

“Hacia una nueva ley de contratos del sector público”

Congreso Internacional
sobre
**CONTRATACIÓN
PÚBLICA**

#CICP17

 24 y 25 de enero de 2017

 FACULTAD CIENCIAS SOCIALES UCLM
Avda. de Los Alfares, 44, Cuenca

Organizan:



I.- La legitimación para recurrir de los “licitadores excluidos”: A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, as. C-355/15

II.- La cooperación horizontal: A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, as. C-51/15

**Patricia Valcárcel
Fernández**
Profesora Titular de
Derecho Administrativo
Universidad de Vigo





**STJUE de 21 de diciembre de 2016, as.
C-355/15
“licitadores excluidos”**

-Art. 42 TRLCSP: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*

-Legitimación activa: interpretada de forma amplia por los órganos de recursos

-Punto clave: Existencia de un **“Interés Legítimo”**



-**DR:** “(...) Se considerarán **licitadores afectados** aquellos que aún no hayan quedado definitivamente excluidos. Se considerará que una exclusión es definitiva si ha sido notificada a los licitadores afectados y, o bien ha sido considerada legal por un órgano de recurso independiente, o bien no puede ya ser objeto de un procedimiento de recurso”.

-**Regla:** los licitadores excluidos a través de un acto firme no son “licitadores afectados” y no tienen legitimación para impugnar las actuaciones posteriores a su exclusión.

-STJUE de 19 de junio de 2003, as. C-249/01: no tiene legitimación para recurrir la adjudicación el licitador debidamente excluido.

-**PERO....** Los órganos de recursos venían reconociendo amplia legitimación para recurrir a los “licitadores excluidos”



CÚANDO???:

- a) El licitador excluido impugna la adjudicación invocando un defecto o irregularidad en la oferta del adjudicatario con identidad de razón suficiente con defecto detectado de su oferta (no tienen que ser irregularidades exactamente coincidentes).
- b) Únicamente hubiesen concurrido 2 licitadores
- c) La eventual estimación del recurso por el “licitador excluido” conlleve que el procedimiento se declare desierto y exista una muy probable nueva licitación en términos similares que permitiría a la recurrente una nueva oportunidad de resultar adjudicataria.



Interpretación limitativa del concepto de “licitador afectado” respecto a la posibilidad de incluir en él a “licitadores excluidos”. STJUE de 21 de diciembre de 2016, as. C-355/15

La Directiva 89/665, pretende garantizar el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada.

No se opone al D^o UE que a un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de adjudicación mediante una decisión del poder adjudicador que ha adquirido carácter definitivo se le niegue el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación del contrato público en cuestión y contra la celebración de dicho contrato, cuando el licitador excluido y el adjudicatario del contrato son los únicos que han presentado ofertas y aquel licitador sostiene que la oferta del adjudicatario también debería haber sido rechazada.



STJUE de 21 de diciembre de 2016, as. C-51/15 “Cooperación horizontal”



Pto. partida: STJUE de 9 de junio de 2009, As. C-480/06, Hamburgo

Doctrina TJUE: SSTJUE de 19 de diciembre de 2012, As. C-159/11, Azienda; de 13 de junio 2013, As. C-386/11, Piepenbrock; de 8 de mayo de 2014, As. C15/13, Universidad de Hamburgo. **Elementos acumulativos:**

- a) “contratos” que establezcan una cooperación entre entidades públicas que tengan por objeto garantizar la realización de una misión de **servicio público común** a las mismas.
- b) Celebrado exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada.
- c) Que con ellos 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 público.



Cooperación horizontal en la Directiva 2014/24/UE

Art. 12.4, “inspirado” en doctrina del TJUE pero con novedades:



- 1º)** “Contrato” 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.
(Cdo. 33): -La cooperación podrá abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de las tareas y responsabilidades de servicio público. -Las “prestaciones” a que se comprometan los distintos poderes adjudicadores no han de ser siempre principales e idénticas, pueden ser complementarias.
- 2º)** Cooperación se guíe únicamente por consideraciones de interés público
(Cdo. 33): La primacía del interés público excluye que alguna de las partes pueda tener una intención lucrativa en la celebración del negocio. Esta exigencia afecta a todas las transferencias financieras a las que pueda dar lugar el “contrato”
- 3º)** Poderes adjudicadores participantes realicen en mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de la cooperación.
Criterio vinculado al ámbito de las actividades objeto de cooperación. **Art. 12.5** indica formas de cálculo.



Directiva vs. Doctrina TJUE



a) **NO** recoge de forma explícita que la celebración del acuerdo de cooperación no puede favorecer a algún prestador privado respecto de otros.

PERO.... tal se infiere de la propia lógica del comportamiento público y, también Cdo. 31

b) **“Sorpresa”**: No se exige que los acuerdos de cooperación se celebren exclusivamente entre entidades públicas sin participación de privada.

(Cdo. 32) abre la puerta a esta participación privada.

No debe prejuzgarse la participación privada: su existencia no implica un beneficio competitivo al operador privado; ni impide una cooperación guiada únicamente por consideraciones de interés público.

Elemento subjetivo: pese a lo anterior, la cooperación horizontal necesariamente ha de darse entre entes que tengan la condición de poderes adjudicadores.

Todos los requisitos han de interpretarse en **sentido limitativo** y desde la lógica de la **excepción**



La cooperación horizontal en el PLCSP



-La regulación prevista se acomoda a las exigencias de la Directiva

Artículos de referencia: **6.1** y el **31**. Para que exista cooperación horizontal:

- a)** “contrato” a través del que se desarrolle cooperación entre los poderes adjudicadores 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 dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público; y
- c)** que las citadas entidades realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de la colaboración.

Para calcular este porcentaje: Art. 32.2.b) del PLCSP. Establece “**garantía adicional**”: los poderes adjudicadores participantes en el convenio efectuarán una **declaración responsable**



STJUE (Sala Tercera) de 21 de diciembre de 2016, As. C-51/15



Hechos: la Región de Hannover y la Ciudad de Hannover con vistas a una reorganización de competencias sobre residuos que tenían atribuidas, acaban creando conjuntamente un consorcio a tal efecto.

TJUE:

- a) Si un negocio jurídico incluye varias fases deben examinarse en su globalidad
- b) El reparto de competencias dentro de un Estado miembro está protegido por el artículo 4 apartado 2 TUE. Dicha protección abarca las reorganizaciones de competencias que efectúen.
- c) La redistribución de competencias del caso no es contrato contrato público y ello por:
 - 1º) Los contratos públicos tienen carácter oneroso. El poder adjudicador que lo celebra recibe una prestación que debe comportarle un interés económico directo.
 - 2º) Las reasignaciones de medios *a priori* no encajan en la idea de “pago de un precio”.
 - 3º) Las compensaciones que las autoridades que colaboran se comprometan a efectuar a favor de la entidad creada para asumir desfases en el coste de ejecución de sus actuaciones tampoco se pueden considerar una remuneración.



TJUE: Lo importante para cooperación horizontal

1º) Tener por objeto no sólo las responsabilidades vinculadas a la competencia transferida, sino también los poderes que son el corolario de ésta (apdo. 49)

2º) La autoridad pública que resulte competente debe ejercer la competencia de manera autónoma y bajo su propia responsabilidad (apdos. 51, 52, 53).

ESPAÑA: Informe 19/2016, de 28 de septiembre, de la JCCA de Aragón: Delegación por un ayuntamiento a un consorcio de la gestión del servicio de limpieza de las instalaciones municipales. Una de las fórmulas de cooperación interadministrativa horizontal pueden ser los consorcios.



Gracias por su atención

Patricia Valcárcel Fernández

pvalcarcel@uvigo.es

Colaboradores:



Congreso Internacional sobre **CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Organizan:



Colaboran:

