



Erasmus+



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

Working Papers on European Law and Regional Integration

JOSE MARÍA GIMENO FELIÚ

**El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias
sobre la contratación pública.**

**Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas
por el Estado y Navarra**

WP IDEIR nº 30 (2016)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)
Universidad Complutense
Facultad de Derecho
Avda. Complutense s/n
Madrid 28040 - España

© Jose María Gimeno Feliú 2016

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública

Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado y Navarra

Jose María Gimeno Feliú*

I. INTRODUCCIÓN. MOTIVOS DE LA REFORMA. II. LA TRANSPOSICION DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATACION EN ESPAÑA. UN PROCESO INACABADO. 1. Principales contenidos del nuevo texto Ley Contratos Sector Público. 2. De la tramitación del Anteproyecto. La conclusión del Expediente con el Dictamen del Consejo de Estado. III. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PUBLICA EN AUSENCIA DE TRANSPOSICION EN PLAZO Y SU INCIDENCIA EN EL TRLCSP. 1. El significado de la doctrina del efecto directo de las Directivas europeas. 2. El significado de la doctrina del efecto directo de las Directivas europeas de contratación pública. 3. El efecto directo de las Directivas de contratación pública de 2014 y su incidencia en la legislación nacional. 4. Documentos prácticos de interés. VI. CONCLUSIONES.

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza. Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

I. INTRODUCCIÓN. MOTIVOS DE LA REFORMA

La Unión Europea ha culminado un nuevo proceso de adaptación de la normativa de contratación pública (con fecha de publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014). Se trata de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación, que pretenden un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas¹. Si bien las Directivas de 2004 supusieron un notable avance², se constató la insuficiencia de su regulación en un contexto de crisis económica y de “redefinición” de políticas públicas, lo que aconsejaba un nuevo paquete legislativo, que debería ser ambicioso tanto en sus principios como en la concreta arquitectura jurídica que se propusiera para poder contribuir así a la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020³.

La revisión (que no mera actualización) de las Directivas sobre contratación pública se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica⁴. Lo que no significa una liberalización “sin restricciones” a la política de

¹ Vid. J.A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J.A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M.M. RAZQUIN, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, RAP núm. 196, 2015, pp. 97-13 y J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II.

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

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

⁴ El ‘Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública’ (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime

contratación pública. Basta recordar el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2011, sobre la igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones (publicada en el DOUE 7 de diciembre de 2012), -se insiste en los comentarios incluidos en su Resolución del 18 de mayo de 2010 sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública-, en la que, si bien se opone enérgicamente a las medidas proteccionistas en el ámbito de la contratación pública a escala mundial, cree firmemente en el principio de reciprocidad y proporcionalidad en dicho ámbito y, en este sentido, pide a la Comisión que realice un análisis detallado de las posibles ventajas y problemas asociados con la imposición de restricciones proporcionadas y específicas al acceso a determinados sectores de los mercados de contratación pública de la UE, una evaluación de impacto que analice cuándo pueden aplicarse, así como una evaluación del fundamento jurídico que requeriría este instrumento, para aquellos socios comerciales que se benefician de la apertura del mercado de la UE pero que no han demostrado intención alguna de abrir sus mercados a las empresas de la UE, alentando a la vez a los socios de la UE a que ofrezcan a las empresas europeas condiciones de reciprocidad y proporcionales en el acceso al mercado, antes de proponer cualquier otro nuevo texto en el ámbito de la contratación pública.^[1] Asimismo, el Parlamento solicita a la Comisión que evalúe los problemas asociados con las ofertas extraordinariamente bajas y que proponga soluciones adecuadas; recomienda a las autoridades contratantes que faciliten información temprana y suficiente a otros licitadores en caso de ofertas anormalmente bajas, con el fin de que puedan valorar si existen motivos para iniciar un procedimiento de recurso; y considera urgente que la UE alcance una mayor coherencia entre su política comercial exterior común y la práctica existente en los Estados miembros de aceptar ofertas excepcionalmente bajas de empresas cuyos países de origen no son signatarios del Acuerdo de Contratación Pública (ACP), en perjuicio de empresas de la Unión Europea y de las normas laborales, sociales y medioambientales de los Estados miembros de la Unión⁵.

En este contexto, la aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas, que aun conocidas, merecen un comentario. La primera,

de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

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

que el objetivo principal de esta normativa comunitaria garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 e diciembre de 2000, ARGE). Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales; b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados. Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como recuerda la STJUE de 15 de octubre de 2009, (Acoset), al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21). Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública:

«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).

*67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). **El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista***

riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».

De ahí necesidad de evitar que mediante fraccionamiento –que “alteran” el nivel de publicidad- se eludan los principios de publicidad y concurrencia⁶. Y lo mismo con una inadecuada tipificación de la prestación, lo que aconseja la extensión de la aplicación de los códigos CPV⁷.

No es cuestión de extenderse, pero conviene insistir en la “fuerza” de estos principios comunitarios, que han mutado la práctica nacional de la contratación pública y que tienen su fundamento en los Tratados, como bien recuerda el Considerando primero de la Directiva 24/2014.

Lo ha explicado muy bien la el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su resolución 121/2012, de 23 de mayo, en la que literalmente dice:

“Como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal, el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia”.

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

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

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

mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁸.

Esto significa que como se ha apuntado en anteriores trabajos, los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras⁹. Esta visión instrumental de la contratación pública nos conduce, como bien indica T. MEDINA, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato¹⁰.

La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja a que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social¹¹, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de

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

⁹ GIMENO FELIU, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, pp. 15-21 y Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº. 9, 2010, págs. 50-55. También ORDOÑEZ SOLIS, *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 162-182, MORENO MOLINA, J.A., Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 83, 2009, pp. 37 y ss. y L. ORTEGA ALVAREZ, “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3 de 2009. Igualmente, en esta línea, pueden citarse a: MELERO ALONSO E., “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid* núm.1, 1999, (artículo firmado junto a Maravillas ESPÍN SÁEZ); BLAZQUEZ ROMÁN, J.A. y RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Revista contratación Administrativa Práctica* núm. 42, 2005, p. 39, M.A. BERNAL BLAY, “El desarrollo de las políticas activas de empleo a través de los contratos públicos”, en libro colectivo coordinado por J. Pernas, *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 163-166 y J. GONZALEZ GARCIA, “Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública”, *Revista Española Derecho Europeo* núm. 56, 2015, pp. 13-42. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informes 17/2008, de 21 de julio y 1/2015, de 27 de marzo. Y es que, como bien advirtiera J. MESTRE DELGADO, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo-o fomento- para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones –no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas- contempladas en normativas sectoriales, “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, *REALA* núm. 291, 2003, p. 707.

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

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

consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente rentables¹². En esta línea debe recordarse que criterios relacionados con la protección del medio ambiente (ecoetiquetas, productos reciclables, sistemas de depuración de vertidos, etc.) son admitidos como válidos por la Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2001. Y ello porque guardan relación con la política ambiental prevista en el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 45 de nuestra Constitución. Muy especialmente –dentro del marco que posibilitan los Acuerdos GATT– debe regularse un sistema que evite deslocalización empresarial y que no penalice a las empresas europeas ni a las PYMEs. Otro tanto sucede con los criterios que integren aspectos sociales, admitidos cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001)¹³, lo que refleja la

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

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

idea de que la contratación pública es una herramienta para la efectividad de políticas públicas¹⁴.

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

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

Para iniciar el trámite de la reforma la Comisión publicó en enero de 2011 un *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE*, con el que puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos. La consulta pública finalizó en abril de 2011, recibiendo en total 623 respuestas, procedentes de una gran variedad de grupos de partes interesadas, como Gobiernos, empresas, asociaciones industriales, personalidades del mundo académico, organizaciones de la sociedad civil (incluidos los sindicatos) y ciudadanos particulares¹⁷.

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

ARNÁIZ, “Social Considerations in Spanish Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, págs. 56 - 79.

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

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

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

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

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

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

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

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

Tras los trabajos previos de consultas y redacción del articulado, el DOUE de 5 de abril de 2012 publicaba los proyectos de nuevas Directivas e iniciaba su tramitación¹⁸:

— Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales COM (2011) 895 final.

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

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

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

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

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

Son textos, por lo demás, de mayor “densidad” que sus predecesoras y se siguen observando parecidas deficiencias técnicas que complican la correcta adaptación de sus reglas a las normas nacionales²⁰. Pero a pesar de todo, en mi opinión, suponen un importante avance pues han de permitir replantear el modelo teórico y práctico de la legislación de contratación²¹.

Pero, además, no puede desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema²². En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE²³. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos interpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos²⁴. Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)²⁵. Esto explica

²⁰ Especialmente crítico, también con el Derecho de la Unión Europea, se manifiesta J. SANTAMARIA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública” *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 159, 2013, p. 35.

²¹ Me remito a mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

²² Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *REDA* núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CORCOLES, “Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en libro colectivo dirigido por M. Almeida e I. Martín, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo (A. Benachio, M. Cozzio y F. Titomanlio) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea, Tomo I*, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici. Universidad de Trento, 2016.

²³ Vid. CHINCHILLA MARÍN, C.: “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; y M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102..

²⁴ Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SANCHEZ MORON: *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

²⁵ Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARIN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, ob. cit., pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una inter-

porque los órganos de control nacionales, en tanto “juez comunitario” aplican esta doctrina²⁶.

II. LA TRANSPOSICION DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATACION EN ESPAÑA. UN PROCESO INACABADO

El Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 aprobó el Informe sobre los Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España²⁷. El comunicado oficial informe que con esta norma se pretende incorporar a la legislación española el paquete de Directivas Comunitarias de Contratación Pública y tiene como objetivos primordiales mejorar la transparencia y la competencia en la contratación, así como agilizar los procedimientos fomentando la utilización de medios telemáticos²⁸.

pretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.

²⁶ Esta jurisprudencia es parámetro interpretativo de los derechos nacionales, pero su influencia se extiende también al cuerpo normativo. Lo destaca bien M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II)...”, ob.cit., p.82.

²⁷ El Estado Español inició los tramites de transposición antes de la aprobación definitiva de las Directivas, mediante la creación de un grupo de expertos (GELEC) que se constituye en enero de 2014, con dirección del Director General Patrimonio. Este grupo, tras un año de trabajo, presentó un primer documento definitivo en enero de 2015, iniciándose la tramitación formal para su presentación como proyecto de Ley.

²⁸ Mediante Disposición Adicional se determina el criterio de atribución competencial. De la lectura de este precepto -al margen de que sea constitucionalmente discutible el sistema de lista para determinar lo básico en favor del Estado (la Ley 31/2007, de 30 de octubre, no sigue por lo demás este modelo)- pudiera desprenderse la opinión del escaso margen de maniobra competencial de las Comunidades Autónomas. Visión en modo alguno correcta ya que esta Disposición TRLCSP exige una interpretación desde la perspectiva de los marcos estatutarios vigentes (y no a la inversa ya que el Estatuto tiene una indiscutible función constitucional). El núcleo duro de las normas que merecen el calificativo de lo básico de la contratación pública son las disposiciones generales, los elementos estructurales y los procedimientos de selección y adjudicación de contratos (materias, que, por cierto, tienen directo fundamento comunitario). También serán básicas las normas que regulan el régimen jurídico de los contratos calificados como administrativos. Así, por contra, no tendrán carácter de básico en modo alguno las cuestiones de organización administrativa y de gestión contractual (incluyendo las relativas a preparación del contrato ligadas a éstas). Ciertamente, a partir de la competencia estatal exclusiva sobre la legislación básica de contratos, se reconoce a las Comunidades Autónomas la de dictar normas de desarrollo en el espacio definido por aquellas (STC 68/1988, de 19 de abril) y su ejecución. conviene abordar el alcance de esta competencia exclusiva del Estado sobre contratación y concesiones administrativas. J SANTAMARÍA (*Comentarios a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, MAP, Madrid 1992, pp. 521-522) ha señalado la heterogeneidad del concepto de contratos administrativos, que incluye materias con títulos competenciales diferentes. Los aspectos organizativos de la contratación y clasificación de los contratista corresponderían a la competencia de organización administrativa. La regulación de los contratos de entes instrumentales privados es competencia referida a organización del sector público. Los aspectos procedimentales respecto a la elaboración de proyectos, selección de contratistas y recepción de obras tendrían como título competencial el de los procedimientos administrativos. Sólo las normas sustantivas contractuales para las Administraciones Públicas, como las relativas a la capacidad para contratar, el precio y la formalización y ejecución del contrato, estarían amparadas en el apartado de contratos y concesiones administrativas a que se refiere el artículo 149.1. 18 CE. El Tribunal Constitucional asimila el contenido básico a los principios y garantías comunitarios, que implica para la Comunidad Autónoma el deber de adecuar su competencia a los mismos, al transponer la normativa, lo haga o no el Estado por medio de leyes de bases. Sobre todo, si consideramos en cuenta que las Directivas son normas de resultado, como se desprende de su propio contenido y alcance normativo, fundamentadas en unos principios que, por su parte, debe asumir la legislación básica estatal. Por tanto, a efectos del ejercicio de la compe-

1. Principales contenidos del nuevo texto Ley Contratos Sector Público

Con los textos preparados –ahora anteproyectos²⁹– se ha intentado correcta transposición de las Directivas 23, 24 y 25 de 2014. En lo que debe ser la nueva Ley de Contra-

tencia propia de la Comunidad de Autónoma, su referencia sustancial son los principios y objetivos del Derecho comunitario que son, a su vez, los principios de la legislación básica estatal.

Nada cuestiona esta interpretación la reciente STC 56/2014, de 10 de abril, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad y que contiene doctrina en materia de reparto de competencias entre Estado y CCAA sobre contratos administrativos, a la vez que declara la nulidad de la ley cántabra que exceptiona la prohibición de pago aplazado. En esta sentencia se afirma que “En lo que concierne al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la materia «contratos administrativos» aparece diferenciada en el artículo 149.1.18 CE, aunque forme parte del amplio haz de competencias recogidas en el mismo precepto constitucional, que tienen diverso alcance y naturaleza, y cuya heterogeneidad impide un tratamiento unívoco (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 11). Regida así la legislación sobre contratos administrativos por un título competencial específico, esta circunstancia por sí sola impide aceptar la operación de subsunción en otros ámbitos competenciales que propone el Gobierno de Cantabria. Según la doctrina de este Tribunal, recapitulada en la STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 5: «desde un principio, venimos manteniendo que en materia de delimitación de competencias la regla de más amplio alcance debe ceder ante la regla más especial» [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 6; 87/1985, de 16 de julio, FJ 8; 87/1989, de 11 de mayo, FJ 3 a); y 193/1998, de 1 de octubre, FJ 1]. O, lo que es lo mismo, que el título específico ha de prevalecer sobre el genérico (SSTC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 2; 49/1988, de 22 de marzo, FJ 11; y 80/1988, de 28 de abril, FJ 3), sin perjuicio de que igualmente hayamos afirmado que “a este criterio no se puede atribuir un valor absoluto” (STC 213/1988, de 11 de noviembre, FJ 3)”. Existe, pues, una competencia compartida que exige el adecuado “equilibrio” de regulaciones (sirve de referencia la STC de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013, relativo a la posibilidad de que *Servicio Madrileño de Salud pueda adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los seis hospitales que se citan en el precepto legal*). Igualmente, la STC 37/2015, de 19 de noviembre de 2015, declarando inconstitucionales ciertos trámites formales de la Ley 3/2011, de medidas de Contratos Públicos de Aragón, ha dejado claro la competencia autonómica en esta materia.

Lo que no debe desincentivar el desarrollo competencial, pues la opción de no regular convierte en exclusiva de facto la competencia del Estado, lo que supone negar, en si mismo, las propias capacidades de la Comunidad Autónoma.

Y, recogida la competencia en los Estatutos, la Comunidad podrá legislar sobre contratación pública respetando, claro, lo básico (vid. A. SANMARTIN MORA en su trabajo “Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias”, en libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*. Zaragoza, 2010, pp. 405-428; y J.M. GIMENO FELIU, “La Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público. Alcance de su contenido y valoración de sus propuestas”, Actas XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Justicia de Aragón, 2015, pp. 7-29). Opción seguida, por ejemplo, por la Comunidad Foral de Navarra mediante la Ley, 6/2006, de 9 de junio. (La justificación de este ámbito competencial puede verse en el trabajo de CRUZ ALLI ARAGUREN, J., “La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos”, en libro col. *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Colección Pro Libertate, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2007, pp. 45-120).

²⁹ El Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 ha aprobado el Informe sobre los Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España. El comunicado oficial es el siguiente:

INFORME SOBRE LOS ANTEPROYECTOS DE NUEVA NORMATIVA PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

“Se incorpora a la legislación española el paquete de Directivas Comunitarias de Contratación Pública y tiene como objetivos primordiales mejorar la transparencia y la competencia en la contratación, así como agilizar los procedimientos fomentando la utilización de medios telemáticos.

El Consejo de Ministros ha recibido dos informes del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público y de Contratos en los sectores específicos

tos del Sector Público son 340 artículos y 35 Disposiciones Adicionales. Es cierto que puede parecer un texto “continuista” o, en palabras de S. DEL SAZ, “un mismo traje

del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Los Anteproyectos se someterán a diversos trámites e informes preceptivos antes de su remisión por el Consejo de Ministros a las Cortes Generales.

Estos dos Anteproyectos incorporan a la legislación española las tres Directivas Comunitarias sobre contratación pública que fueron publicadas el mes de marzo de 2014 y algunas de sus principales novedades son las siguientes:

- Se introduce un nuevo procedimiento de adjudicación denominado de "asociación para la innovación", para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de I+D en obras, servicios y productos, para su posterior adquisición por la Administración. Los candidatos seleccionados realizarían las actividades de I+D requeridas y se adjudicará finalmente el contrato al que ofrezca la mejor relación calidad-precio.
- Se amplía el ámbito subjetivo de la Ley que, en determinadas circunstancias y supuestos, se aplicará a partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, cuando su financiación sea mayoritariamente pública.
- Se apuesta decididamente por la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en la Ley.
- Con el objetivo de reducir las cargas administrativas se generaliza el uso de las llamadas "declaraciones responsables", en las que el empresario simplemente manifiesta que cumple los requisitos para acceder a la licitación, sin necesidad de presentar documentación justificativa hasta el momento en que resulte adjudicatario del contrato.
- Para conseguir una mayor transparencia, se restringe notablemente el denominado "procedimiento negociado" (que no tiene publicidad), eliminando el motivo de la pequeña cuantía del contrato dentro de los supuestos que hoy día permiten su utilización. Sin embargo, para no perder las ventajas de agilidad que tiene este procedimiento, se crea uno nuevo, el Procedimiento Abierto Simplificado, en el que la duración del proceso de contratación será muy breve (alrededor de un mes), pero que, sin embargo, será totalmente transparente, con publicación obligatoria en Internet.
- Se fomenta e impulsa la competencia a través de diversos mecanismos tales como:

La introducción de un incentivo para que los contratos se dividan en lotes. Hasta este momento, la normativa vigente exige que se motive y justifique la existencia de diversos lotes en un contrato. A partir de la nueva Ley, el principio será justamente el contrario y se deberá justificar como excepcional el hecho de que no existan lotes. Esta división en lotes favorece especialmente el acceso de las PYMEs a los contratos públicos.

La restricción en la utilización de los llamados "medios propios" (entidades creadas por una Administración o poder adjudicador para la realización de determinadas actividades sin someterse a un procedimiento de contratación). En la nueva Ley aumentan las exigencias para garantizar que la utilización de estos medios propios está suficientemente justificada y no es un modo de eludir la publicidad y concurrencia características de la contratación pública.

- Se incorpora una nueva regulación, más equilibrada, de la regulación de la responsabilidad patrimonial aplicable a las concesiones. En la normativa actual, si hay una resolución de la concesión, sea cual sea su causa, la Administración debe abonar al concesionario las inversiones que ha realizado. Con la nueva normativa, si la resolución se produce por una causa imputable al contratista, como ocurre en los casos de insolvencia o concurso de acreedores, la indemnización se determina por el valor de mercado de la concesión. Este nuevo régimen incentivará que se produzca un cálculo riguroso de las inversiones necesarias en la concesión y una mejor gestión, ya que el concesionario, si la resolución le es imputable, ya no tendrá garantizada la recuperación de la inversión.

- Para mejorar la gobernanza en esta materia, se crea en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado un Comité de Cooperación, en el que participarán Comunidades Autónomas y Entidades Locales, que será un órgano de encuentro, cooperación y unificación de criterio, así como de recopilación de información para elaborar el informe de supervisión que debe remitirse cada tres años a la Comisión Europea”.

con distintas rayas”³⁰. Sin embargo, existen notables diferencias que hacen que este texto pueda impulsar una diferente “gestión práctica” de la contratación pública. Intentaré, aun de forma sucinta, dar cuenta de las principales novedades que se han incorporado al actual anteproyecto³¹:

a) Con relación a la sistemática formal, se decide, como premisa previa, no hacer una Ley *ex novo*, sino “partir de la” estructura TRLCSP de 2011. Existirán así dos leyes: Ley de Contratos del sector público y Ley de Contratación en sectores especiales que vendrán a sustituir al TRLCSP y a la Ley de contratación en sectores especiales. El articulado de esta Ley se ha estructurado en un título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV). Una de las principales novedades es que se adopta una **uniformización del régimen jurídico** en la licitación, con independencia de la naturaleza pública o privada del poder adjudicador. Hay novedades en simplificación, que conllevan descarga burocrática y mayor agilidad en tramitación/adjudicación. Se introduce mención CPV con el objetivo de favorecer una mejor tipificación contractual y una mayor transparencia.

b) Se conserva la redacción artículo 1 y 2, con la introducción al principio de integridad. Es una señal de que la Ley pretende combatir la problemática de la corrupción. Y, no es una mera cuestión formal, pues amén del efecto didáctico de su inclusión, se refuerza la idea de que la integridad (la honradez), no es un simple principio ético, sino que tiene efectos jurídicos.

c) Se da nueva redacción artículo 3 para aclarar el concepto poder adjudicador: párrafo 1 se mantiene para definir que es sector público. El párrafo 2 indica quien es poder adjudicador y su utiliza el sistema de lista. El párrafo 3 se indica quien es Administración Pública. Se suprime la mención a que las Entidades Públicas Empresariales no se comportan como Administración Pública y se acuerda que solo las entidades de derecho público que sean efectivamente de mercado serán no Administración Pública a efecto de esta Ley. Como novedad importante -en relación a lo que ya hemos expuesto- es que se incluye a partidos políticos y sindicatos y organizaciones empresariales si hay financiación pública mayoritaria. Sin duda un cambio de indudable interés, máxime en el actual contexto de falta de transparencia de la gestión política que cuestiona la propia legitimidad de las instituciones administrativas³².

³⁰ S. DEL SAZ, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, *RAP* núm.174, 2007.

³¹ Me remito a mi trabajo “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-60.

³² Se ajustan, igualmente, ciertas previsiones relativas a la Administración local, tanto en materia de organización, cuantías de contrato menor en función de población y de elementos de control. Sobre la incidencia de la Directiva 2014/24 en la Administración local resulta de especial interés el trabajo de M. A. BERNAL BLAY, “La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública”, *REALA* núm. 2, nueva época, 2014.

d) En negocios excluidos se decide mejorar la sistemática con varios preceptos distintos que contengan una materia idéntica y un último “cajón de sastre”. En cuestión de convenios (se introduce de “cooperación”), se sustituye “naturaleza” **por contenido y causa** (se pretende evitar fraudes y favorecer control y evitar que bajo subterfugios formales se esconda una relación que es un contrato público). La letra d) se cambia la mención de Administración Pública por la de poder adjudicador. Asimismo, se da sustantividad a compra pre-comercial.

e) Se regula la cooperación vertical y horizontal. Se opta por utilizar las categorías y conceptos comunitarios, con el fin de favorecer la predictibilidad. Así, no se habla de encomiendas sino de encargos. Encargos que deben ser objeto de publicidad con el fin de garantizar, mediante el control, la idoneidad de cada encargo. Los entes que tengan consideración de medios propios deben **contar con los medios idóneos**³³. En todo caso, cien por cien capital público. Son necesarios, además, otros requisitos: que la empresa que tenga el carácter de “medio propio”; disponga de medios suficientes para cumplir el encargo que se le haga; que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa; que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad.

e) Los contratos celebrados en el ámbito de la Defensa y Seguridad, seguirán rigiéndose por su correspondiente Ley específica, en los supuestos en ella determinados. Se delimita en el texto, así mismo, la aplicabilidad de la presente Ley o de la ley específica, según los distintos supuestos posibles en el caso de contratos referidos a los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

f) En la tipología de contratos hay **ajuste de definiciones de obras y servicios (concepto funcional de obras**: que exista influencia –STJUE 30 octubre 2009-). Se decide que plazo de estos últimos será común a todo poder adjudicador con excepciones (inversiones, etc.). El plazo ordinario es de 5 años (porque es el que referencia la Directiva concesiones). Desaparece contrato de colaboración público-privada pero se mantiene la posibilidad de sociedad de economía mixta en atnto fórmula de CPPI³⁴. A la vista de la experiencia práctica se pretende evitar confusiones o incorrecto uso. En todo caso, la opción de realizar CPP (desde de la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones. Se incorpora definición contrato servicios conforme al Derecho de la Unión Europea. Así, se incluye contrato concesión de servicios que se caracteriza

³³ Criterio defendido en el Informe 65/07, de 29 de enero de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado -«Consideración de medio propio de un Ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión»-, añade a los requisitos mencionados el de la idoneidad del ente para recibir y prestar el encargo afirmando: “Habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda.”

³⁴ A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP se puede ver la opinión de M. MAGIDE HERRERO, “Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa”, en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, pp. 68-69. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual “específicamente español” y, quizá, por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica M. HERNANDO RYDINGS, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012, pp. 534-541. También M. A. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, “El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica”, REDA núm. 167, 2014, pp. 293-326.

por al existencia de riesgo (ya no hay contrato de gestión de servicios públicos: se eliminan las figuras del concierto y de la gestión interesada). Se adopta el **criterio del riesgo operacional** como elemento para delimitar concesión de contrato³⁵. El plazo concesiones queda vinculado al plazo necesario retorno inversiones.

Se define contrato mixto con regla general de valor estimado de la prestación. Se aclara que los contratos administrativos/privados son, en esencia, “régimen jurídico”.

g) Se decide **reformular tema jurisdicción superando la** dualidad jurisdiccional. Toda fases de preparación y adjudicación, al margen de importe y naturaleza poder adjudicador, se residencia en orden contencioso³⁶. Existe ahora coherencia con la solución adoptada por el actual artículo 2 b) LJ de 1998, que establece la regla (que no debería ser alterada por la legislación de contratos, en tanto legislación sectorial), de que todas las cuestiones de preparación y adjudicación de cualquier poder adjudicador se deben residenciar en sede contenciosa³⁷.

La opción de diferenciar por al consideración de contrato armonizado o no armonizado que estableció el artículo 21. 2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 se separaba, pues, de una interpretación uniforme que residenciaba en el orden contencioso los contratos públicos de entes no Administración Pública. Así, de forma “sorprendente” habilitaba la competencia del orden civil en los contratos no armonizados de los

³⁵ Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, RAP núm. 194, 2014, 437-474.

³⁶ No resulta posible una solución formal anclada en la idea rígida del contrato administrativo, pues, como bien ha explicado O. MIR PUIGPELAT el Derecho Administrativo se define en la actualidad no solo sobre la base del elemento subjetivo -Administración pública- sino también a partir de su consideración como Derecho exorbitante que se dirige a conciliar el interés general y el particular. Y resulta evidente tal condición en cualquier contrato público (donde las reglas y principios son públicos), tal y como ya advirtiera, por cierto, el Tribunal Supremo en la conocida sentencia Hotel Andalucía Palace (núm. 2113/1965 de 4 de febrero) donde el dato de que existen reglas administrativas es lo que decidió la competencia a favor del orden contencioso (en un contrato de una empresa pública).

³⁷ De hecho, con la LCAP de 1995, ya la sala de lo civil se declaró incompetente en contratos de empresas públicas al afirmar: “que «no cabe duda de que el contrato cuyas consecuencias jurídicas se presentan ante el Tribunal Civil es de naturaleza administrativa: así lo revela el procedimiento administrativo de licitación y de adjudicación de la obra contratada, la previa determinación de los correspondientes pliegos de condiciones administrativas y técnicas, y, en fin, la propia tipología del contrato, que no es sino de las obras públicas, y celebrado por una empresa pública municipal, como lo es «Aguas del Puerto, Empresa Municipal, S.A». A tal respecto es bueno recordar que el artículo 1º de la Ley 13/95 (RCL 1995, 1485, 1948) de Contratos de las Administraciones públicas, establece que los contratos que celebren las Administraciones Públicas se ajustarán a las prescripciones de la citada Ley, a cuyos efectos se entenderá por Administraciones Públicas también a las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público, notas éstas que se dan de forma expresa en la empresa pública expresada, dedicada al suministro de aguas potables de El Puerto de Santa María, y cuyos cargos directivos son nombrados y sus presupuestos aprobados por el Ayuntamiento de dicha ciudad, debemos ratificar la resolución de la Audiencia” (Sentencia núm. 776/2005 de 11 octubre. RJ 2005\857).

poderes adjudicadores que no son Administración pública, lo que venía a “resucitar” la dualidad de jurisdicción con sus sabidos inconvenientes procesales y de seguridad jurídica. La cuantía del contrato sirve para fijar el órgano competente, siendo ajeno a la lógica de la naturaleza del sujeto o del interés público como criterios delimitadores.

Es –y debe ser– el criterio funcional de poder adjudicador y no formal de Administración Pública, el que determina ante que orden jurisdiccional se residencia la competencia³⁸. Máxime cuando el artículo 2 LJ viene admitiendo la categoría de los actos “materialmente” administrativos. En definitiva, en una actividad como la de los contratos públicos tan sensible desde una perspectiva económica, es necesario dotar a la arquitectura jurídica del control de la necesaria coherencia, que garantice el máximo de seguridad jurídica y favorezca la predictibilidad. Y, por cuanto resulta evidente que en la fase de preparación y adjudicación de cualquier contrato público (incluyendo las modificaciones ilegales), sea o no realizado por una Administración pública, hay un interés público relevante, debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa su fiscalización³⁹.

Desaparece la previsión a arbitraje para los contratos de las Administraciones públicas, para que sea decisión de cada Administración pública.

h) En el ámbito del recurso especial, se mantiene el modelo de los tribunales administrativos (cuyas ventajas ha destacado el profesor J. SANTAMARIA PASTOR⁴⁰). Este sistema de “justicia administrativa especial” ha sido reforzado por el hecho de que el Tribunal de Justicia de la unión Europea ha admitido a trámite la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en fecha 23 de julio de 2014 (asunto C-203/14), lo que presupone reconocer que estos Tribunales administrativos –con fundamento en la Directiva 89/665 y su reforma por Directiva 66/2007–, tienen la calificación de órganos jurisdiccionales por cuanto tienen origen legal, tienen carácter de permanentes, aplican un procedimiento contradictorio aplicando las normas jurídicas y son independientes (Sentencia de 17 de septiembre de 1997, asunto C- 54/96 *Dorsch Consult*). Y así se ha declarado por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, que reconoce las notas exigidas para tal consideración -carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción- y declara que los órganos de recursos contractuales de España son órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE.

Desde la perspectiva del procedimiento, se mejoran los aspectos de invalidez y **desaparece cuestión de nulidad contractual** que se integra en el recurso especial. El **recurso**

³⁸ Se explica de forma excelente en el trabajo de P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 237-277.

³⁹ Por otra parte, desde la lógica de la arquitectura de los principios procesales sobre los que se fija la competencia, básicamente sujetos y objeto, con causa de interés público, resulta incompresible que el criterio cuantía pueda determinar un cambio de orden jurisdiccional, posibilidad contraria al buen funcionamiento del Estado de Derecho y de la necesaria seguridad jurídica pues la dualidad jurisdiccional en asuntos de misma materia y sujetos quiebra los mismos. Critican por ello, entre otros, la opción del artículo 21 TRLCSP los prof. GARCIA DE ENTERRIA y TR. FERNANDEZ (*Curso Derecho Administrativo*, Vol .II, 2013, p. 622).

⁴⁰ Lo explica de forma muy clara en su monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, pp. 48-64.

especial se configura con carácter obligatorio⁴¹. Se establece que es para importes armonizados, pero se deslegalizan las cuantías. Así, las Comunidades Autónomas (como ya han hecho Navarra y Aragón) podrán rebajar los límites (lo que permite un mayor control Administración local y de la institucional). Se refuerza la planta bajo la previsión de que no existan tribunales locales⁴². La decisión de la Comunidad Autónoma atrae la competencia del concreto órgano de recursos contractuales (la planta debe ser "cerrada" y coherente, por lo que no deben existir órganos de control de ámbito local).

Se reconoce una legitimación amplia conforme doctrina tribunales administrativos (se entiende que incluye doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación de concejales, tal y como contempla expresamente el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entrada en vigor el 25 de octubre de 2015)⁴³. Hay un nuevo sistema de impugnación plazos de los pliegos (que incorpora la doctrina de la Audiencia Nacional). **Las comunicaciones son electrónicas** en todo caso. Y se extiende el objeto del recurso contra modificaciones y encargos ilegales (lo que supone que ya no es recurso precontractual)⁴⁴. Se elevan las multas por temeridad o mala fe en al interposición del recurso a 30 000 euros⁴⁵. Los diferentes órganos de recurso que sean

⁴² Me remito a las consideraciones de mi estudio "Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva, Revista Derecho Público de Cataluña núm. 47, 2013".

⁴³ La legitimación no puede ser un obstáculo para analizar la legalidad de un procedimiento contractual, siempre que se acredite un interés directo y no una mera expectativa. El recurso especial debe interpretarse desde la lógica del artículo 24 CE confiere a todas las personas -personas físicas o personas jurídicas-el derecho a acceder a un tribunal (u órgano independiente de control) para interesar la protección de sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, lo que obliga a interpretar las normas procesales que regulan la atribución de legitimación de forma razonable, en sentido amplio y no restrictivo, con la finalidad de otorgar tutela judicial al administrado y de garantizar la fiscalización del cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (SSTC 28/2005, de 14 de febrero), y 139/2010, de 21 de diciembre). En todo caso, debería avanzarse hacia una legitimación amplia, dado que la verdadera finalidad del control debe ser garantizar el derecho a una buena administración -como recuerda la Directiva 2007/66-. Sobre la legitimación del concejal en el recurso especial, la sentencia del TSJ de Aragón 500/2015, ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto afirmando que *"los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés -e incluso obligación-, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL"*.

⁴⁴ Sobre en carácter no precontractual del recurso especial puede verse mi trabajo La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable", en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, 99. 83-140.

⁴⁵ Como recuerda la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª) en su Sentencia de 14 mayo 2014. JUR 2014\157183, el artículo 47.5º TRLCSP otorga la posibilidad de imponer una multa al recurrente cuando aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso. La finalidad de esta facultad de imponer una multa no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta que el mismo sea resuelto (art. 45 TRLCSP). Obviamente, la denominación de multa

creados acordarán las fórmulas de coordinación y colaboración más adecuadas para favorecer la coherencia de sus pronunciamientos y para la unificación de su doctrina en relación con las cuestiones que sean sometidas a su conocimiento. Dichos órganos podrán además proponer los ajustes normativos y recomendaciones que resulten pertinentes para un mejor funcionamiento de los mecanismos de recurso previstos en la normativa sobre contratos públicos (Disposición Adicional 24).

i) En lo relativos a las cuestiones de solvencia se aclara como condición de ejecución lo que son adscripción de medios. La clasificación empresarial se mantiene solo en contratos de obras de más de 500 000 euros. Importante novedad, desde la perspectiva de simplificación, es que se establece la **declaración responsable** como regla general en todo procedimiento abierto. Y se regula el modelo de documento (el DOUE del día 6 de enero de 2016, serie L 3, publica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación). Hay un precepto (artículo 64) dedicado a Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses. Se establece nuevo modelo prohibición de contratar, que es el mismo para cualquier poder adjudicador, sea o no Administración Pública. Se extiende el régimen de familia (la prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses) y se ajusta la prohibición al “contrato”. Se regula un nuevo sistema y procedimiento de determinación de las prohibiciones de contratar (vinculado a cada contrato).

j) Se revisan, a efectos de su homogeneización, las diversas expresiones que se utilizaban en el Texto Refundido anterior para referirse al valor de los contratos, por ejemplo “cuantía” o “importe del contrato”, reconduciéndose en la mayor parte de los casos al concepto de “valor estimado” del contrato, que resulta ser el correcto. Este concepto queda perfectamente delimitado en la nueva Ley, al igual que lo están el de “presupuesto base de licitación” y el de “precio del contrato”, evitándose, de esta forma, cualquier posible confusión entre ellos.

k) En materia de procedimientos, se regulan las consultas preliminares al mercado (art. 115) y se introduce el **procedimiento abierto con tramitación simplificada** (muy similar al de la Ley 3/2011 de Aragón). Los umbrales para su utilización son los no armonizado en suministros y servicios y 2 millones en obras. (salvo poder adjudicador no Administración pública, que lo puede utilizar para todo importe).

En materia del procedimiento negociado, en el APLCSP hay una novedosa regulación del **procedimiento negociado con más detalle** (artículos 164 a 169). Así, se advierte

no implica que tenga naturaleza sancionatoria, pues su finalidad es de protección del uso adecuado del sistema del recurso especial para conciliar adecuadamente los distintos intereses públicos. Tendría su equivalente en la previsión del artículo 247 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sobre respeto a las reglas de la buena fe procesal y multas por su incumplimiento, donde se dice que “*si alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar*”. Así, es una facultad de carácter procesal del Tribunal administrativo decidir si concurren estas circunstancias de mala fe y temeridad para imponer la multa.

que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los aspectos de la negociación (cuya omisión se considera causa de nulidad, como ha indicado Acuerdo del TACPA 8/2015). Pero lo más destacado es que **desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción)**. Opción que se explica de forma expresa en la Exposición de Motivos del APLCSP:

*“Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, **debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.***

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato.”⁴⁶

Se mantiene contrato menor y sus cuantías. Se ajustan las mismas en función municipios de menos 5000 habitantes. (como en Aragón). En el ámbito de la innovación y desarrollo, con la idea de favorecer a las empresas más innovadoras, destaca especialmente la introducción del nuevo procedimiento de asociación para la innovación. Se ajusta dialogo competitivo a novedades de la Directiva (reforma técnica).

j) Sobre los Acuerdo Marco, la nueva normativa prevé la posibilidad de adjudicar contratos con base en un acuerdo marco estará condicionada a que en el plazo de treinta días desde su formalización, se hubiese remitido el correspondiente anuncio de la misma a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, en el caso de que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada y efectuado su publicación en el perfil de contratante del órgano de contratación, y en el «Boletín Oficial del Estado» en el caso de los Acuerdos Marco celebrados en la Administración General del Estado Administración General del Estado y por las entidades vinculadas a la misma que gocen de la naturaleza de Administraciones Públicas.

Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre las empresas y los órganos de contratación que hayan sido originariamente partes en el mismo (salvo lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 225 en relación con los acuerdos marco celebrados por centrales de contratación).

En todo caso, las empresas parte del acuerdo marco estarán obligadas a mantener en el acuerdo marco los precios con que concurrieran en el mercado, si éstos mejoraran los de

⁴⁶ Esta opción de eliminar la posibilidad de negociación por la cuantía, ha sido implantada en Cataluña mediante el Decreto Ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (artículo 7). Este Decreto Ley tiene por objeto establecer medidas en relación con la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE..

la adjudicación del acuerdo marco, siempre que las condiciones aplicables a la prestación fueran similares.

k) Lógicamente, la propuesta de normativa incluye medidas a favor PYMEs⁴⁷: **nueva regulación de la división en lotes de los contratos**. Así, se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de manera que, solo si no se divide, hay que justificarlo. Se regula la oferta integradora y se puede limitar número de lotes. El **acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito**, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.

l) Se **precisan los criterios de adjudicación**, que deben cumplir los siguientes requisitos: a) En todo caso estarán vinculados al objeto del contrato. b) Deberán ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada. c) Deberán garantizar la posibilidad de que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva. Hay una doble distinción de criterios: Criterios relacionados con coste (se incluye mejor relación coste-eficacia) y criterios cualitativos que permitan identificar la oferta que presenta la mejor relación calidad-precio. Se limita el uso criterio mejoras: no podrá asignársele una valoración superior al 2,5%. Se definen como las prestaciones adicionales a las que figuraban definidas en el proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, sin que aquéllas puedan alterar la naturaleza de dichas prestaciones.

En criterios adjudicación se incluye, además, la definición y cálculo del coste del ciclo de vida y de las ofertas anormalmente bajas. Se regulan criterios desempate (criterios sociales). Se recuerda la obligación de establecer ponderación relativa atribuida a cada uno de los criterios de valoración, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. La elección de las fórmulas se tendrán que justificar en el expediente, y las mismas deberán permitir que en condiciones normales pudiera llegar a existir una diferencia equivalente a la ponderación correspondiente al respectivo criterio automático entre la mejor y la peor oferta.

Los órganos de contratación podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe de pruebas de un organismo de evaluación de la conformidad o un certificado expedido por este último, como medio de prueba del cumplimiento de las prescripciones técnicas exigidas, o de los criterios de adjudicación o de las condiciones de ejecución del contrato. Se detalla el régimen de la confidencialidad de las ofertas y la notificación de la adjudicación se efectuará por medios electrónicos.

m) Destaca la posibilidad de que, previa previsión en los pliegos, el poder adjudicador compruebe el estricto cumplimiento de los pagos que el contratista principal hace al subcontratista, así como el régimen más rigorista que respecto de los plazos de pago debe cumplir tanto la Administración como el contratista principal, con el fin de evitar

⁴⁷ Sobre la cuestión de las PYMES y la contratación pública puede consultarse: J.M. GIMENO FELIU, “La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 59 a 84, y el estudio de G. BARRIO GARCIA, “Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación Pública”, en libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 133-160.

la lacra de la morosidad que pesa sobre las Administraciones públicas, cumpliendo así lo dispuesto dentro de la Directiva 2011/7/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

n) El régimen de modificación del contrato, más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias (art. 72 Directiva). Se introduce adverbio “solo” y se limitan posibilidades. No hay modificados de “*minimis*”. Se regula la cesión del contrato con el fin de evitar que se considere modificación contractual. Toda modificación deben publicarse y notificarse los acuerdos de modificación (opción ya incorporada en Aragón y Navarra).

Sin embargo, existe una cierta “disfunción”, por comparación con el régimen actual en relación a los poderes adjudicadores no Administración Pública (artículo 20 TRLCSP), pues se “limita”, a mi juicio indebidamente, la aplicación del procedimiento de modificación contractual solo para los contratos de importe armonizado. La previsión que se contiene el artículo 26 del anteproyecto debería ser revisada para dotar al sistema de la uniformidad pretendida, y evitar zonas de sombras vinculadas a la naturaleza del ente y el importe del contrato. Esta decisión supone un claro “retroceso” en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción. Por ello, debería ser objeto de replanteamiento, pues lo que esta en juego es la eficiencia y el derecho a una buena administración

ñ) En el régimen de contratos administrativos existen ajustes técnicos (mayor plazo garantía en los contratos de obras), más importantes en concesiones: se incluye concepto TIR. Se limita, como ya se ha dicho, la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 (el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma). Se permite pagos por disponibilidad⁴⁸. Interesa llamar la atención con el dato de que la retribución tendrá la condición de tarifa, tanto en los casos de concesión de obras como de concesión de servicios (nuestros “servicios públicos”). Se acoge expresamente la tesis, defendida desde hace mucho tiempo por el profesor J. TORNOS MAS⁴⁹. Lo que obligará a reformular cierta jurisprudencia que, en servicios públicos, opta por la configuración de tasa⁵⁰. Y no es una cuestión sin efectos prácticos pues, como bien advierte J. TORNOS, “la tasa supone recaudación para un gasto público. Esto determinará que el servicio se convierte en un gasto que puede computar a efectos del déficit municipal. De acuerdo con los criterios EUROSTAT en relación con el tratamiento contable de los modelos concesionales, un cambio de modelo como el que se plantea (unido a otros datos adicionales como el compromiso de reversión de las instalaciones a la finalización del contrato), puede implicar que los compromisos de pago adquiridos por el Ayunta-

⁴⁸ Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, RAP núm. 194, 2014, 437-474.

⁴⁹ “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 24, 2011, pp. 22-29

⁵⁰ Vid. J. TORNOS MAS, en su excelente artículo “Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (RI§1151068)”, Revista Derecho Municipal, Iustel, 10 de marzo de 2016. El análisis de la evolución jurisprudencial y las consecuencias prácticas de la distinta calificación refuerzan las conclusiones que propone.

miento por la duración total del contrato consoliden en su contabilidad, a efectos del cálculo del déficit y la deuda”. La opción del Anteproyecto, por este motivo es clara: la retribución de la concesión tiene naturaleza jurídica de tarifa (y no puede ser de opción por la entidad contratante)⁵¹.

o) Al regular el reequilibrio económico de la concesión de obras y servicios se mantiene la redacción actual sobre el *factum principis* (decisión de la Administración pública concedente que incide de forma sustancial en concesión) y no se incorpora como causa de reequilibrio el riesgo imprevisible⁵².

Se puede ampliar 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato. En el ámbito de los sectores públicos autonómico y local, deberán remitirse al Comité Técnico de Cuentas Nacionales o, todos los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios adjudicados en sus respectivos ámbitos, cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros, o cuando, en su financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos.

p) Muy importante novedad es la regulación del Libro III relativo a los contratos de poderes adjudicadores, no Administración Pública, así como del resto de entes del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores. **Se suprime la obligación de aprobar Instrucciones de Contratación (uniformización de reglas jurídicas).**

q) En materia organizativa destaca la previsión relativa a la mesa de contratación, que se define como órgano de asistencia técnica especializada (lo que supone que no puede tener componente político en las personas que se designan, tal y como advirtiera el Tri-

⁵¹ La opción de configurar tasa supondría, de hecho, la imposibilidad de impulsar concesiones de servicios. Sirva de referencia el trabajo de J. GARCIA HERNANDEZ, “El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?”, Revista Derecho Local núm. 38, febrero de 2016.

⁵² Esta decisión de no “cambiar” la regulación del *factum principis* no parece una buena solución. En mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad. La concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide –más bien lo contrario– el reequilibrio financiero, pues, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura, «el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública» (Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002)). No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando al inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó al inversión debería ajustarse la TIR. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior “judicialización”, con las incertidumbres que comporta). Vid. J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., pp. 148-150.

bunal Administrativo de Contratos Públicos en su Acuerdo 45/2013, de 7 de agosto). Se regulan órganos de contratación entidades locales. Debe mencionarse la nueva regulación de la figura del perfil de contratante, más exhaustiva que la anterior, que le otorga un papel principal como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos de cada entidad. Pero a efectos de publicidad/transparencia debe estarse a la publicidad en Portal Contratación Sector Público (o autonómicos, interconectados). Plazos se inician en momento publicación PCSP. El Boletín oficial no es ya obligatorio y será gratuito.

Existe una nueva regulación del Registro de Contratos del Sector Público (que debe servir para mejorar no solo en simplificación, sino también en transparencia), en el que se inscribirán todos los contratos adjudicados por las entidades del sector público, siendo obligatoria, a dichos efectos, la comunicación de los datos relativos a todos los contratos celebrados por importe igual o superior a cinco mil euros.

r) Se opta por la **extensión regla de medios electrónicos, incluso para ofertas**. En cuanto a la presentación facturas, el contratista tendrá la obligación de presentar la factura que haya expedido por los servicios prestados o bienes entregados ante el correspondiente registro administrativo a efectos de su remisión al órgano administrativo o unidad a quien corresponda la tramitación de la misma. En los pliegos de cláusulas administrativas para la preparación de los contratos que se aprueben a partir de la entrada en vigor de la presente disposición, se incluirá la identificación del órgano administrativo con competencias en materia de contabilidad pública, así como la identificación del órgano de contratación y del destinatario, que deberán constar en la factura correspondiente.

s) Se diseña un nuevo **sistema de gobernanza**, del que deriva un nuevo rol de la Juntas Consultiva Contratación (se crea un Comité con representación CCAA) por exigencia del Derecho de la Unión Europea. Los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que esta organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas -además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos- lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas -que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática- conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos pública. Esta regulación obligará a modificar Reglamento Junta autonómicas.

De todo lo expuesto, se constata que la nueva regulación que se contiene en el Anteproyecto no es un mero “maquillaje”, y que incorpora importantes novedades (aunque es cierto que resulta una Ley muy extensa y con algunos problemas formales)⁵³.

Se “renuncia” a la idea de un “Código de Contratos Públicos”, con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos⁵⁴. Sin em-

⁵³ Se incorporan muchas de las propuestas que ya realizamos con anterioridad (por todas, mi estudio en “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

⁵⁴ Así lo propuse en mi trabajo “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 25-84.

bargo, la transposición recoge en parte esta visión “codificadora” ya que presenta un texto de fácil comprensión y aplicación práctica, compatible con el derecho comunitario, lo que puede dotar de seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social. Es de esperar que el trámite de información pública, así como el debate parlamentario, permita mejorar en lo sustantivo y en lo técnico una norma de tal significado para el correcto funcionamiento de las instituciones públicas, así como para prevenir efectivamente el problema de la corrupción, tan generalizada en el ámbito de los contratos públicos⁵⁵. E interesaría una transposición en plazo, para evitar los problemas prácticos del efecto directo de las Directivas⁵⁶.

En cuanto a la pretensión de un cambio de modelo en la contratación pública más eficiente y más efectivo en la prevención de la corrupción, las medidas adoptadas parecen acertadas⁵⁷: se incluye expresamente con valor jurídico el principio de integridad, se extiende la aplicación a partidos políticos y sindicatos y organizaciones profesionales, se eliminan prácticas que permitían la opacidad (regulación estricta de los convenios y

⁵⁵ Me remito a mi trabajo “Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos”, publicado en www.obcp.es (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/recategoria.208/remenu.3/chk.1b2c9f6d99eef44223c17ac60720747>).

⁵⁶ En ese contexto, la Memoria del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de 2014 advierte la necesidad de una coordinación de los distintos tribunales administrativos de recursos contractuales (ante juez comunitario), con el objetivo de aclarar que preceptos desplegaran efecto directo, desplazando, desde la lógica de la primacía del Derecho de la Unión europea, a las previsiones del TRLCSP que resulten contrarias.

⁵⁷ La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado en febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España “PRO/CNMC/001/15: *Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia*” (http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf). En él reconoce una serie de fortalezas así como de oportunidades de actuación orientadas a la consecución de mayores niveles de transparencia y competencia y cifra en 47 000 millones de euros al “ineficiencia” del modelo de contratación pública en España. Asimismo, el *Informe del Tribunal de Cuentas* núm. 935 (pp. 228 a 230) puso de relieve una serie de deficiencias o anomalías indicando que en algunos contratos no se motivaron adecuadamente la necesidad pública que los justificaba (p. ej., cuando se recurre a un contrato de consultoría, asistencia o servicios sin concretar las razones por las que no puede asumirse con medios propios) o bien el uso de criterios discriminatorios en los pliegos (p. ej., la necesidad de contar con experiencia o medios vinculados a una Comunidad Autónoma). También se advierte la falta de justificación para utilizar la tramitación de urgencia o de emergencia o el fraccionamiento de la cuantía del contrato usando el contrato menor, todo ello con la finalidad de eludir la publicidad y la concurrencia. Por lo que respecta a los conflictos de intereses, se pone de manifiesto que dicho problema es especialmente relevante en el ámbito local, lo se dice genera unas ganancias privadas en detrimento de los intereses públicos (pág. 31). Igualmente se advierte se daba una “falta de justificación de la concurrencia de los supuestos legales que permiten la utilización de procedimientos negociados sin publicidad, que implican la exclusión de los contratos así adjudicados de los principios de publicidad y libre concurrencia, la mayor discrecionalidad en la selección de los adjudicatarios y en los que, además, no suelen obtenerse bajas apreciables, particularmente, cuando se invocó la existencia de una imperiosa urgencia o de un único empresario capacitado para la realización de las correspondientes prestaciones” (pág. 230). Finalmente, se constata hace referencia a los retrasos en la ejecución de los contratos, especialmente los de obras, la deficiente constancia de la conformidad tanto de los productos suministrados en bienes fungibles o material sanitario (contrato de suministro) como de los contratos de consultoría, asistencia o servicios. En este último caso, se pone de manifiesto la subida de los precios en función de las subidas salariales, lo que rompe con el principio de riesgo y ventura y la revisión de precios conforme a las fórmulas predeterminadas (p. 230). Resulta también de interés la Comunicación de la Comisión *Lucha contra la corrupción en la UE*, COM (2011) 308 final, de 6 de junio. En extenso me remito a mi trabajo “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos, número especial 2015, Las Directivas de Contratación Pública*, Aranzadi, Cizur menor, 2015.

de los encargos a medios propios, eliminación de la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, publicidad y control de los modificados, eliminación de las instrucciones internas de los poderes adjudicadores no administración pública, publicidad diseñada para ser transparente poniendo en valor la Plataforma de Contratos del Sector público, regulación de los conflictos de intereses y extensión de las prohibiciones de contratar por vínculos familiares, refuerzo del recurso especial, profesionalización de las mesas, etc.) y se fomenta la simplificación.

2. De la tramitación del Anteproyecto. La conclusión del Expediente con el Dictamen del Consejo de Estado.

Tomada en consideración por el Consejo de Ministros comenzó la tramitación “externa” del mismo. Tras un trámite de información pública (Resolución de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, de 21 de abril de 2015), se emitieron los preceptivos Informes: del Consejo General del Poder Judicial de 11 de junio de 2015; del Consejo Económico y Social de 25 de junio de 2015; del Tribunal de Cuentas de 6 de julio de 2015; de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 16 de julio de 2015; de la Federación Española de Municipios y Provincias. (FEMP) de 12 de mayo y 16 de julio de 2015; y de la Comisión Nacional de Administración Local (CNAL) de 13 de julio de 2015.

Tras la revisión a la vista de las alegaciones e Informes, mediante el Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 17 de septiembre de 2015, favorable a la aprobación de la norma elaborada, se aprobó el texto del anteproyecto de 19 de octubre de 2015, que fue objeto de remisión al Consejo de Estado (junto con memoria del análisis de impacto normativo y tabla de correspondencias entre la norma actualmente vigente y la elaborada), para dar por “cerrado” los trámites administrativos.

Y mediante Dictamen de 10 de marzo de 2016, el Consejo de Estado ha aprobado el Dictamen que se emite con carácter preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, que previene que el Pleno de este Cuerpo Consultivo debe ser consultado en el caso de *“anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo (...) del derecho comunitario europeo”*.

La emisión del Dictamen comporta la culminación del procedimiento de elaboración de la norma, a falta de su aprobación como proyecto de ley y ulterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación. Y como el Gobierno se encuentra en funciones tras la celebración de las últimas elecciones generales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, el Gobierno en funciones no puede *“presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado”*.

El Consejo de Estado, en un estudio minucioso, advierte cuestiones formales relativas a la estructura, y concluye que *“En todo caso, el resultado final es que el anteproyecto presenta una estructura artificiosa y compleja cuyo manejo y comprensión resulta ardua para el avezado en las materias de contratación pública y extraordinariamente difícil para quien no lo está, en detrimento incluso, en ocasiones, de la seguridad jurídica”*.

El texto sometido a consulta merece, en términos generales, un juicio favorable (advier- te que tiene una estructura compleja que hace su manejo arduo y muy difícil para el operador jurídico). No obstante, se formulan una serie de consideraciones a la regula- ción proyectada, que tienen distinto alcance y relevancia. A los efectos del artículo 130.3 de su Reglamento Orgánico, tienen carácter esencial las formuladas a los artículos 6.1, 15 y 17, 44.7, 50.1.b) último párrafo, 51.3, 55.e), 119.2.b), 138.3, 161.1, 172,3 y 173, 162, 179, 26 y 316 en relación con la obligación establecida en el artículo 199, 212 y 315.

Las observaciones de este extenso Dictamen se concretan, como indica el propio Con- sejo de Estado, en:

1º.- La disciplina de los convenios interadministrativos resulta excesivamente rígida e imposibilita su utilización como instrumento ordinario de colaboración entre las Admi- nistraciones públicas.

2º.- La configuración de los contratos de servicios y de concesión de servicios y la su- presión del contrato de gestión de servicios públicos –quedando embebido en el segun- do de los citados- no asegura un régimen adecuado para garantizar los principios de igualdad, universalidad y continuidad de los servicios públicos o de interés general⁵⁸.

3º.- El mantenimiento –y extensión en algunos casos- de la regla de que los contratos se perfeccionan por su formalización y no por el mero consentimiento no está justificado en el expediente y suscita dificultades que el anteproyecto no resuelve de manera satis- factoria⁵⁹.

4º.- El sistema de reparto de competencias jurisdiccionales previsto en el artículo 27 del anteproyecto no solventa las dificultades apreciadas en la práctica desde 2007, siendo aconsejable la vuelta al tradicional que encomienda a la jurisdicción contencioso- administrativa el conocimiento de los actos sujetos al derecho administrativo y a la ju- risdicción civil el enjuiciamiento de los sujetos al derecho privado⁶⁰.

5º.- El recurso especial en materia de contratación debería tener carácter potestativo y extenderse a los contratos no sujetos a regulación armonizada en todo caso y como mí-

⁵⁸ En este punto el Consejo de Estado viene a asumir la tesis defendida y argumentada por J.L. MARTI- NEZ ALONSO en sus alegaciones presentadas y concretadas en su trabajo “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, octubre 2015. También F. HERNANDEZ GONZALEZ propone reajustar la categoría del contrato de gestión de servicios públicos y mantener el modelo de con- ciertos. “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, pp. 50-57.

⁵⁹ Esta opción, que fue una exigencia de las instituciones europeas con la finalidad de preservar el efecto útil del recurso especial ha sido cuestionada en la doctrina científica por el profesor J.L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, “El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposi- ción de la Directiva comunitaria “de recursos”, *RAP* núm. 185, 2011, pp. 323-343.

⁶⁰ Se explica de forma excelente en el trabajo de P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos* 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 237-277.

nimo cuando aquellos se celebren por poderes adjudicadores, determinándose legalmente los contratos cuyos actos son impugnables a través de este instrumento⁶¹.

6º.- El régimen singular de presentación del recurso especial –derogando el sistema ordinario establecido en la legislación de procedimiento administrativo- constituye un obstáculo injustificado y gravoso para los administrados⁶².

7º.- Es preciso perfilar determinados aspectos de la regulación de las consultas preliminares a la contratación a fin de evitar situaciones que distorsionen la igualdad y competencia de los licitadores en el proceso de selección del contratista.

8º.- Es preciso reforzar el sistema de garantías que aseguren el efectivo cumplimiento de las responsabilidades del contratista saliente en los casos de subrogación legal de trabajadores.

9º.- Resulta necesario completar la regulación atinente al denominado diálogo competitivo.

10º.- La extensión de las prerrogativas reconocidas a favor de la Administración en relación con los contratos administrativos a los contratos privados, aun cuando estén sujetos a regulación armonizada, carece de fundamento jurídico⁶³.

11º.- Se considera conveniente introducir en el anteproyecto una previsión que fije el plazo máximo de tramitación de los procedimientos de resolución de los contratos en un año.

12º.- Resulta conveniente reconsiderar el sistema legal previsto de indemnización de daños causados a terceros por los contratistas en los términos indicados en el cuerpo del dictamen.

13º.- La regulación proyectada de los acuerdos marco debería ser completada.

14º.- Deberían introducirse en el anteproyecto los mecanismos precisos para asegurar la corrección de los proyectos de obras elaborados y la efectividad de las labores de supervisión y articular un sistema de exigencia de responsabilidades y sancionador adecuado.

15º.- Es preciso articular una solución cierta en relación con el procedimiento a seguir en el caso de las reclamaciones por daños causados por los establecimientos y facultativos médicos formuladas por los beneficiarios de los conciertos sanitarios del mutualis-

⁶¹ Tesis defendida en mi estudio *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora). Número monográfico especial (2016) Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016*. Esta posición, como se indica en este trabajo, es compartida por numerosa y especializada doctrina científica.

⁶² Como bien explica el profesor J. BERMEJO VERA, resulta necesaria una nueva configuración de los sistemas de justicia administrativa, que ponga la atención en al efectividad del control administrativo, sin que pueda mermarse su efectividad por mor de intereses de la propia Administración. “La resolución extrajudicial de conflictos”, en libro colectivo *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015, pp. 149-212.

⁶³ También el Consejo de Estado considera imprescindible revisar el contenido del artículo 212 del texto sometido a consulta, con vistas a adecuarlo a dicha disposición europea (criterio defendido por J. MATILLA y M.A BERNAL BLAY). Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

mo administrativo, evitando su deambular por las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa como hasta la fecha.

Corresponde, pues, al nuevo Gobierno, a la vista de lo dictaminado, “corregir” el texto para su aprobación por Consejo de Ministros y posterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación como norma legal. Cuestión que se presupone prioritaria una vez que la Comisión Europea ha enviado carta de emplazamiento por incumplimiento a 21 Estados miembros, entre los que está España (junto a España, figuran otros 20 Estados miembros que han incumplido el plazo de transposición de las Directivas. La Comisión ha comenzado a enviar las cartas de emplazamiento tanto a España como al resto de países implicados. Entre ellos están Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, la República Checa, Chipre, Estonia, Irlanda, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovenia, Finlandia y Suecia).

III. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PÚBLICA EN AUSENCIA DE TRANSPOSICION EN PLAZO Y SU INCIDENCIA EN EL TRLCSP

Expuestas las principales novedades del Anteproyecto, la situación política del momento evidencia la imposibilidad del cumplimiento de los plazos de transposición, pues los trámites legislativos, todavía no iniciados, no son breves⁶⁴. Cuestión no ajena a lo que

⁶⁴ Esta forma de transposición comporta problemas tanto en el cumplimiento de plazos, como de contenido (me remito a mi trabajo “La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional”, Noticias UE núm. 267, 2007, pp. 61-67). Interesa recordar la Recomendación de la Comisión, de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo) en la que se advierte que, debido a la falta de rigor en la transposición de las Directivas relativas al mercado interior por parte de los Estados miembros, la Comisión les recomienda que adopten mejores prácticas para una transposición correcta y dentro de los plazos establecidos. En la línea de la Recomendación de la Comisión, conviene apuntar soluciones de técnica legislativa. Si la transposición requiere un acto de los Estados miembros, este acto debería ser un trámite con regulación específica que permitiera una rápida reacción y que lo distinguiera de los tramites legislativos ordinarios.

Una opción, siguiendo el modelo de derecho comparado, podría consistir en que al incorporación al derecho nacional se hiciera mediante acto o resolución de un órgano especializado. En esta línea, el profesor L. MARTIN-RETORTILLO (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, pp. 186-187) ha propuesto crear una especie de Gabinete de Vigilancia que avise al gobierno y Parlamento de la existencia de sentencias condenatorias -y entiendo que del efecto directo de las normas y de contravenciones de normas estatales de derecho comunitario en sus distintas variantes- que bien podría descansar en el Ministerio de Justicia o en el Consejo de Estado. Esta última propuesta es ciertamente sugerente y bastaría con una reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, encajando con las funciones inherentes a este órgano constitucional⁶⁴. También podrí a pensarse en atribuirse esta función a la Comisión Mixta para la Unión Europea, creada por Ley 8/1994, de 19 de mayo, dado que el objetivo específico de esta Comisión es participar en las propuestas legislativas de la Comisión Europea y en el seguimiento del derecho comunitario por autoridades nacionales. También podría optarse por adoptar medidas en el plano de política legislativa (como tienen en otros Estados: Por ejemplo, en Italia mediante Ley anual de transposición de normas comunitarias o en Reino Unido mediante decisión del Gobierno dando cuenta al Parlamento), que obligarían, eso sí, a una reforma constitucional. Otra opción (propuesta de G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, pp. 236-237), sería prever un procedimiento específico de trasposición de las Directivas que fueran similar a la técnica de la delegación legislativa recepticia contenida en los artículos 82 a 86 de nuestra Carta Magna, de tal manera que una Directiva se considerase como una ley de bases con un plazo para aprobar el correspondiente Real Decreto legislativo idéntico al plazo de transposición de la Directiva, estableciendo la plena eficacia de esa “Ley de Bases Comunitaria” -coincidente con la Directiva- caso de vencerse el plazo de mandato.

puede suceder en otros países⁶⁵. Ante esa situación, el 18 de abril se “abre” un nuevo escenario jurídico caracterizado por el efecto directo de las Directivas de contratación pública⁶⁶ y, en su caso, un recurso por incumplimiento⁶⁷.

1. El significado de la doctrina del efecto directo de las Directivas europeas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la Directiva de concesiones, 90 de la Directiva de contratos y 106 de la Directiva de Sectores excluidos, el plazo de transposición de las mismas concluye el 18 de abril de 2016. El Estado Español optó por realizar la transposición mediante la aprobación de una nueva ley de contratos del sector público⁶⁸ cuyo Anteproyecto fue sometido a informe del Consejo de Estado que lo ha emitido con fecha 10 de marzo de 2016 (Dictamen 1116/2015)⁶⁹.

Desde esta perspectiva se cumpliría siempre en plazo con el derecho comunitario, sin necesidad de aplicar la doctrina del efecto directo.

⁶⁵ En la doctrina italiana reciente se trata también esta cuestión. Me remito a los trabajos de Giulio VELTRI, “In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE (Consiglio di Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298 655; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660)” en *Revista Urbanistica e appalti*, núm. 6, 2015, pp. 655-676, y Davide DIVERIO, “Qualche riflessione intorno all'efficacia della direttiva servizi negli ordinamenti degli stati membri e al suo rapporto con il TFUE”, en la *Revista Il Diritto del commercio internazionale*, 2015, 4, pp. 983 – 1003.

⁶⁶ Sobre esta cuestión versaba mi ponencia “Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones”, VI Seminario de Contratación Pública, Formigal, Septiembre de 2015 (disponible en www.obcp.es) así como mi intervención en el Congreso Internacional sobre Contratación Pública: “Los retos de la trasposición al Derecho español de la nueva Directiva europea 2014/24/UE y las principales novedades del Derecho comparado sobre contratos públicos”, celebrado los días 21 y 22 de enero de 2016. También mi trabajo “El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 143, 2016, pp. 8-19. Ese número especial de esta Revista contiene otras interesantes colaboraciones sobre el efecto directo de la Directivas de contratación pública.

⁶⁷ El Consejo de Estado, en su Dictamen de 10 de marzo de 2016 en relación al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público recuerda, sobre esta cuestión, que, “El incumplimiento del citado plazo puede comportar la incoación por parte de la Unión Europea del correspondiente procedimiento sancionador. Ahora bien, en virtud de una práctica de uso, la Comisión no lo hace cuando se ha culminado el procedimiento interno de elaboración de la norma de incorporación, lo que, en el caso español, se considera producido al emitir su dictamen este Cuerpo Consultivo”. Ante este escenario, Cataluña la Generalitat de Cataluña ha aprobado el Decreto Ley 3/2016 sobre medidas urgentes en materia de contratación pública este jueves. Su justificación es la siguiente: “*El objeto de este Decreto ley es establecer medidas en relación con la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE*”, se indica en el artículo 1 del documento publicado en el catálogo en línea de la Generalitat. Respecto al ámbito de aplicación del Decreto, se especifica que afectará a contratos del sector público sujetos y no sujetos a regulación armonizada que tramiten los poderes adjudicadores de la Generalitat y los entes locales de la Comunidad Autónoma.

⁶⁸ Esta forma de transposición comporta problemas tanto en el cumplimiento de plazos, como de contenido (me remito a mi trabajo “La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional”, *Noticias UE* núm. 267, 2007, pp. 61-67). Interesa recordar la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo) en la que se advierte que, debido a la falta de rigor en la transposición de las Directivas relativas al mercado interior por parte de los Estados miembros, la Comisión les recomienda que adopten mejores prácticas para una transposición correcta y dentro de los plazos establecidos. En la línea de la Recomendación de la Comisión, conviene apuntar

Por supuesto, y desde la coherencia del modelo, el contenido “armonizado” que se propone en las Directivas de 2014, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública⁷⁰. Esto significa que los principios comunitarios inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no “armonizado”, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral⁷¹.

soluciones de técnica legislativa. Si la transposición requiere un acto de los Estados miembros, este acto debería ser un trámite con regulación específica que permitiera una rápida reacción y que lo distinguiera de los trámites legislativos ordinarios.

Una opción, siguiendo el modelo de derecho comparado, podría consistir en que la incorporación al derecho nacional se hiciera mediante acto o resolución de un órgano especializado. En esta línea, el profesor L. MARTIN-RETORTILLO (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, pp. 186-187) ha propuesto crear una especie de Gabinete de Vigilancia que avise al gobierno y Parlamento de la existencia de sentencias condenatorias -y entiendo que del efecto directo de las normas y de contravenciones de normas estatales de derecho comunitario en sus distintas variantes- que bien podría descansar en el Ministerio de Justicia o en el Consejo de Estado. Esta última propuesta es ciertamente sugerente y bastaría con una reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, encajando con las funciones inherentes a este órgano constitucional. También podría pensarse en atribuirse esta función a la Comisión Mixta para la Unión Europea, creada por Ley 8/1994, de 19 de mayo, dado que el objetivo específico de esta Comisión es participar en las propuestas legislativas de la Comisión Europea y en el seguimiento del derecho comunitario por autoridades nacionales. También podría optarse por adoptar medidas en el plano de política legislativa (como tienen en otros Estados: Por ejemplo, en Italia mediante Ley anual de transposición de normas comunitarias o en Reino Unido mediante decisión del Gobierno dando cuenta al Parlamento), que obligarían, eso sí, a una reforma constitucional. Otra opción (propuesta de G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, pp. 236-237), sería prever un procedimiento específico de trasposición de las Directivas que fueran similar a la técnica de la delegación legislativa recepticia contenida en los artículos 82 a 86 de nuestra Carta Magna, de tal manera que una Directiva se considerase como una ley de bases con un plazo para aprobar el correspondiente Real Decreto legislativo idéntico al plazo de transposición de la Directiva, estableciendo la plena eficacia de esa “Ley de Bases Comunitaria” -coincidente con la Directiva- caso de vencerse el plazo de mandato. Desde esta perspectiva se cumpliría siempre en plazo con el derecho comunitario, sin necesidad de aplicar la doctrina del efecto directo.

⁶⁹ El Consejo de Estado, en el citado Dictamen núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, en relación al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público recuerda, sobre esta cuestión, que “El incumplimiento del citado plazo puede comportar la incoación por parte de la Unión Europea del correspondiente procedimiento sancionador. Ahora bien, en virtud de una práctica de uso, la Comisión no lo hace cuando se ha culminado el procedimiento interno de elaboración de la norma de incorporación, lo que, en el caso español, se considera producido al emitir su dictamen este Cuerpo Consultivo”.

⁷⁰ No en vano, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006) insistía en esta interpretación. Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

⁷¹ Vid. el trabajo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, RAP núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J.M. BAÑO LEON, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP

2. El significado de la doctrina del efecto directo de las Directivas europeas de contratación pública

Como es suficientemente conocido, la Directiva es uno de los instrumentos jurídicos de que disponen las instituciones europeas para aplicar las políticas europeas. Se trata de una herramienta que se emplea principalmente en el marco de las operaciones de armonización de las legislaciones nacionales. El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE enuncia que la Directiva es obligatoria. Al igual que el Reglamento y la Decisión europeos, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial. Se trata, pues, de un acto jurídico que necesita de recepción formal en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Esto significa que, tras la entrada en vigor de la Directiva su contenido forma ya parte del ordenamiento jurídico (principio de aplicabilidad directa), pero que no desplegará efectos directos hasta su transposición formal o vencimiento del plazo de incorporación si sus previsiones son claras, precisas e incondicionadas).

En relación a este último aspecto, y para preservar la nota de primacía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea⁷², conviene recordar que la Directiva “desplegará” un efecto directo vertical al expirar el plazo de transposición, de tal forma que los particulares pueden alegar el texto contra los Estados ante los tribunales siempre que sus disposiciones sean incondicionales y suficientemente precisas⁷³. O lo que es lo mismo,

151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

⁷² El carácter de primacía del derecho comunitario se ha abordado en los siguientes Asuntos: Asunto 26/62: Van Gend & Loos, (naturaleza jurídica del Derecho comunitario, y derechos y obligaciones del individuo); Asunto 6/64: Costa/ENEL, (naturaleza jurídica del Derecho comunitario, aplicabilidad directa y primacía del Derecho comunitario); Asunto 14/68: Walt Wilhelm u.a., (naturaleza jurídica del Derecho comunitario y primacía del Derecho comunitario); Asunto 106/77: Simmenthal, (Derecho comunitario, aplicabilidad directa y primacía), Asunto 826/79: Mireco, (primacía del Derecho comunitario); Asunto C-213/89: Factortame, (aplicabilidad directa y primacía del Derecho comunitario); Asunto C-6: Francovich, y 9/90: Bonifaci, (eficacia del Derecho comunitario y responsabilidad de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario, en este caso, no transposición de una directiva); Asuntos C-13 y 113/91: Debus, (conflicto entre Derecho comunitario y Derecho nacional, aplicabilidad directa y primacía del Derecho comunitario); Asunto C-393/92: Gemeente Almelo, (primacía y validez uniforme del Derecho comunitario); Asuntos C-46/93: Brasserie du pêcheur, y C-48/93: Factortame, (eficacia del Derecho comunitario y responsabilidad general de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario); Asunto C-10/97-C-22/97: IN.CO.GE ‘90 Srl., (primacía del Derecho comunitario); Asunto C-212/97: Centros Ltd, (medidas nacionales para evitar el aprovechamiento abusivo del Derecho comunitario)

⁷³ El efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Van Gend en Loos* del 5 de febrero de 1963. En esta sentencia, el Tribunal declara que el Derecho europeo no solo genera obligaciones para los países de la UE, sino también derechos para los particulares. En consecuencia, los particulares pueden alegar estos derechos e invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas. Por lo tanto, no es necesario que el país de la UE recoja la norma europea en cuestión en su ordenamiento jurídico interno. Efecto directo que se reconoce así, entre otras, en la STJUE, de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, asunto 41/71. El TJUE reconoce de nuevo el efecto directo en su sentencia de 7 de octubre de 1968, *Corveleyn c. Estado belga*, Rec. 1968, p.536. A partir de la sentencia *Van Duyn*, el TJUE insistirá en ocasiones posteriores sobre la posibilidad de invocar ante los tribunales nacionales. Así, sentencias de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, asunto 67/74; de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, asunto 36/75; de 8 de abril de 1976, *Royer*, asunto 48/75; y de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, asunto 30/77 (todas ellas con relación a la misma directiva 64/221/CE); sentencias de 7 de

cuando no se otorga a los Estados miembros ningún margen de apreciación (Sentencia TJUE de 12 de diciembre de 1990, *Kaefer y Procacci*, asuntos acumulados C-100/89 y C-101/89)

Criterio por lo demás ya consolidado por la jurisprudencia del TJUE cuyas sentencias *Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988, y *Fratelli*, de 22 de junio de 1989 (relativas en este caso a contratos públicos) reconocen el efecto directo por no transposición en plazo de Directivas comunitarias “*en cuanto a las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de las Directivas, siendo responsabilidad de los Estados miembros el incumplimiento de este deber de adaptación*” (STJUE 19 noviembre de 1991) ⁷⁴.

La doctrina del TJUE es clara sobre esta cuestión. Así, ya desde la Sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*, y la Sentencia de 19 de enero de 1982, *Ursula Becker* contra *Finanzamt Munster-Innenstadt*, se resolvió la aplicabilidad del efecto directo de las Directivas comunitarias. De hecho, la Sentencia *Ursula Becker* plantea una cuestión de gran transcendencia, cual es, que las Directivas comunitarias constituyen normas básicas del Derecho comunitario europeo. A este respecto la citada resolución del TJUE viene a confirmar a su vez una jurisprudencia anterior, en el sentido de que “cuando las disposiciones de una Directiva son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y precisas, tales disposiciones pueden ser invocadas por los particulares afectados a falta de medios de ejecución de la mencionada Directiva que debían haber sido adoptadas por el Estado destinatario de la Directiva en un plazo determinado”. En consecuencia, los particulares ven reforzada su esfera jurídica y el Derecho comunitario logra que su efecto útil, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuada por una eventual inejecución de las Directivas comunitarias por un Estado miembro ⁷⁵.

Pero no se trata de una cuestión dispositiva. La STJUE de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, ya declaró que *necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria*. Criterio asumido en la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner GMBH*, al afirmar que cuando una norma

julio de 1976, *Watson y Belmann*, asunto 118/75; de 14 de julio de 1977, *Sagulo*, asunto 8/77; y de 3 de julio de 1980, *Pieck*, asunto 157/79 (éstas con relación a la directiva relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y estancia de trabajadores en los Estados Miembros y de sus familias en el interior de la Comunidad). En este mismo sentido se manifiesta el TJCE en sentencias de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, asunto 103/88; y de 1 de junio de 1999, *Kortas*, asunto C-319/97. Doctrina aceptada por nuestro Tribunal Supremo ya desde las STS 15 de marzo de 1999 o STS de 17 de julio de 2003.

⁷⁴ Por todos, en relación a esta jurisprudencia del TJUE, pueden consultarse, R. ALONSO GARCIA, *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, págs. 267-275; S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 133-137; LEZERTUA RODRIGUEZ, *La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias*, Revista Vasca de Administración Pública núm. 11, 1985, págs. 275 y ss; JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, “*El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea*”, RAP núm. 109, 1986, págs. 119 y ss.; y TRAYTER JIMENEZ, “*El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación*”, RAP núm. 125, 1991, págs. 227 y ss. En concreto para la contratación pública se puede consultar A. COLABIANCHI, *Directive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione*, “Giurisprudenza Civile”, 1990, vol. I, pág. 8.

⁷⁵ David A. O. EDWARD, “*Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas*”, Revista Vasca de Administración Pública núm. 42, mayo-agosto 1995, pp. 35-42. Por supuesto, la obra de R. ALONSO GARCIA, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas, 1989.

comunitaria establece previsiones que “son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665” ⁷⁶.

Interesa recordar, de forma más específica, la doctrina de la STJUE de 24 de septiembre de 1998, *Walter Tögel contra Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, sobre la aplicación directa de la Directiva 92/50/CEE, considera de aplicación directa:

“44. A este respecto, procede señalar desde un primer momento que las disposiciones del Título I, relativas al ámbito de aplicación material y personal de la Directiva, y del Título II, relativo a los procedimientos aplicables a los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en los Anexos I A y IB, son incondicionales y suficientemente precisas para ser invocadas ante un órgano jurisdiccional nacional.

45 En virtud de los artículos 8 a 10, que forman parte del Título II, las entidades adjudicadoras están obligadas, de manera incondicional y precisa, a adjudicar los contratos públicos de servicios con arreglo a procedimientos nacionales de conformidad con lo dispuesto en los Títulos III a VI en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I A y con arreglo a los artículos 14 a 16 en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I B. El artículo 14 constituye el Título IV, mientras que el artículo 16 figura en el Título V”.

La jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de “evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”.

Y a estos efectos, como bien ha advertido la STJUE de 12 de diciembre 2013, *Portgás* (asunto C-425/12, en especial apartados 22 y siguientes), los poderes adjudicadores deben considerarse como “Estado”. Y también los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones

⁷⁶ Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, “cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos”. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, P. 100. Como dice, el derecho comunitario europeo penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalfica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008 (Ed. J. M. Gimeno), Zaragoza, 2008, pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C -165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, *Engelbrecht*, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en la LCSP.

entre particulares⁷⁷, siempre que, como bien ha explicado la STJUE de 12 de diciembre 2013, *Portgás*, “que dicho servicio de interés público se preste bajo el control de una autoridad pública y que la citada empresa disponga de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares (véase, en este sentido, la sentencia *Rieser Internationale Transporte*, antes citada, apartados 25 a 27)”⁷⁸.

En consecuencia, los preceptos de las Directivas de contratación pública de 2014 que sean claros, precisos e incondicionados desplegarán efectos jurídicos de obligada aplicación por los operadores jurídicos y, por ello, serán parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y la jurisdicción contencioso-administrativa⁷⁹. Es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCIA, una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo⁸⁰. En todo caso, este efecto directo, según reiterada jurisprudencia, no permite que una Directiva pueda crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada como tal contra dicha persona ante un tribunal nacional⁸¹.

Obviamente, el efecto directo se aplica en los supuestos regulados por la Directiva, lo que limita su alcance a los importes armonizados. Lo que no impide, desde la coherencia del modelo, que el contenido “armonizado” que se propone en las Directivas de 2014, pueda servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública⁸². Esto significa que los principios comunitarios inherentes a la contratación

⁷⁷ Sentencias TJUE *Foster y otros*, apartado 20; de 14 de septiembre de 2000, *Collino y Chiappero*, C-343/98, apartado 23; de 5 de febrero de 2004, *Rieser Internationale Transporte*, C-157/02, apartado 24; de 19 de abril de 2007, *Farrell*, C-356/05, , apartado 40, y sentencia de 24 de enero de 2012, *Dominguez*, C-282/10)

⁷⁸ En todo caso, como señaló el Abogado General en sus conclusiones del caso *Portgas*, el mero hecho de que una empresa privada concesionaria exclusiva de un servicio público forme parte de las entidades a las que se refiere expresamente el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 93/38/CE no lleva aparejado que puedan invocarse contra esa empresa las disposiciones de dicha Directiva (efecto directo vertical). Habrá que acreditar que el Estado dispone sobre la mercantil de un control y unas facultades exorbitantes (de acuerdo con una definición funcional de empresa).

⁷⁹ La STJUE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. Vid., por todos, J.M. TRAYTER, “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, RAP núm. 125, 1991, pp. 188 y ss. Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO, de los imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo (“La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los Ordenamientos internos”, Revista andaluza de administración pública, núm. 7, 1991, págs. 9-38).

⁸⁰ Ricardo ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, Revista española de derecho europeo, núm. 28, 2008, pp. 385-410.

⁸¹ Sentencias TJUE de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, , apartado 9; de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, apartado 20, y sentencia de 24 de enero de 2012, *Dominguez*, C-282/10, apartado 37 y jurisprudencia allí citada).

⁸² No en vano, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006) insistía en esta interpretación. Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que

pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no “armonizado”, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral⁸³. Así lo ha recordado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de abril de 2015, en el asunto C-278/14, que analiza la aplicabilidad a un contrato público de suministro de valor inferior a los umbrales establecidos por las directivas de contratos públicos de los principios generales establecidos por la jurisprudencia del TJUE, recordando que es necesario respeto de los principios generales de la contratación pública si el contrato presenta un interés transfronterizo.⁸⁴

3. El efecto directo de las Directivas de contratación pública de 2014 y su incidencia en la legislación nacional

En una primera aproximación, puede afirmarse que los contenidos de las Directivas de contratación pública, dado que o están pre-transpuestos o son claros, precisos e incondi-

se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

⁸³ Vid. el trabajo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, RAP núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J.M. BAÑO LEON, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

⁸⁴ La Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, C 179/02, -cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo- ya indicaba: “*En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario.(...) De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)*”. Y no puede desconocerse el hecho de que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013 al analizar contratos no cubiertos por la Directiva de contratación pública, afirma de forma clara que ello no elimina la sujeción a los principios de la contratación pública y utiliza en su razonamiento la citada Comunicación interpretativa de 2006, concluyendo que: “*aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 TRLCSP), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente*. Esto significa que en contratos de importe no armonizado deberán tener un régimen equivalente en el nivel de eficacia como ha advertido la citada STJUE de 6 de octubre, *Orizzonte Salute*, C- 61/14.

cionados, tendrán efecto directo casi en su totalidad, sin perjuicio de que en aras a la seguridad jurídica, que es deseable en una materia tan sensible como la contratación pública, la transposición pudiera efectuarse, si bien no a tiempo, lo antes posible⁸⁵. La existencia del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, con cita de los preceptos de las Directivas en la regulación que se propone (que incluye concordancias con lo que se dice en el actual TRLCSP) puede servir de ayuda al gestor.

En todo caso, de un primer avance, se puede indicar que tendrán efecto directo las siguientes cuestiones:

1) Las **definiciones** surtirán plenos efectos jurídicos, pues son, obviamente, incondicionadas. En todo caso no supone una gran novedad práctica, pues las mismas, con carácter general se encuentran en las Directivas de 2004. Sí que tiene gran significado el hecho de que el concepto de concesión de servicios es ya plenamente operativo, de tal manera que se “desplaza” la categoría del contrato de gestión de servicios públicos de nuestro TRLCSP (artículo 8). Y, también, a la posibilidad de CPPI que aunque no figura como opción en dicha Directiva se entiende que forma parte del modelo de CPPI.

2) El **ámbito de aplicación y su concreción** –poder adjudicador y entidades adjudicadoras– tendrá efecto jurídico. Sin embargo, se trata de conceptos muy “asimilados” en la práctica y con importante doctrina del TJUE que se viene aplicando de forma uniforme y constante⁸⁶. Y donde, por supuesto, un medio propio, como tal, tiene consideración de poder adjudicador⁸⁷. También tendrán efecto las previsiones sobre centrales de compras y técnicas de contratación conjunta.

⁸⁵ Este carácter detallado ya es advertido por la citada Circular 3/2015 de la Abogacía del Estado al afirmar que la Directiva de contratación pública de 2014 “establece una regulación muy detallada y pormenorizada que, por eso, hace realmente innecesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional que desarrolle o complete las previsiones de aquella con el fin de posibilitar su aplicación efectiva”.

⁸⁶ Sirva de ejemplo el Informe 7/2015, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la naturaleza jurídica de la Feria de Zaragoza a efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación pública.

⁸⁷ El Acuerdo 104/2015, del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón insiste en esta idea: “*Esta condición de medio propio conduce de manera inexorable a su condición de poder adjudicador. Y ello no solo desde una interpretación teleológica —que por si misma rechaza la posibilidad de que una prestación que se debería someter a las reglas de una licitación pública, como consecuencia de un encargo a un medio propio, pueda quedar sustraída a las reglas de la contratación pública—, sino porque la previsión tiene reflejo legal expreso en el artículo 4.1.n) TRLCSP: «...los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.a del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190».*”

Esta disposición disciplina el régimen de contratación con terceros que deben aplicar los medios propios, y que, en definitiva, no es otro que el régimen previsto en el TRLCSP para las Administraciones públicas, o bien para los poderes adjudicadores cuando se trate de entidades de naturaleza privada, como es el caso de las Sociedades mercantiles (de ahí la referencia «a la naturaleza de la entidad»). No es admisible, desde la previsión legal, la posibilidad de considerar que un medio propio se califique, a efectos de los contratos que celebre con terceros, como una entidad del sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador.” Esta argumentación ha sido también la utilizada por el órgano de recursos contractuales del País Vasco en su Resolución 23/2015, de 24 de febrero, en relación a la tramitación de un contrato de MERCABILBAO, donde se concluye que esta entidad tiene la condición de

3) Será de directa aplicación igualmente las previsiones en relación al **cálculo del valor estimado de la concesión**.

4) La **posibilidad de cooperación vertical** (*in house providing*) deberá cumplir con las exigencias de las Directivas (artículos 12 y 17 de la Directiva contratación y Directiva concesiones respectivamente): a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; b) que al menos el 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador; c) que no exista participación privada en la persona jurídica controlada. Control análogo que existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual. Sobre el concreto significado práctico resultan de gran interés las reflexiones contenidas en la Informe 3/2015, 27 de enero de 2015, de la Abogacía del Estado

5) La determinación del **plazo de las concesiones** deberá determinarse respetando las previsiones del artículo 18 de la Directiva (que desplaza toda la regulación española que contiene previsiones sobre plazos en los contratos de concesión de obras y de gestión de servicios públicos). Así, *“para las concesiones que duran más de cinco años, la duración máxima de la concesión 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. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión”*. Este plazo se explica en el considerando 52 de la Directiva de la siguiente manera: *“La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los*

poder adjudicador, al realizar funciones de interés general (aunque puedan ser también de interés industrial o mercantil) y que, sobretudo, la propia condición de medio propio avoca a MERCABILBAO a la condición de poder adjudicador.

poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”.

6) Para la determinación de las reglas aplicables al régimen de **un contrato mixto de concesiones** deberá estarse a las previsiones de los artículos 21 y 22 de la Directiva concesiones. Así, en las concesiones cuyo *objeto sean tanto obras como servicios* se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de *concesión* predominante en el *objeto* principal del contrato. Para los supuestos de concesiones mixtas que consistan en parte en servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV y en parte en otros servicios, el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios es el más alto.

7) La regulación de los **servicios de investigación y desarrollo** será de directa aplicación, si bien esta cuestión ya está incorporada a nuestra legislación, tras la transposición de las Directivas de 2004.

8) La obligación de incorporar **las nomenclaturas en los contratos** de concesión será inmediatamente eficaz en abril del 2016, lo que afecta a los denominados contratos de gestión de servicios públicos en España, considerados no armonizados al no estar cubiertos por la Directiva 2004/18. Esta exigencia de CPV para toda concesión, de obra o de servicios debe ser respetada. Y, en tanto elemento de publicidad y transparencia su incumplimiento implicará la nulidad del procedimiento.

9) Serán también directamente aplicables las previsiones de **confidencialidad**. Previsión que se viene aplicando ya en España y que no parece que pueda producir distorsiones. La STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, ya declaró que el órgano que conozca de un recurso en materia de contratación deberá garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. La justificación es la siguiente:

“(…), es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.

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

La confidencialidad, por tanto, exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores competidores, pues como advierte la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de enero de 2013, *Cosepuri Soc. Coop. p.A.* contra Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), la materia de contratos públicos se fundamenta en una competencia no falseada.

10) Interesa destacar la directa aplicabilidad de las previsiones relativos a los **anuncios de las licitaciones y de adjudicación**, que deberán ajustarse a los modelos que contiene la Directiva. Obligación de anunciar que se extiende ahora a las concesiones de servicios (contratos de gestión de servicios públicos).

11) El **acceso electrónico directo, completo, gratuito y sin restricciones, por medios electrónicos, de los documentos relativos** a las concesiones, será una previsión con efecto directo. Así, PCAP y PTT deberán ser accesibles electrónicamente en todo caso (sin que se pueda obligar a justificar el interés de la documentación o a retirarla, previo pago, en determinadas oficinas).

12) La definición de **conflicto de interés**, y sus efectos, tendrá efecto directo El concepto de conflicto de intereses, también contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, realizada Nueva York el 31 de octubre de 2003 (Instrumento de Ratificación del Reino de España, de 9 de junio de 2006, publicado en BOE de 19 de julio de 2006)⁸⁸, comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

13) También tendrá efecto directo la previsión del artículo 36 de la Directiva de concesiones referida a **requisitos técnicos o funcionales**, que exige que los mismos definan *“las características requeridas de los trabajos o servicios que son objeto de la concesión. Figurarán en los documentos de concesión”*. Se trata de fijar el máximo de transparencia, para favorecer la competencia. Y, para ello, la Directiva advierte que no será posible rechazar una oferta basándose en que las obras y los servicios ofrecidos no se ajustan a los *requisitos técnicos u funcionales* a los que han hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador pruebe, por *cualquier* medio adecuado, que las soluciones que *propone* cumplen de forma equivalente los *requisitos técnicos y funcionales*.

14) La justificación **de la solvencia de los licitadores se realizará mediante declaración responsable** (deberán tenerse en cuenta las previsiones contenidas en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación). Cuestión importante en la práctica y que ya se utiliza como parámetro interpretativo, tal y como hemos advertido con anterioridad. Esto significa que la regulación del 146 TRLCSP quedará desplazada en lo relativo al carácter potestativo de tal posibilidad, que pasará a ser la regla general.

15) Los **supuestos de exclusión** son, en varias de sus previsiones, ejemplo evidente de incondicionalidad y, por ello, tendrán efecto directo. Lo que implica una alteración del sistema de prohibiciones de contratar de tal manera que aquellas no contenidas en nues-

⁸⁸ Asimismo, el artículo 8 incluye una serie de exigencias generales respecto de los códigos de conducta para funcionarios públicos desde la promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad, además de procurar *“sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos”* (artículo 8.5).

tro TRLCSP deberán ser aplicadas. Un ejemplo es la previsión del apartado 7 b) de la Directiva de concesiones, al establecer como causa de exclusión “*si un conflicto de intereses en el sentido del artículo 35, párrafo segundo, no se puede subsanar con eficacia por ninguna otra medida menos intrusiva*”. También tendrá efecto directo las previsiones relativas a consultas preliminares del mercado.

16) Los **plazos mínimos de presentación de ofertas** son de directa aplicación. Así, a partir del 18 de abril de 2016 –siempre cumpliendo con la exigencia de utilización de medios electrónicos- el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes para la concesión podrá ser de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de concesión. Sin embargo, al ser un plazo mínimo, y ser más amplio el del TRLCSP, habrá que estar a la Ley nacional. Y lo mismo sucederá cuando el procedimiento se desarrolle en etapas sucesivas, el plazo mínimo para la recepción de ofertas iniciales será de 22 días a partir de la fecha en que se envíe la convocatoria de ofertas.

17) *Las reglas de los procedimientos son también de directa aplicación. Incluida la novedad del procedimiento de asociación. Así, el procedimiento de negociación con publicidad se extiende para todo contrato de importe armonizado.* La exigencia de **catálogos electrónicos** tendrá también efecto directo.

18) En **materia de procedimientos**, el artículo relativo sobre el procedimiento de asociación para la innovación tiene efecto directo. En el procedimiento negociado, en los importes armonizados, también despliegan efecto directo las previsiones de las Directivas, de tal forma que se amplía su ámbito de aplicación cuando hay publicidad, y se limita si es sin publicidad, pues estamos ante un procedimiento de excepción⁸⁹, y que no son posibles interpretaciones «generosas» del mismo, en tanto se afecta al principio de concurrencia y eficiencia⁹⁰. Pero no puede alcanzar a la eliminación del supuesto del procedimiento negociado por la cuantía, por no ser un supuesto cubierto por la Directiva y, por ello, no puede existir efecto directo⁹¹.

La **exigencia de informar sin demora** de las actuaciones derivadas en el procedimiento de licitación será también de aplicación directa. Se debe informar en todo caso los nom-

⁸⁹ Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2004, al condenar a la República Italiana por la utilización de este procedimiento incorrectamente, insiste en que los supuestos que lo amparan deben ser interpretados restrictivamente y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales, que justifican la excepción, incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas. (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, apartado 13). El apartado 21 es esclarecedor al recordar que “*es cierto que el objetivo de garantizar la continuidad de las obras relativas a proyectos complejos y cuya finalidad es la seguridad hidráulica de una región es una consideración técnica cuya importancia debe reconocerse. Sin embargo, la mera afirmación del carácter complejo y delicado de un conjunto de obras no basta para demostrar que sólo puede encomendarse a un mismo empresario, en particular, cuando las obras se dividen en lotes, cuya realización debe prolongarse durante muchos años*”.

⁹⁰ Sobre el significado del principio de eficiencia en la contratación vid. J.M. GIMENO FELIU, “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre “calidad institucional, transparencia y buen gobierno”, núm. 82, 2016, pp. 137-158

⁹¹ Este es el criterio de la Recomendación 1/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, de 20 de abril, relativa a la utilización del procedimiento negociado. Por el contrario, opinando que la Directiva alcanza a este supuesto y que queda desplazado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en el Informe 1/2016, de 6 de abril.

bres de los licitadores seleccionados, las razones por las que se haya desestimado su solicitud de participación o su oferta, así como las razones por las que, en su caso, haya decidido no adjudicar un contrato que había sido anunciado o reiniciar el procedimiento. Esta previsión ya existe en nuestro TRLCSP –para facilitar la posibilidad de interponer el recurso especial- y no plantea especiales problemas prácticos.

19) Los **criterios de adjudicación (incluida las variantes)** también tendrán efecto directo⁹². Así estos deberán ser objetivos, respetar los principios de la contratación pública y garantizar la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva *tales que se pueda* determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora. Esos criterios estarán vinculados al objeto de la concesión y no conferirán al poder adjudicador o la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada. *Podrán incluir, entre otros, criterios medioambientales, sociales o relacionados con la innovación*. En todo caso, no son admisibles los criterios relativos a las capacidades de la empresa (o su experiencia)⁹³. Estas previsiones ya vienen siendo aplicando en España y no deben presentar dificultades prácticas al encajar con la regulación contenida en el artículo 150 TRLCSP.

20) Las **previsiones sobre subcontratación** son también de directa aplicación. Las previsiones relativas a la posibilidad de que el poder adjudicador exija al licitador o al *solicitante* que mencione en la oferta la parte del contrato o la *concesión* que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos (lo que no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del *concesionario* principal); así como, el caso de los contratos de obras y respecto de los servicios que deban prestarse in situ bajo la supervisión directa del poder o entidad adjudicador, tras la adjudicación de la concesión y, a más tardar, cuando se inicie la ejecución de ésta, la exigencia de contratista o concesionario de comunicar el nombre, los datos de contacto y los representantes legales de los subcontratistas que intervengan en las obras o servicios en cuestión, siempre que se conozcan en ese momento, así como la de notificar cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso de la concesión, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas a los que asocie ulteriormente a la obra o servicio en cuestión.

21) Gran efecto práctico derivará de la aplicación directa del nuevo **régimen de modificaciones contractuales** (artículo 72 y 43 respectivamente). El nuevo régimen parece ampliar las posibilidades de modificación (lo que puede desplazar el régimen de los artículos 105 a 107 TRLCSP). En todo caso, la doctrina ya consolidada del TJUE no queda desplazada por esta nueva regulación, pues como advierte en considerando 107 de la Directiva 2014/24, “es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”⁹⁴. Así, esta doctrina sigue siendo el parámetro de enjuiciamiento de tal posibilidad

⁹² La STJUE de 16 de octubre de 2003 (*Traunfellner*) recuerda que no es correcto admitir variantes si tal posibilidad no se ha previsto y motivado en el pliego o anuncio de licitación. Y una variante no es lo mismo que el criterio “mejoras”.

⁹³ Así debe interpretarse la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido “intelectual”, y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continua siendo un criterio de solvencia.

⁹⁴ Por todos, J.M. GIMENO FELIU, “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, 99. 83-140; I. GALLEGU CORCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas

(que no *ius variandi*) y que se limita a los casos estrictamente necesarios para preservar el propio contrato sin alterar su causa o contenido sustancial⁹⁵. Interesa destacar una importante medida introducida por la Directiva sobre contratación pública, que establece la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego (artículo 72.1, último inciso)⁹⁶. Posibilidad ya reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014. Asunto C-161/13. La finalidad de esta exigencia (que en España ya se aplica en Aragón y Navarra), es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales⁹⁷, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal⁹⁸. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados⁹⁹. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adju-

sobre contratación pública” en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167 y J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015, pp. 65-89

⁹⁵ H. HOEPFFNER, afirma que la modificación no es una señal de una enfermedad del contrato sino que es un elemento de su vida, de su propia supervivencia. “La modification des contrats de la commande publique a l’épreuve du droit communautaire”, *Revue française de droit administratif* núm. 1 de 2011, pp. 98-114.

⁹⁶ Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que *ex* artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado —independientemente de su importe— y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Vid. M.A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, ob. Cit., pp. 203-210.

⁹⁷ Vid. A. I. BELTRAN GOMEZ, “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 8 de octubre de 2012.

⁹⁸ El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que «II. *Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1 000 000 € para los contratos de obras, y de 100 000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos*».

⁹⁹ La posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «*ius variandi*» en la medida en que esta juega la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: “Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolu-

dicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, Cfr. apdo 34), y por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial¹⁰⁰. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad¹⁰¹. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterio funcionales relacionados con la causa del contrato¹⁰².

22) También **tendrán efecto directo las previsiones que sobre rescisión (Directiva de contratación pública) y resolución (Directiva de concesiones)**. Muy especialmente tiene interés la previsión del artículo 44 la Directiva de concesiones, que establece unos límites a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues se desnaturaliza la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tiene cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, de la prerrogativas públicas exorbitantes. Esto implica, como ya he explicado, que la resolución de concesiones es un claro ejemplo donde el efecto directo limitará la posibilidad de extinguir un contrato por rescate, pues parece establecer un número cerrado de causas de resolución¹⁰³. El interés público -al igual que sucede con la modificación contractual- ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son la prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. No significa que no pueda rescatarse si existe un claro interés público. Pero el rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y principios de esta potestad¹⁰⁴.

ción, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «ius variandi». Este criterio es defendido por J.M. BAÑO LEON, “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario de Gobierno Local* 2012, IDP, Barcelona, 2013, pp. 148-151.

¹⁰⁰ Como bien ha recordado J.A. MORENO MOLINA, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (*La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, 101. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

¹⁰¹ Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción.)

¹⁰² J.M. GIMENO FELIU, “*Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público*”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, 2016, Cizur Menor, pp. 31-138

¹⁰³ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *Revisita el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núms. 58/59, 2016, pp. 50-71.

Además, la decisión de rescatar podrá ser controlada –en tanto cuestión contractual– por los órganos de recursos contractuales competentes, pues tras el 18 de abril de 2016, se amplía el ámbito del recurso especial a estas cuestiones (deja de ser un recurso precontractual). Y al ser norma de contenido procesal, se aplicará la regla vigente al momento de dictar el acto (en este caso, de resolución)¹⁰⁵. Así, junto a la posibilidad de suspensión de la decisión –lo más probable, desde la lógica de funcionamiento del recurso especial– el Tribunal administrativo podrá valorar si el rescate –como fórmula de resolución– resulta conforme a las nuevas exigencias de la concesión.

La opción de rescate de concesiones debe, en definitiva, reinterpretarse conforme a lo dispuesto por la Directiva de concesiones de 2014 y los principios europeos de contratación pública (junto con el de confianza legítima, que obliga, como regla general, a estar a lo pactado)¹⁰⁶. Y en tanto no se produzca la efectiva incorporación al ordenamiento nacional, deberá respetarse el efecto directo de la Directiva, en tanto previsión clara e inequívoca.

23) Por último, son de efecto directo las previsiones que **reformen el ámbito de aplicación de la Directiva “recursos”**, que se extiende ahora al contrato de concesión de servicios, lo que desplaza la “arcaica” previsión del artículo 40 TRLCSP que determina la competencia en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo. Será el valor estimado del contrato el criterio para determinar la competencia del recurso especial. Otra importante novedad práctica es la inclusión de las concesiones de servicios en el ámbito del recurso especial, con efecto directo. Por supuesto, la diferencia entre contrato de servicios y concesión de servicios, vinculada al sistema de retribución con transferencia de riesgo operacional, permite diferenciar y determinar el contrato y su concreta naturaleza al margen de la denominación, tal y como sucede con el concierto, que viene a ser un contrato de servicios¹⁰⁷. Esta tipificación debe aplicarse para todo contrato, con

¹⁰⁵ La diferencia entre normas sustantivas y procesales respecto al régimen transitorio de la aplicabilidad de las nuevas normas es, por lo demás, clásica en nuestro ordenamiento jurídico, como convincentemente razona la recurrente, desde la Transitoria cuarta del Código Civil, siguiendo con las Transitorias de la LEC y de la LJCA. El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de noviembre de 2012 (recurso 1085/2011) ha admitido la directa aplicación de normas procesales en materia de contratación pública. Para ello parte de la necesaria distinción entre normas sustantivas y procesales y afirma que la disposición transitoria de la ley 15/2010 sólo se refiere a las normas sustantivas (“falta en la ley una transitoria rectora del régimen temporal del nuevo procedimiento jurisdiccional”).

¹⁰⁶ Sobre los efectos y requerimientos del principio de confianza legítima conviene recordar la jurisprudencia del TJUE: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961, *SNUPAT contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asuntos acumulados C-42/59 y C-49/59, y de 13 de julio de 1965, *Lemmerz-Werke GmbH contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asunto 111/63.

¹⁰⁷ Debe recordarse que la STJUE de 27 de octubre de 2005, *INSALUD*, asunto C-158/03, en su apartado 32 declara que el concierto no es una modalidad de gestión de servicio público que encaje con el concepto concesional y que, en puridad, es un contrato de servicios cubierto por las Directivas: “*En segundo lugar, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el presente asunto tiene por objeto contratos públicos de servicios y no contratos de gestión de servicios calificados de concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, 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.*” Esta interpretación ha sido confirmada por la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015, de condena al Reino de España, asunto C-552-13, en relación a servicios sanitarios en Bilbao, donde el Tribunal advierte que “*En primer lugar, procede señalar que, como se desprende de la documentación remitida al Tribunal de Justicia, los dos contratos nos 21/2011 y 50/2011 constitu-*

indiferencia de su importe, sin perjuicio de las especialidades de régimen jurídico que pudieran existir.

Asimismo, en relación al recurso especial, interesa destacar, aunque no se trata formalmente de una cuestión estricta de efecto directo, la ampliación del objeto del recurso especial. La previsión del artículo 46 de la Directiva 2014/23, de concesiones, que modifica la Directiva 89/665/CEE, tiene especial incidencia en la redacción del artículo 1 relativa al objeto del recurso:

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (35) salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 y 37 de dicha Directiva.

La presente Directiva se aplica también a las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores mencionados en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (36), salvo que dichas concesiones se excluyan en virtud de los artículos 10, 11, 12, 17 y 25 de dicha Directiva.

A efectos de la presente Directiva, se entiende por «contratos» los contratos públicos, los acuerdos marco, las concesiones de obras públicas o de servicios y los sistemas dinámicos de adquisición.

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa».

La nueva redacción, en cuanto se refiere a los contratos sometidos a la regulación de las nuevas Directivas, implica una ampliación el objeto del recurso, pues de la inicial limitación a las cuestiones de licitación y adjudicación, se incluye ahora a todas las cuestiones de los contratos, lo que afecta claramente a los supuestos relativos a modificaciones contractuales, subcontratación y causas de rescisión/resolución, en los términos regulados por las Directivas¹⁰⁸. Igualmente, y sobre la base de la jurisprudencia del TJUE sobre cuándo existe un contrato, podrá ser objeto de revisión un convenio o un encargo a medio propio si a pesar de su denominación, por objeto y causa, hay un contrato público y su adjudicación se considera ilegal¹⁰⁹.

yen contratos públicos de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/18, cuyos importes superan el umbral previsto en el artículo 7 de ésta, y no concesiones de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esa misma Directiva, en la medida en que la remuneración del adjudicatario está plenamente garantizada por el poder adjudicador, que asume también el riesgo económico”.

¹⁰⁸ Criterio ya admitido por STJUE de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox*, asunto C-161/13, que analiza si existe o no derecho a un plazo de impugnación ante supuestos de modificaciones contractuales, en concreto, la modificación de la composición del grupo adjudicatario.

¹⁰⁹ La STJUE de 18 de enero de 2007, *Auroux*, asunto C-220/05, ya admitió la interpretación sobre la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio, para declarar que este es un caso de contrato de obra, que debe ser objeto de licitación (por ello, el conve-

Esto significa que **el recurso especial deja de ser un recurso precontractual, y que se debe considerar contractual**¹¹⁰.

Todas estas previsiones obligan a la “relectura” del vigente TRLCSP, que deberá ser aplicado sin desconocer las previsiones directas de la Directiva, que serán parámetro de legalidad ordinaria a controlar por los Tribunales administrativos y la jurisdicción, ya que el conocido –e incuestionable– principio de primacía del ordenamiento de la Unión Europea obliga a que la norma nacional no se aplique si contraviene a este. Criterio confirmado por jurisprudencia constante del TJUE. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea¹¹¹. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE¹¹². Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos interpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos¹¹³. Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpreta-

nio se considera una contratación directa ilegal). La STJUE de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller GbmH*, asunto C-451/08, subraya que el concepto de contrato público requiere únicamente que su ejecución conlleve un beneficio económico directo para el poder adjudicador, pero sin que sea necesario acreditar también la existencia de una ventaja económica para el contratista (apartados 48-53).

¹¹⁰ Sobre esta idea me remito a mi estudio (y sus conclusiones) *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial (2016) *Observatorio de los contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

¹¹¹ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, REDA núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CORCOLES, “Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en libro colectivo dirigido por M. Almeida e I. Martín, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo JA. Benachio, M. Cozzio y F. Titomanlio) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea, Tomo I*, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici. Universidad de Trento, 2016.

¹¹² Vid. CHINCHILLA MARÍN, C.: “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; y M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102..

¹¹³ Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SANCHEZ MORON: *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

ción funcional (y no formal)¹¹⁴. Esto explica porque los órganos de control nacionales, en tanto “juez comunitario” aplican esta doctrina¹¹⁵.

Lógicamente, el efecto directo se aplicará en contratos sujetos a regulación armonizada, aunque, de conformidad con la doctrina TJUE y la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006)¹¹⁶, habrá que realizar una interpretación equivalente¹¹⁷. El contenido “armonizado” que se propone en las Directivas, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública¹¹⁸. Y, en mi opinión, desde la lógica del principio de integridad y del derecho a una buena administración, debe aprovecharse la oportunidad para “repensar” como se utiliza el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (su aplicación se ha revelado como especialmente patológica y favorecedora de supuestos de corrupción), o de las Instrucciones internas (se puede decidir aplicar las previsiones TRLCSP)¹¹⁹.

En conclusión, hay que esperar la nueva Ley estatal de Contratos del Sector Público, lo que no impide el desarrollo de competencias autonómicas en su ámbito competencial, como sucede, por ejemplo, con las especialidades de simplificación y organización de ciertos contratos sanitarios y sociales (especialmente sensibles desde la óptica del tercer

¹¹⁴ Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARIN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, ob. cit., pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.

¹¹⁵ Esta jurisprudencia es parámetro interpretativo de los derechos nacionales, pero su influencia se extiende también al cuerpo normativo. Lo destaca bien M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II)...”, ob.cit., p.82.

¹¹⁶ Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo

¹¹⁷ En el apartado 20 de la Sentencia de 14 de enero de 2016, *Ostas celtnieks» SIA* (asunto C- 234/14), el Tribunal de Justicia recuerda que “la interpretación de las disposiciones de un acto de la Unión en situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de éste se justifica cuándo el Derecho nacional las ha hecho directamente e incondicionalmente aplicables a tales supuestos, con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de estas situaciones y las comprendidas en el ámbito de aplicación del acto mencionado (sentencia Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, apartado 23 y jurisprudencia citada)”.

¹¹⁸ Así lo he defendido en anteriores trabajos. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 28-31.

¹¹⁹ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (M. Villoria, J.M. Gimeno y J. Tejedor), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300. También el excelente trabajo de J.M. MARTINEZ FERNANDEZ, *Contratación pública y transparencia*, La Ley, 2016, en especial, pp. 393-440; y las reflexiones de A. GONZALEZ SANFIEL, “La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?”, en libro colectivo dirigido por F. Hernández *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, 2016, pp. 31-48.

sector)¹²⁰. Y, en tanto hay transposición efectiva habrá que aplicar el efecto directo de las Directivas, que podrá ser utilizado por los distintos órganos judiciales y los tribunales administrativos de recursos contractuales.

4. Documentos prácticos de interés

Para facilitar la labor de los gestores los órganos de recursos contractuales de España han elaborado un documento sobre el efecto directo de las Directivas contratación pública en España (que se ha difundido a través www.obcp.es), pues esa situación, por motivos de seguridad jurídica, preocupaba a los distintos tribunales administrativos encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratos públicos. El objeto del citado documento es analizar los efectos jurídicos de la falta de transposición en plazo de las Directivas de contratación pública, y en particular, su posible efecto directo, teniendo en cuenta el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público actualmente vigente. En este contexto, este trabajo únicamente pretende servir como documento de análisis y reflexión para facilitar la interpretación que de la normativa aplicable a partir del 18 de abril de 2016 deberá realizar cada uno de los Tribunales administrativos de recursos contractuales en el ejercicio de sus funciones.

Igualmente, sobre el efecto directo, conviene reseñar la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE núm. 66 de 17 de Marzo de 2016). En esta Recomendación se analiza los antecedentes, el efecto directo en las Directivas comunitarias y una serie de instrucciones que dividen en dos secciones. En el documento se desglosan las recomendaciones por tipología de contrato sujeto a regulación armonizada y las aplicables a todos los contratos sujetos a regulación armonizada.

¹²⁰ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “*Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)*”, Revista Derecho y Salud, Vol. 26, núm. 2 de 2015, pp. 65-85. También mi opinión “La solidaridad y la calidad son compatibles con la contratación pública”, en Blog Revista Catalana de Dret Public, 30 de mayo de 2016. Y es que el derecho europeo de la contratación pública habilita que un contrato de prestaciones personales de carácter sanitario o social se pueda ver excepcionado de las reglas de concurrencia propias de un contrato típico de servicios o productos, y que se pueda adjudicar a entidades del tercer sector sin ánimo de lucro que colaboran, desde una óptica de solidaridad, con los fines públicos, dado el marcado carácter estratégico, desde la perspectiva de correcta prestación, de esa colaboración. En todo caso, esta posibilidad, con los límites descritos, exige una norma legal (dentro del marco competencial español, de las comunidades autónomas) que prevea y regule esta posibilidad. Sin ese marco legal expreso se deberán aplicar las reglas ordinarias de la contratación pública, lo que puede conducir a ciertos efectos “perversos”. Así, si la opción política es de una sensibilidad social en estos sectores clave, tan vinculados en España al desarrollo de prestación de importantes servicios a las personas, en un entorno de colaboración público-privada guiado por el principio de solidaridad y calidad, deberá regularse esta posibilidad. Y no es necesario, obviamente, esperar a que el Estado lo regule o, por utilizar la expresión técnica, no es necesario esperar a la transposición formal del mismo por parte del Estado. En esta línea, el Consejo de Gobierno de Aragón aprobó el Decreto Ley 1/2016, de 17 de mayo, que permite concertar actividades con las entidades sin ánimo de lucro en el sentido antes indicado, siempre y cuando se cumplan unos requisitos. Un claro ejemplo de voluntad política de diferenciar lo que es mercado de prestaciones de calidad en atención a las personas en ámbitos muy sensibles, y donde se pone la atención en la complementariedad para conseguir optimar la eficiencia en el modo de prestar servicios tan esenciales.

Asimismo, se ha analizado esta cuestión del efecto directo en el Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a los *“Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo”*¹²¹, y en el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, relativa a *“Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión”*.

Por último, conviene indicar la Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública. Esta Recomendación tiene por objeto tanto facilitar a los órganos de contratación la aplicación del artículo 59 de la Directiva de contratación pública y del Reglamento (UE) n.º 2166/7, como ayudar a las empresas interesadas a cumplimentar correctamente el formulario normalizado del DEUC según ha quedado éste aprobado por el citado Reglamento comunitario.

VI. CONCLUSIONES

Son tiempos de nuevos retos para la gestión de la contratación pública, utilizada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas, que

¹²¹ En este Informe se indica que Resultan de aplicación directa aquellos aspectos de la regulación de las Directivas que sean claros y concisos y no requieran acto alguno de concreción. Entre ellos, pueden incluirse en todo caso el concepto de poder adjudicador, las causas de elección del procedimiento, o los criterios de participación, selección y adjudicación. Otro ejemplo de regulación concisa e incondicionada es la relativa a la división de los contratos en lotes (artículo 46), o las normas sobre comunicaciones electrónicas (artículo 22). En todo caso, las definiciones surtirán plenos efectos jurídicos, pues son, obviamente, incondicionadas. En esta cuestión sí que tiene gran significado el hecho de que el concepto de concesión de servicios sea ya plenamente operativo. Serán igualmente de aplicación directa las previsiones en relación al cálculo del valor estimado de los contratos, así como el plazo de las concesiones. La obligación de incorporar las nomenclaturas en los contratos de concesión será inmediatamente eficaz. El acceso electrónico, directo completo y gratuito y sin restricciones, de los documentos relativos a las concesiones, será una previsión de efecto directo. Igualmente, la justificación de la solvencia de los licitadores mediante declaración responsable tendrá efecto directo (artículo 38). Por otro lado, existen algunas previsiones de las Directivas que positivizan la jurisprudencia europea sobre determinados conceptos, de modo que en muchos casos están ya transpuestos a la legislación nacional, como consecuencia de la incorporación paulatina de esos criterios. Es el caso, por ejemplo, del concepto de medio propio, la cooperación horizontal, la regla de la confidencialidad, o el concepto de los elementos básicos de la concesión. Así sucede, por ejemplo, con los artículos 13 a 18 que son fundamentalmente principios generales, que podríamos decir que han sido ya «transpuestos». Y quedan excluidos del efecto directo aquellos contenidos de las Directivas que son susceptibles de transposición facultativa, es decir, aquellos que los Estados miembros pueden incorporar, o no. Y ello porque estas normas carecen de incondicionalidad. Ejemplos de ello son las previsiones de los artículos 32.1 (uso del procedimiento negociado sin publicación previa); 46.3 (posibilidad de prever ofertas integradoras); ó 57.3 (posibilidad de los Estados miembros de establecer excepciones a los motivos de exclusión obligatoria con carácter excepcional por razones imperiosas de interés general, como la salud pública o protección del medio ambiente).

aconseja una reflexión sobre la necesidad de abordar una reforma de las normas de contratación pública que permitan cumplir el objetivo de mayor eficiencia, visión estratégica e integridad en la adjudicación de contratos públicos.

Pero no será suficiente –como venimos insistiendo en anteriores trabajos- si no se asume el reto de una adecuada y efectiva profesionalización de la contratación pública¹²². La profesionalización que se propugna en el ámbito de la UE se refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación. Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición «pasiva» y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)¹²³.

Es momento de revisar en profundidad nuestro modelo jurídico y práctico (es una oportunidad) pues, como ya advirtiera Albert Einstein, “*no podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo*”.

¹²² A. SANMARTIN MORA, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2011, ob. cit., pp. 408-409. Este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la “profesionalización” de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa.

¹²³ “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.