecho de la Universidad española un catedrático que haya formado y dirigido a un grupo tan numeroso y compacto de profesores. Además, nos situó en Europa mediante el Centro de Estudios Europeos y los masters en Derecho Comunitario que dirigía, así como incorporando a todos sus discípulos al principal foro académico del Derecho Público Europeo (el European Public Law Group, con sede en Grecia).

Se implicó no sólo con la Universidad regional, sino con la Región misma, a la que sirvió liderando múltiples proyectos de investigación, como los relacionados con el aprovechamiento del agua, la tutela ambiental o el desarrollo urbanístico. Esta tarea se ha plasmado también en importantes publicaciones colectivas de profesores de la UCLM, como el Derecho Administrativo Autonómico de Castilla-La Mancha (UCLM, 2000), los Estudios de la Unión Europea (CEE, 2011) o el Tratado de Derecho Ambiental (Ti-

rant lo Blanch, 2013). ¡Qué decir del Seminario de Estudios Autonómicos, que alcanzó el pasado marzo la XXV edición! Como Vicerrector del campus de Toledo tejó una red de empresas e instituciones colaboradoras en las que los alumnos de Gestión, de Derecho y de Empresariales pudiesen hacer prácticas. Participó en varios grupos de expertos para la elaboración de proyectos de leyes regionales (función pública, régimen local, etc.); y, por encargo del Gobierno regional, redactó el anteproyecto de reforma del estatuto de autonomía que fue aprobado por unanimidad de las Cortes de Castilla-La Mancha en 2007, para luego ser enviado a las Cortes Generales. Por sus extraordinarios méritos, en 2010 recibió del Gobierno regional el Premio de Excelencia Investigadora.

Luis Ortega era no sólo un jurista de enorme prestigio y reconocimiento nacional e internacional y un intelectual de primera fila; era, además, un creador incansable, que nunca dejó de animarnos a abrir nuevas vías de colaboración entre investigadores a nivel europeo y a emprender proyectos que él mismo hubiese podido llevar a cabo – su generosidad le hacía muchas veces dejar que algunos de nosotros fuésemos quienes abriésemos camino –. En conversaciones que solíamos tener con colegas de otras universidades o de otros países, con frecuencia no nos ocultaban una cierta envidia por tener como Maestro a una persona tan extraordinaria, tan cercana y cálida como Luis. Porque todos nosotros llegamos a percibir cómo, en algún momento más o menos mágico, imperceptiblemente dejaba de ser un maestro o un profesor para convertirse en un amigo. Y no un amigo cualquiera.

La temprana muerte de Luis Ortega es una pérdida notabilísima para el Derecho público español, para el Tribunal Constitucional y para la Universidad de Castilla-La Mancha que él contribuyó enormemente a echar a andar y a consolidar. Para quienes hemos tenido la inmensa fortuna de conocerle, de tratarle, de aprender de él y de quererle, este es un momento tristísimo, que nos deja en cierto modo huérfanos.

Sin embargo, su recuerdo, su ejemplo y su magisterio nos seguirán orientando en la tarea de impulsar nuevos proyectos y de poner en práctica nuevas iniciativas, que asumimos con orgullo.

Mayo de 2015

Los Profesores de Derecho Administrativo de la
Universidad de Castilla-La Mancha

M^a Consuelo Alonso García, Luis Arroyo Jiménez, Miguel Beltrán de Felipe, Josefa Cantero Martínez, Francisco Delgado Piqueras, Alma Patricia Domínguez Alonso, Isabel Gallego Córcoles, Nuria Garrido Cuenca, Gerardo Gómez Melero, Salvador Jiménez Ibáñez, Luis F. Maeso Seco, Isaac Martín Delgado, Pablo Meix Cereceda, Juan Morcillo Moreno, José Antonio Moreno Molina, Eva M^a Nieto Garrido, Carmen Plaza Martín, Francisco Puerta Seguido, Jesús Punzón Moraleda, Francisco Sánchez Rodríguez, Rubén Serrano Lozano, Susana de la Sierra Morón, Dolores Utrilla Fernández-Bermejo y Antonio Villanueva Cuevas.

