

# LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE 2014: ASPECTOS CLAVE Y PROPUESTAS PARA SU TRANSFORMACIÓN EN ESPAÑA<sup>1</sup>

MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Pública de Navarra

I. INTRODUCCIÓN.—II. PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DE LAS DIRECTIVAS: 1. *La competencia*: A) Fase previa. B) La licitación. C) Colaboración con las autoridades de competencia. 2. *La innovación*. 3. *Las PYME*. 4. *Objetivos ambientales y sociales*.—III. ALCANCE Y ÁMBITO DE LAS DIRECTIVAS. ENCARGOS *IN HOUSE*.—IV. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: 1. *Los procedimientos de adjudicación*: A) El diálogo competitivo. B) El procedimiento de licitación con negociación. C) El procedimiento negociado sin publicación previa. D) La asociación para la innovación. E) Los catálogos electrónicos. 2. *El desarrollo del procedimiento de adjudicación*: A) Consultas al mercado. B) Publicidad de la licitación. C) Criterios de selección y motivos de exclusión. D) Criterios de adjudicación del contrato. E) Ofertas anormalmente bajas. F) Publicidad de la adjudicación e información. 3. *Regímenes específicos*. 4. *La tramitación electrónica*.—V. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.—VI. SUPERVISIÓN DE LOS CONTRATOS.—VII. GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: 1. *Los modos de gestión de los servicios públicos: gestión directa*. 2. *Gestión indirecta: concesiones y contratos de servicios*: A) Los contratos de servicios. B) La concesión. 3. *Concesión de servicios y recursos especiales*.

## RESUMEN

Este trabajo estudia las principales novedades introducidas por las nuevas Directivas de 2014 sobre contratación pública. Su transposición en España exigirá la aprobación de una nueva ley de contratos del sector público. Los aspectos más precisados de reforma legal son los referidos a la integración de los principios y objetivos de la contratación: competencia, innovación, protección de las PYME y aspectos ambientales y sociales. Además, es preciso redefinir los encargos a entes instrumentales, así como la adjudicación y ejecución de los contratos públicos. La Directiva sobre contratos de concesión incide por vez primera sobre la gestión de los servicios públicos, obligando a diferenciar los contratos de concesión de los contratos de servicios en razón del riesgo operacional. También se postula la ampliación de competencias de los tribunales administrativos de recursos contractuales.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-47323-P) titulado «Nueva contratación pública: mercado y medio ambiente».

*Palabras clave:* contratos del sector público; adjudicación; gestión de servicios públicos; tribunales administrativos de recursos contractuales.

#### ABSTRACT

This essay studies public procurement in the new Directives of 2014. Its adaptation in Spain requires a new Public Procurement Act. The most important matters of the new Directives are in the implementation of the principles of the public procurement: competition, integration of social and environmental considerations, research and innovation, and involvement of SMEs in public procurement. Also it is necessary to redefine the public contracts between entities within the public sector. The new Directive on the award of the concession contracts forces to reform the national regulation about the public utilities, mainly, the services concession should be different from the services contracts because the concession requires the transfer to the concessionaire of an operating risk in exploiting services. Finally, my position is to increase the competences of the Administrative Tribunals for Contractual Appeals.

*Key words:* public procurement; award of public contracts; public utilities; administrative tribunal for contractual appeals.

#### I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea ha aprobado tres Directivas sobre contratación pública:

- Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Todas ellas aparecen publicadas en el *DOUE* de 28 de marzo de 2014 y deberán transponerse antes del 18 de abril de 2016, sin perjuicio del mayor plazo que conceden para la incorporación del uso obligatorio de medios electrónicos en la contratación hasta el 18 de octu-

bre de 2018, salvo para centrales de compra, donde deberán estar operativas el 18 de abril de 2017.

Debe advertirse que se trata de tres Directivas materiales, en el sentido de que regulan la materia de la contratación pública bien con carácter general (Directiva 2014/24/UE), sobre sectores específicos (Directiva 2014/25/UE) o sobre concesiones (Directiva 2014/23/UE).

Ya aquí se produce un importante cambio sobre la situación precedente. Por un lado, aparece una nueva Directiva sobre concesiones, materia que antes no se encontraba regulada, a salvo del contrato de concesión de obras públicas (en la Directiva 2004/18/CE). Por otro, se produce la aprobación de un nuevo texto completo de Directivas, ya que no se trata de simples modificaciones. Esto significa que se introducen tanto cambios muy relevantes como también cambios de detalle que, no obstante, modifican la regulación anterior. No se trata, tampoco, de una mera codificación de las Directivas anteriores, sino de nuevos textos normativos que constituyen un nuevo marco regulatorio de la materia de la contratación pública.

Así pues, se cambia el Derecho material sobre contratación pública, pero no el Derecho formal de garantía de los recursos. Las Directivas sobre recursos 89/665/CEE y 92/13/CEE siguen vigentes con diversas modificaciones que han sufrido a lo largo del tiempo, principalmente por la Directiva 2007/66/CE. Ahora también la Directiva sobre concesiones modifica estas Directivas en orden a adecuar las garantías de recursos especiales sobre contratación pública respecto de la regulación de las nuevas Directivas.

A todo ello debe añadirse la Directiva 2014/55/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública<sup>2</sup>. También sigue vigente la Directiva 2009/81/CE, sobre contratos en los ámbitos de defensa y de seguridad.

Mi exposición se va a centrar en el análisis de las novedades más relevantes de la Directiva «general», la Directiva 2014/24/UE, y de la Directiva sobre concesiones, Directiva 2014/23/UE, destacando aquellos aspectos principales que precisan de reforma en la normativa española, más en concreto en el TRLCSP<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> De forma más general, téngase en cuenta la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público.

<sup>3</sup> Para una visión general de las nuevas Directivas, la cuarta generación, son de resaltar los estudios de J. M. GIMENO FELIÚ, «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», en *REDA*, núm. 159/2013, págs. 39-105, y «Novedades en la nueva normativa comunitaria sobre contratación pública», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 161/2013, págs. 15-44; y de J. A. MORENO MOLINA y A. P. DOMÍNGUEZ ALONSO, «El nuevo Derecho de la Unión Europea sobre contratación

Antes de proceder a dicho análisis, procede enunciar tres cuestiones con carácter previo:

1.<sup>a</sup> La importancia de la exposición de motivos de la Directiva 2014/24/UE. Ésta tiene nada menos que 138 considerandos en los que explica su contenido. Pero muchas veces estos considerandos constituyen la interpretación que deben seguir los Estados a la hora de adaptar el contenido de la Directiva. Ejemplos de ello son el concepto de organismo de Derecho público (apartado 10 de la exposición de motivos), los contratos *in house* (apartado 31) y las modificaciones del contrato (apartado 107).

2.<sup>a</sup> La estructura de la Directiva. La Directiva ha ganado en claridad con su nueva estructura. Así, su Título I («Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales») recoge ahora los aspectos generales de la Directiva en 24 artículos. Luego, el Título II («Normas aplicables a los contratos públicos») regula los procedimientos refiriéndose primero a los mismos, así como a los instrumentos de contratación electrónica y agregada (Capítulos I y II), para luego seguir con el desarrollo del procedimiento, que se explica de forma ordenada: preparación, selección cualitativa, adjudicación y ejecución del contrato. El Título III se refiere a los regímenes de contratación particulares, que son principalmente dos: para los servicios sociales y otros servicios específicos y para los concursos de proyectos. El Título IV regula la gobernanza, con la previsión de que los Estados creen un órgano o autoridad sobre contratación pública; y, finalmente, el Título V contempla la delegación de poderes en la Comisión, las competencias de ejecución y las disposiciones finales, principalmente sobre plazos de transposición y entrada en vigor de la Directiva.

3.<sup>a</sup> La Directiva sigue manteniendo los umbrales de aplicación en razón de la cuantía de los contratos públicos (art. 4). Sin embargo, se corre de nuevo el peligro de realizar una aplicación rácana y a desgana de la Directiva, manteniendo o acentuando las abismales diferencias entre los contratos SARA y no SARA. Entiendo que una correcta transposición puede ir más allá debilitando la distinción entre contratos SARA y no SARA, o incluso rebajando, aunque fuere sólo con efectos internos, las cuantías establecidas en la Directiva. Por otra parte, procede recordar que el Derecho primario de la Unión Europea se aplica a to-

---

pública», en R. FERNÁNDEZ ACEVEDO y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 139-164. Asimismo, para una visión general, con especial referencia al ámbito local, me remito a J. A. MORENO MOLINA, «La nueva legislación europea sobre contratación pública y su impacto en las administraciones locales», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 161/2013, págs. 45-65.

dos los contratos públicos con independencia de su cuantía, y que también la doctrina del TJUE se refiere a los contratos no SARA<sup>4</sup>. Dos ejemplos de ello son, por un lado, que la utilización de sociedades y fundaciones públicas permite una «huida» del Derecho administrativo para gran parte de sus contratos sólo por el hecho de no superar el umbral comunitario y, asimismo, que el recurso especial se limita a los contratos SARA, cuando podía ser una vía relevante de control rápido y eficaz de un mayor número de contratos públicos<sup>5</sup>. Una transposición más abierta y que persiga un mayor control y transparencia de los entes del sector público redundará en una menor corrupción y en una mayor competencia, y también en que no sea necesario proceder en pocas fechas a una nueva (primera) modificación del nuevo texto legal.

Conviene adelantar que a la vista de la nueva regulación europea es inevitable que se apruebe una nueva ley sobre contratos públicos, sin que sea suficiente una modificación del TRLCSP<sup>6</sup>. Así también es hora que el Reglamento de 2001 sea adecuado a los cambios legislativos producidos desde aquella fecha, que de momento vienen solventados por la interpretación de los tribunales administrativos de contratación pública<sup>7</sup>.

## II. PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DE LAS DIRECTIVAS

La Directiva 2014/24/UE se refiere a los principios de la contratación<sup>8</sup> en su artículo 18.1, que dice así:

<sup>4</sup> A este respecto conviene citar la Sentencia del TJUE de 10 de julio de 2014, asunto C-358/12, que examina las exigencias para los contratos no SARA y, por consiguiente, con referencia a los preceptos de los Tratados, en un supuesto de exclusión de un licitador por impagos de cotizaciones de seguridad social.

<sup>5</sup> De nuevo, desde algunas Comunidades Autónomas se están dando pasos en la línea más correcta, que es el control de la Administración. Por ejemplo, la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, admite el recurso especial (denominado reclamación) para todos los contratos, y la Ley de Aragón 3/2011, de 24 de febrero (modificada por la Ley 3/2012, de 8 de mayo), lo permite para los contratos de obras superiores a un millón de euros y de servicios y suministros superiores a cien mil euros (nuevo art. 17). Para una valoración general me remito a J. M. GIMENO FELIÚ, «Los Tribunales Administrativos especiales en contratación pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón), ¿hacia un control efectivo de los contratos públicos?», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, cit., págs. 25-138.

<sup>6</sup> Y ello a pesar de las atinadas observaciones efectuadas por J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», en *REDA*, núm. 159/2013, págs. 25-36.

<sup>7</sup> Véase la opinión de E. HERNÁEZ SALGUERO, «Sobre la necesidad de abordar una regulación integral de la contratación pública en España», en *Observatorio de Contratación Pública*, 19/5/2014, referida al Reglamento de 2001.

<sup>8</sup> La anterior Directiva de 2004 se refería a ellos como principios de la adjudicación del contrato (art. 2).

*«Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.*

*La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos».*

La transparencia, ligada a la publicidad, recibe nuevo impulso<sup>9</sup>, dado que sólo una contratación pública transparente garantiza un mercado interior efectivo en el seno de la UE. Así también recibe un gran empuje el principio de competencia, que pasa a ser la piedra angular de la contratación, puesto que sin competencia o con competencia falseada no hay contratación que pueda ser reputada como válida.

Medidas de transparencia vienen recogidas en diversos artículos de la Directiva, pudiendo destacarse especialmente los artículos 48-55, agrupados bajo la Sección 2, sobre «Publicación y transparencia», de la que puede resaltarse aquí el artículo 55, referido a la información a los candidatos y licitadores. Pero la transparencia viene asimismo reflejada en el derecho de todos los posibles licitadores y candidatos a tener la información más completa sobre el contrato desde el principio, y también en la ejecución, donde cabe resaltar el nuevo régimen sobre modificaciones contractuales.

Por otra parte, las Directivas persiguen potenciar la innovación y mejorar la participación de las PYME en la contratación pública.

También, la Unión Europea es consciente de la enorme potencialidad de la contratación pública en relación con otros objetivos como son el empleo y el medio ambiente.

Estos principios y objetivos son los que deben guiar la transposición de las Directivas a España<sup>10</sup>. Se trata de tenerlos siempre presentes a lo

<sup>9</sup> Véase A. SÁNCHEZ GRAELLS, «El “nuevo” principio de competencia en la Directiva 2014/24: ¿un juego de presunciones?», en *Observatorio de Contratación Pública*, 9/6/2014, y «Reflexiones críticas en torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, cit., págs. 275-298.

<sup>10</sup> Un anticipo de esta asunción de los principios de la contratación pública puede verse en la Ley de Galicia 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, que dedica su Título II a la racionalización y reducción de costes en la contratación del sector público con preceptos tan elocuentes como su artículo 23: «Contratación transparente y que fomente la competencia»; artículo 25: «Contratación pública ecológica y socialmente responsable»; artículo 26: «Reserva de contratos a centros especiales de empleo y empresas de inserción sociolaboral»; artículo 28: «Contratación pública innovadora», y artículo 29: «Contratación accesible a las pymes y empresas incipientes».

largo de los diversos preceptos que vayan a redactarse, a fin de que se logre una contratación no sólo más eficiente, sino también más competitiva, más abierta y menos corrupta.

### 1. *La competencia*

La competencia, unida a la transparencia, constituyen el eje vertebral de la contratación pública. La Directiva no sólo la recoge como un principio de todas las fases de la contratación pública (por tanto, también de la ejecución), sino que aparece a lo largo de todo su articulado, bien de forma independiente o como corolario de los principios de igualdad y no discriminación.

Dentro de la competencia se encuentra el artículo 24, sobre conflicto de intereses. Y dentro de los motivos de exclusión, el artículo 57 recoge varios relativos a la protección de una libre competencia. Además, la competencia obliga a que los criterios de adjudicación sean claros y no vulneren la competencia efectiva (art. 67.4).

Es evidente que este nuevo impulso al principio de competencia debe verse reflejado asimismo en la futura ley de contratos públicos.

El TRLCSP recoge en su artículo 139 los principios de igualdad, transparencia y competencia al referirse a la adjudicación de los contratos, como antes efectuaba la Directiva 2001/18/CE. Sin embargo, la nueva Directiva de 2014 consagra estos principios de forma general y los califica como principios de la contratación. Ello supone que deben ser tenidos en cuenta en todas las fases de la contratación y no sólo en la adjudicación.

Por otra parte, el principio de competencia recibe un nuevo impulso que debe ser asimismo acogido por la normativa española. No se puede ocultar la relevancia del principio de competencia en la actualidad. Por un lado, las dificultades de detectar la corrupción, que ya de por sí se caracteriza por gestarse de forma oculta. Por otra parte, la crisis económica y financiera supone que muchos operadores económicos quieren optar a lo poco que se saca a licitación. ¿Eso supone que se va a ser más transparente por exigencia de las empresas de ser adjudicatarias de un contrato o pervivirá la corrupción? También en muchos casos las Administraciones públicas buscan que la ejecución de los contratos se realice por empresas territoriales de su ámbito estatal, regional o local; en definitiva, que se siga manteniendo el nivel de actividad empresarial y el empleo del respectivo territorio.

Sin embargo, las nuevas Directivas persiguen que se cree un mercado interior donde el principio de competencia sea efectivo, a cuyo

efecto han adicionado no sólo el principio, sino diversas disposiciones en que se concreta la efectividad del principio de competencia.

El principio de competencia aparece, por tanto, en diversos estadios del contrato<sup>11</sup> que es preciso volver a regular.

#### A) *Fase previa*

En la fase de preparación del contrato es necesario atender a los siguientes requerimientos:

- La división del contrato por lotes para evitar prácticas colusorias, que debe incorporarse a la normativa española.
- Elección del procedimiento de adjudicación: donde se produce una mayor apertura hacia la negociación. Pero ésta debe ser real y no atentar contra la competencia.
- Evitación de los procedimientos urgentes, que facilitan el contrato sólo para los operadores económicos previamente «avisados».
- Limitación del procedimiento negociado sin publicidad<sup>12</sup>.
- Fijación correcta de los umbrales para que el contrato no deje de ser SARA. Clarificar la problemática del valor estimado del contrato.
- Pliegos: claridad en su redacción y, asimismo, facilitación en formato electrónico a los operadores económicos. Es importante comprobar que los pliegos no puedan provocar por sí mismos situaciones de vulneración de la competencia.
- Necesidad de readecuar (a las Directivas) las disposiciones sobre especificaciones técnicas a fin de que no vulneren la apertura de la contratación a la competencia.
- Elaboración de documentos y proyectos por los operadores económicos que luego concurren a la licitación. Necesidad de precisar los límites, al igual que hace la Directiva.

<sup>11</sup> Véase al respecto el estudio de J. F. FERNÁNDEZ GARCÍA, «Contratación administrativa y libre competencia», en *REDA*, núm. 158/2013, págs. 89-125.

<sup>12</sup> En el ámbito local [véase M. M.<sup>a</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, «Selección de contratistas y adjudicación de contratos (con especial referencia a la Administración Local)», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 306/2008, págs. 31-65], los procedimientos contractuales más utilizados son el procedimiento negociado y el contrato menor (art. 138 TRLCSP). Y el artículo 176 TRLCSP contempla la división entre procedimiento negociado con publicidad (por debajo de las cuantías previstas en los artículos 171 a 175) y sin publicidad (por debajo de las cuantías previstas en el artículo 176: 200.000 euros en el contrato de obras y 60.000 euros para los restantes contratos). Por debajo de estas cuantías tenemos el contrato menor (50.000 euros para el contrato de obras y 18.000 para los restantes contratos).

- Duración del contrato: una duración muy larga no fomenta la competencia.

## B) *La licitación*

En primer lugar, deben tenerse en cuenta diversos aspectos sobre publicidad que están muy ligados a la competencia: a) necesidad de anuncios de licitación; y b) información que debe ofrecerse a los posibles licitadores o candidatos.

En la presentación de ofertas debe velarse por la posible realización de pactos colusorios, donde se plantea el problema de cómo regular y luego cómo ver si hay acuerdo entre los licitadores. De ahí que se permita limitar la participación en los diferentes lotes en que se divide un contrato.

Deben acogerse los diversos motivos que la Directiva contempla sobre exclusión de licitadores por prácticas contra la competencia, así como la disposición referida a los conflictos de intereses.

De las Directivas y de la jurisprudencia del TJUE se desprenden las siguientes determinaciones sobre exigencias de capacidad y solvencia técnica, financiera y profesional:

- Las exigencias deben ser adecuadas y proporcionales al objeto del contrato y a las características de la prestación.
- Excluir candidatos por exigencias «excesivas» o desproporcionadas constituye una vulneración legal. Así, puede verse la Resolución del TACRC de 23 de mayo de 2013 que estima el recurso y anula las cláusulas de un pliego por exigencias de solvencia económica y financiera excesivas. La Directiva aclara, por ejemplo, que es desproporcionado exigir como criterio de solvencia económica un volumen global de negocios superior al doble del valor estimado.
- Diferenciar entre criterios de aptitud o solvencia y criterios de adjudicación (Resolución del TACRC de 20 de junio de 2013). En determinados casos (como ocurre en el de la Resolución citada) cabe considerar como criterio de adjudicación (oferta de mayor número de oficinas que el mínimo exigido como solvencia) lo que excede del criterio de solvencia (número mínimo de oficinas).
- La territorialidad no puede ser un criterio de exclusión.

Los criterios de adjudicación deben ser objetivos y, por tanto, deben favorecer la competencia efectiva (art. 67.4 nueva Directiva). Así, los cri-

terios deben cumplir estos requisitos: a) han de ser objetivos; b) han de estar previstos en los pliegos y, además, con su ponderación; y c) han de guardar relación con el objeto del contrato.

Y la valoración se acomodará a estos imperativos: a) la valoración tiene que sujetarse a lo previsto en los pliegos; b) es preciso evitar la discrecionalidad excesiva de la Mesa de contratación; y c) la ponderación del precio debe ser adecuada: por ejemplo, la ilegalidad del «precio medio» y otras fórmulas que no priman la competencia ni valoran el esfuerzo que realizan los licitadores.

La Resolución del TACRC de 5 de junio de 2013 se refiere a criterios de adjudicación evaluables automáticamente y aquellos que no, lo que debe quedar claro en los pliegos. Además, plantea el problema de las mejoras, en relación con su consideración como criterio de adjudicación y su evaluación posterior. Por eso, para aceptar que las mejoras sean criterios de adjudicación deben estar específicamente expresadas en los pliegos, pero sobre todo deben especificar las pautas para su valoración, no sirviendo que, por ejemplo, se ponga una puntuación máxima (como los 30 puntos en el caso analizado en la Resolución citada).

Es obligado expresar la motivación de la adjudicación, a cuyo efecto cobra relieve lo dispuesto en el artículo 151.4 TRLCSP, con los límites de la confidencialidad del artículo 153 TRLCSP. La Directiva 2014/24/UE regula en similares términos a su precedente la información a los candidatos y a los licitadores (art. 55), con la novedad de que la información se debe facilitar en el plazo de quince días.

Hay que recordar que la Ley de Transparencia y Buen Gobierno crea el Portal de Transparencia como figura diferenciada del Perfil de Contratante (art. 53 TRLCSP) y de la Plataforma de Contratación del Estado (art. 334 TRLCSP, en su redacción anterior). Y su artículo 8.1.a) establece determinadas reglas sobre publicidad de contratos<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Este precepto dice así:

*«1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:*

*a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.*

*Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público».*

Además, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, modifica el artículo 334 TRLCSP para unificar el régimen de publicidad en la nueva Plataforma de Contratación del Sector Público (DA 3.ª LGUM)<sup>14</sup>.

### C) *Colaboración con las autoridades de competencia*

Es obligado cooperar con las autoridades de competencia, tal como ordena la DA 23.ª TRLCSP. Así, por ejemplo, puede tenerse en cuenta cómo la CNC impuso multas a 47 empresas del sector de la construcción por coludir en el ámbito de las licitaciones de obras públicas (año 2011), por un importe total superior a 47 millones de euros.

De la Directiva de 2014 ha desaparecido la denominada «Declaración de honor» de los licitadores de no haber participado en prácticas contrarias a la libre competencia y la promesa de no hacerlo (art. 22, sobre «Conducta ilícita», del proyecto inicial de Directiva de 2011). Ello no impide que esto se imponga en la legislación estatal o en los pliegos como obligación para los participantes en la licitación.

También deben tenerse en cuenta los diversos documentos de las autoridades de competencia estatal y autonómicas sobre competencia en la contratación pública<sup>15</sup>.

## 2. *La innovación*

La innovación constituye uno de los elementos esenciales de la nueva Directiva. Es uno de sus objetivos, porque se encuentra en la órbita, que sigue la Directiva, de la Estrategia Europa 2020, que persigue un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en Europa. Y para ello es imprescindible que Europa (y por ende los Estados miembros) pro-

<sup>14</sup> Véase al respecto J. M. GIMENO FELIÚ, «La obligación de publicidad de todas las licitaciones en la plataforma de contratos del sector público. Hacia una efectiva política de transparencia», en *Observatorio de Contratación Pública*, 12/5/2014.

<sup>15</sup> Así, cabe destacar los siguientes:

- CNC: «Guía sobre contratación pública y competencia» y «Aplicación de la Guía de Contratación y Competencia a los procesos de licitación para la provisión de la sanidad pública en España».
- Agencia Catalana de Competencia: «Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública».
- Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía: «Estudio sobre la contratación pública en la Comunidad Autónoma Andaluza desde el punto de vista de la competencia» y «Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza».

mueva un crecimiento inteligente donde la innovación tenga una significación sustantiva y relevante.

La apuesta por la innovación dentro de la contratación pública ya se encontraba presente en la Directiva 2004/18/CE y, sobre todo, la Comisión Europea ha sido consciente de la importancia de la investigación y desarrollo en las políticas europeas<sup>16</sup>.

La innovación aparece en el artículo 2, sobre definiciones, en su apartado 22, en los siguientes términos: «*“Innovación”*: introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

Se trata de una apuesta de la Directiva 2014/24/UE que, por tanto, no ha tenido aún pleno cobijo en toda su extensión en el TRLCSP y que la futura ley española deberá incorporar.

La Directiva 2014/24/UE introduce importantes modificaciones a este respecto, de las que cabe ahora resaltar las más importantes:

- El propio concepto de innovación del artículo 2.22, antes transcrito.
- El artículo 14, sobre servicios de investigación y desarrollo.
- Las modificaciones introducidas en los procedimientos de adjudicación, como el diálogo competitivo y el procedimiento de licitación con negociación, y la creación de un nuevo procedimiento, como la asociación para la innovación (art. 31).

Las previsiones de la Directiva han sido objeto de desarrollo y explicación en el documento de la Comisión Europea *Guidance for Public Authorities on Public Procurement of Innovation*, de 2014.

La compra pública innovadora tiene como documento de arranque la denominada *Guía sobre Compra Pública Innovadora*, editada por el Ministerio de Ciencia e Innovación, e informada favorablemente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa mediante Informe 37/2011, de 28 de octubre.

<sup>16</sup> Cabe citar a este respecto la Comunicación de la Comisión «Una estrategia amplia de innovación para la UE», de 2006, que expresaba la necesidad de potenciar la investigación y el desarrollo en la Unión Europea, a la que siguió en el año 2007 otra Comunicación, ya referida a la contratación, titulada «La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europea servicios públicos de alta calidad y sostenibles». Y, más recientemente, el Libro Verde sobre Modernización de la Política de Contratación Pública de la Unión Europea, de 27 de enero de 2011, insiste en esta materia.

La compra pública innovadora (CPI) es una actuación administrativa de fomento de la innovación orientada a potenciar el desarrollo de nuevos mercados innovadores desde el lado de la demanda, a través del instrumento de la contratación pública. Persigue los siguientes objetivos: a) la mejora de los servicios públicos mediante la incorporación de bienes o servicios innovadores; b) el fomento de la innovación empresarial; y c) el impulso a la internacionalización de la innovación empleando el mercado público local como cliente de lanzamiento o referencia.

Se trata de una compra comercial, bien pre-comercial o posterior, por lo que, en principio, parece que se refiere a bienes o productos, en el sentido de adquisición de bienes muebles o servicios.

La Guía citada señala que existen dos modalidades de actuación para la compra pública innovadora: a) la compra pública de tecnología innovadora, y b) la compra pública pre-comercial<sup>17</sup>.

En España, la compra pública innovadora fue incorporada en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, habiendo recibido nuevo impulso por medio de la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo), que incluso modifica con este fin varios preceptos de la Ley anterior. Y, finalmente, la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (Ley 14/2011, de 1 de junio) insiste también en ella.

Ahora, el TRLCSP de 2011 ha incorporado estas nuevas disposiciones y medidas y contiene la regulación vigente sobre los contratos públicos relacionados con el desarrollo y la innovación. Por un lado, su artículo 4, letra r), introducido por la Ley de Economía Sostenible, excluye de su ámbito «los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado», aunque exige para ellos el respeto a los principios de la contratación y, asimismo, que se adjudiquen a la oferta económicamente más ventajosa. Por otro, el artículo 13.2.b) contempla como uno de los supuestos del contrato de colaboración público-privada los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia, aunque no los considera como contratos SARA.

---

<sup>17</sup> En cualquier caso, estos contratos deben reunir los requisitos señalados en ambos preceptos y, además, deben ser solamente contratos de servicios, porque se trata de una contratación «pre-comercial». Así lo ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 13/2012, de 10 de mayo, en el que se concluye, por un lado, que estos contratos sólo pueden ser contratos de servicios, nunca de obras o de suministro o un contrato mixto, y, por otro, que para determinar qué se entiende por remuneración no importa que el órgano de contratación abone la prestación con las ayudas que haya obtenido para ello.

La renovación de las disposiciones sobre innovación debe ser profunda. Por un lado, para promover la competencia y asegurar así que se estimula la participación de empresas. Por otro, no debe olvidarse el papel de las PYME también en las tareas de innovación. La incorporación de los nuevos procedimientos, como la asociación para la innovación, permitirá gozar de nuevas herramientas y, asimismo, exigirá pulir los defectos o cortapisas de las actuales, siempre en aras de fomentar las actividades innovadoras.

### 3. *Las PYME*

La Unión Europea ha resaltado la importancia de las PYME en el tejido empresarial y económico. Por ello, la contratación pública no debe ser un medio en el que una supuesta eficiencia económica suponga dejar de lado a las PYME u otorgarles un lugar subordinado.

La Directiva muestra una gran preocupación por las PYME. Se trata de que los contratos públicos, en especial los de cuantía relevante, no les queden sustraídos. Por ello se adoptan importantes medidas de protección de su participación efectiva en la licitación de contratos públicos. No se trata de favorecer a las PYME burlando los principios de igualdad, no discriminación y competencia, sino de adoptar medidas que puedan favorecer su participación en las licitaciones con posibilidades de ser adjudicatarias de los contratos que se licitan.

La exposición de motivos de la Directiva hace referencia a diversos aspectos tendentes a esta finalidad. Y recuerda el documento de trabajo de la Comisión titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos», de 25 de junio de 2008.

Principalmente, se postulan las siguientes medidas:

a) División en lotes de los contratos (considerando 78 y art. 46). Además, la división del contrato en lotes constituye un instrumento de evitación de prácticas colusorias. Se exige no sólo dividir los contratos en lotes, sino también se permite limitar la participación y la adjudicación de los distintos lotes.

b) Proporcionalidad en la exigencia de requisitos de capacidad económica y financiera (considerando 83 y art. 38). Las exigencias deben ser proporcionales y, además, se imponen límites para la solvencia económica y financiera (art. 38.3)<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Hay que destacar cómo el principio de proporcionalidad en la exigencia de requisitos de capacidad económica y financiera ha sido contemplado por el TACRC en varias resoluciones

- c) Reducción de cargas administrativas de la contratación (considerando 84)<sup>19</sup>.
- d) Pagos directos al subcontratista (art. 71.3)<sup>20</sup>.

Así pues, todas estas medidas deben incorporarse a la normativa española.

Por otra parte, la centralización de compras y servicios por parte de las Administraciones públicas conlleva en muchas ocasiones la exclusión de las PYME de la contratación, especialmente cuando agrupa a multitud de entidades, se escoge a un solo contratista para cada contrato o los contratos son de larga duración. Recientemente, las asociaciones de PYME de diversos sectores han denunciado dicha centralización, que les coloca bien al borde la exclusión o, como mal menor, en el lugar de subcontratistas de la Administración, perdiendo en muchos casos la ejecución directa de los contratos como adjudicatarias<sup>21</sup>.

#### 4. *Objetivos ambientales y sociales*

La contratación pública no es una política pública abstraída o ajena de las demás políticas públicas. Y, por tanto, puede ser un medio relevante para cumplir objetivos ambientales y sociales<sup>22</sup>. La Directiva ha recogido esta preocupación y le ha dotado de singularidad en diversos momentos.

Así, dentro de los principios de la contratación, el artículo 18 recoge en su apartado 2 la garantía del control del cumplimiento de las obligaciones ambientales, sociales y laborales durante la ejecución del contrato. Y esta garantía tiene como respuesta la no adjudicación del contrato en caso de incumplimiento, tal como prevé el artículo 56.1, párrafo segundo. Pero, además, pueden ser tenidas en cuenta al contro-

---

en las que considera que los requisitos exigidos son excesivos y que vulneran el principio de proporcionalidad (de sus resoluciones más recientes cabe citar, por ejemplo, la Resolución 0548/2014, de 18 de julio; y la Resolución 0287/2014, de 4 de abril).

<sup>19</sup> La reducción de cargas administrativas es muy importante para las PYME. La legislación autonómica ha sido sensible a este problema y ha ido ofreciendo soluciones. Así, la Ley de Aragón 3/2011, de 24 de febrero (modificada por la Ley 3/2012, de 8 de marzo), permite la presentación de declaraciones responsables en lugar de documentación (art. 6). Y ello sin perjuicio de que el adjudicatario final del contrato deba presentar toda la documentación que se requiera en el condicionado. El TRLCSP acoge también esta solución en su artículo 146.4, añadido en 2013, que ha sido objeto de interpretación por Recomendación de la JCCA.

<sup>20</sup> Se trata de una vuelta a la acción directa prevista en el artículo 1597 del Código Civil.

<sup>21</sup> Así, la prensa ha dado cuenta de diversos informes de la Comisión Nacional de Competencia (y de los Mercados) advirtiendo de estos peligros en relación con los pliegos de centralización de servicios o compras.

<sup>22</sup> Vid. J. J. PERNAS GARCÍA, «La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, cit., págs. 345-379.

lar la ejecución del contrato (art. 70 Directiva). Otros ejemplos aparecen en el artículo 20, que se refiere a los contratos reservados a talleres protegidos u operadores económicos con fines de integración social; también en el artículo 43, sobre etiquetas ambientales o sociales, y en el artículo 62, sobre normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental.

La novedad más relevante es la incorporación como criterio de adjudicación del contrato del coste de ciclo de vida de un producto, servicio u obra (arts. 67 y 68), que se desarrollará más adelante.

Algunas de estas disposiciones provienen de la Directiva de 2004 y, por tanto, ya están previstas en gran parte en los artículos 118-120 del TRLCSP, que se refieren a estos aspectos ambientales, sociales y laborales. También el artículo 150 TRLCSP contempla dentro de los criterios de adjudicación las características ambientales o sociales.

Sin embargo, ahora la Directiva permite su control en la ejecución de todos los contratos SARA, aunque no se trate de contratos administrativos, puesto que el artículo 70 de la Directiva debe aplicarse asimismo a los contratos privados. Además, el peso de los criterios ambientales y sociales y del nuevo criterio de ciclo de vida debe ser recogido en la futura ley española.

Debe apuntarse, no obstante, el peligro de que la persecución de estos objetivos pueda ir en contra de la competencia y, por tanto, calibrar de forma adecuada su introducción<sup>23</sup>.

### III. ALCANCE Y ÁMBITO DE LAS DIRECTIVAS. ENCARGOS *IN HOUSE*

Bajo este amplio título cabe agrupar diversas realidades que obedecen al objetivo principal de que la Directiva se aplique a toda la contratación pública, destacando aquella que tiene un interés transfronterizo, a cuyo efecto juegan un papel decisivo los umbrales de aplicación. Sin embargo, la propia Directiva advierte que no está en su propósito ampliar el ámbito de aplicación de la anterior Directiva de 2004 (considerando 4).

Pero, a pesar de esta declaración, sí que cabe advertir la intención de la Directiva de aclarar, cuando menos, diversos conceptos que permitan evitar aquellas conductas que, como se ha ido viendo a lo largo

<sup>23</sup> La autoridad vasca de la Competencia ha emitido un informe, con fecha 17 de septiembre de 2013, en relación con la Norma Foral del Territorio Histórico de Gipuzkoa 4/2013, de 17 de julio, de incorporación de cláusulas sociales en los contratos de obras del sector público foral, en el sentido de que su contenido incluye unas obligaciones que pueden constituir una barrera de entrada no justificada al mercado de las licitaciones de obra pública en el Territorio Histórico de Gipuzkoa, que restringiría la libre competencia en dicho mercado.

de los años precedentes, pretenden escapar del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública.

Por un lado, desaparece la división entre servicios A y B. Estos servicios pasan a estar incluidos en la Directiva, aunque en algunos casos con una regulación especial, como ocurre con los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos (arts. 74-77). Hay, así pues, una ampliación de la Directiva.

Pero, además, la Directiva no se limita sólo a los aspectos de la preparación y adjudicación del contrato, sino que por primera vez entra en la ejecución del contrato, materia que hasta ahora había quedado fuera del Derecho de la UE. Tres son los aspectos de ejecución que aparecen regulados: a) condiciones de ejecución del contrato (art. 70); b) subcontratación (art. 71); y c) modificación del contrato (art. 72).

Dentro de las exclusiones de aplicación de la Directiva aparece una nueva regulación de los denominados contratos o encargos *in house* (art. 12), que sobre todo pretende incorporar aclaraciones derivadas de la jurisprudencia del TJUE, tal como advierte el apartado 10 de la exposición de motivos. El citado artículo 12 lleva como título el de contratos entre entidades del sector público y, en definitiva, excluye de la aplicación de la Directiva la actuación de las entidades del sector público por medio de entes propios e instrumentales siempre que se cumplan los requisitos de la Directiva.

La Directiva regula, en primer lugar, el supuesto clásico de encomienda por el poder adjudicador a un medio propio e instrumental. La adición más importante consiste en que se exige el cumplimiento de los tres requisitos (de todos ellos)<sup>24</sup> y, además, se especifican algunos as-

<sup>24</sup> Este apartado 1 dice así:

*«Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:*

- 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 más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador; y*
- c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.*

*Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del pá-*

pectos, principalmente que el ente instrumental realice el 80% de sus actividades para el poder adjudicador (apartado 1). La Directiva explica cómo se calcula dicho 80% (apartado 5).

Además, se contempla la posición inversa de que el ente instrumental encomiende una actividad al poder adjudicador; es decir, el encargo se efectúa a favor del poder adjudicador (apartado 2).

Así, también se prevé el supuesto de actuación de varios poderes adjudicadores que tienen de forma conjunta el control sobre un medio propio o instrumental de todos ellos<sup>25</sup>. Los requisitos vienen a ser los mismos que los del caso de control individual de un solo poder adjudicador. Y la Directiva especifica lo que significa un control conjunto.

Por último, el apartado 4 de este artículo 12 regula los contratos celebrados entre poderes adjudicadores. Los mismos quedan fuera del ámbito de la Directiva cuando se den las circunstancias señaladas en dicho precepto, muy similares a las antes transcritas.

Como puede verse de la lectura de este precepto de la Directiva, su transposición exige un cambio inmediato de lo dispuesto en los artículos 4.1.n) y 26.4 del TRLCSP. Por un lado, debe reducirse a sus justos límites la actividad de los entes instrumentales para que no quede excluida de la aplicación de las Directivas. Por otro, se regulan las encomiendas de los entes instrumentales a los poderes adjudicadores. Y, en tercer lugar, se abre una nueva regulación a los contratos (ahora si se quiere convenios) entre Administraciones públicas.

#### IV. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

##### 1. *Los procedimientos de adjudicación*

Se introducen importantes cambios respecto de los procedimientos de adjudicación. Principalmente, las novedades de la Directiva son las siguientes:

a) Se pretende flexibilizar y simplificar los procedimientos de adjudicación. Y, asimismo, se potencia el uso de medios electrónicos, en especial la presentación telemática de solicitudes.

---

*rrafo primero, letra a), cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador».*

<sup>25</sup> Véase al respecto la Sentencia del TJUE de 29 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11.

- b) Se añade un nuevo procedimiento: asociación para la innovación.
- c) Se incentiva la negociación. Se considera que los procedimientos con negociación son especiales, pero no excepcionales: diálogo competitivo y procedimiento de licitación con negociación. Estos dos procedimientos de negociación se ponen al mismo nivel.
- d) La denominación de procedimiento negociado con publicidad (así como su regulación) se sustituye por la de procedimiento de licitación con negociación.
- e) Se mantiene como único procedimiento excepcional el procedimiento negociado sin publicación previa.
- f) La regulación de los procedimientos especiales del diálogo competitivo y procedimiento de licitación con negociación se acercan al procedimiento restringido.
- g) Se mantienen las técnicas e instrumentos para la contratación electrónica y agregada: acuerdos-marco, sistemas dinámicos de adquisición, subastas electrónicas y centrales de contratación, figuras ya previstas en el TRLSCP (art. 148, sobre subastas electrónicas, y arts. 196 a 207, sobre los otros tres instrumentos). Se añaden ahora en la Directiva los catálogos electrónicos (art. 36), la compra pública esporádica (art. 38) y la compra con intervención de poderes adjudicadores de distintos Estados miembros (art. 39).

Por tanto, en la nueva Directiva de 2014 la clasificación de los procedimientos de adjudicación es la siguiente:

- a) Procedimientos ordinarios: abierto y restringido.
- b) Procedimientos especiales y con negociación: diálogo competitivo, procedimiento de licitación con negociación y asociaciones para la innovación.
- c) Procedimiento excepcional: procedimiento negociado sin publicación previa.

Me voy a referir a las novedades más relevantes de la nueva regulación europea.

### A) *El diálogo competitivo*<sup>26</sup>

La regulación del diálogo competitivo aparece, sobre todo, modificada en dos aspectos básicos:

- Los supuestos en los cuales se puede acudir a este procedimiento, que aparecen regulados de forma mucho más amplia que anteriormente y son los mismos que para el procedimiento negociado con licitación.
- El carácter de procedimiento con negociación que se atribuye al diálogo competitivo, lo que justifica su asimilación parcial al procedimiento negociado con licitación.

Por tanto, deberá reformarse la regulación española sobre las causas o situaciones que permiten acudir a este procedimiento (art. 180 TRLCSP), ahora recogidas en el artículo 26.4 de la Directiva.

Por el contrario, pocas modificaciones se introducen en la regulación del desarrollo de este procedimiento: asimilación al procedimiento restringido con invitaciones para participación (apartado 1 del art. 30), obligación de precisar los criterios de adjudicación desde el principio (apartado 2) y posibilidad de negociación (segundo párrafo del apartado 7). El TRLCSP ya recoge esta asimilación al procedimiento restringido (art. 181.2), pero no los otros aspectos.

### B) *El procedimiento de licitación con negociación*

La Directiva otorga una nueva denominación al anterior procedimiento negociado con publicidad y lo asimila al diálogo competitivo en cuanto a las causas que permiten utilizarlo y al procedimiento restringido en cuanto a la invitación a participar. Es un procedimiento especial al que puede acudirse en los casos del artículo 26.4 de la Directiva. Por tanto, ya no es excepcional.

Se caracteriza por la negociación del contrato, aunque se concibe con mayor apertura y variantes:

- Con publicidad y negociación (arts. 26.5 y 29).
- Con publicidad y sin negociación (arts. 26.5 y 29.4).
- Con publicidad y reducción de licitadores (arts. 26.5 y 29.6).

<sup>26</sup> Pueden verse al respecto los recientes trabajos de M. OLLER RUBERT, «Reflexiones sobre el diálogo competitivo», en *REDA*, núm. 157/2013, págs. 185-196; y de J. M. GIMENO FELIÚ, «Reflexiones en torno al procedimiento de diálogo competitivo: fundamento y prospectiva», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 170/2014, págs. 32-56.

Las situaciones que permiten utilizar este procedimiento son generales para todos los contratos públicos de obras, suministros y servicios (art. 26.4). Ahora se agrupan en dos causas generales:

1.<sup>a</sup> Decisión primera de acudir al procedimiento negociado sin ir a otro procedimiento (importantes modificaciones respecto a la regulación anterior; sobre todo mayor amplitud y flexibilidad): a) necesidades que no se pueden satisfacer con la adaptación de soluciones fácilmente disponibles; b) innovación; c) necesidad de mantener negociaciones previas; y d) imposibilidad de establecer con precisión determinados elementos de la prestación.

2.<sup>a</sup> Procedimiento negociado por fracaso del procedimiento abierto o restringido (muy similar a la anterior regulación, pero ahora se definen los supuestos y se elimina la prohibición de modificar las condiciones sustanciales del contrato inicial): a) ofertas irregulares; y b) ofertas inaceptables.

A la vista de la claridad de la regulación comunitaria debe acabar la complicada, y confusa a veces, regulación del TRLCSP del procedimiento negociado (arts. 169-178), donde se recogen supuestos comunes para todos los contratos y más adelante específicos para cada tipo de contrato público, para luego diferenciar las causas en las que acudir al procedimiento negociado con o sin publicidad. Ya no cabe identificar el procedimiento negociado sin publicidad con el procedimiento negociado con publicidad, más bien procedimiento de licitación con publicación previa. El procedimiento negociado sin publicidad tiene su propia regulación en la Directiva (arts. 26.6 y 32).

Este «nuevo» procedimiento de licitación con negociación exige que se justifique por qué se acude a él, para lo que será preciso que concurra una de las causas que lo permiten.

Por otra parte, los pliegos de contratación (contenido del art. 29.1 Directiva) deben fijar las condiciones de negociación<sup>27</sup>. El anuncio de licitación (art. 26.5 en relación con el art. 49 de la Directiva) debe publicarse en el *DOUE* (art. 51 Directiva) y en la Plataforma de Contratos del Sector Público (art. 52 Directiva). Existe también la posibilidad de sustituirlo por un anuncio de información previa, pero sólo para los poderes adjudicadores subcentrales (art. 26.5, párrafo 2.º) y siempre que el anuncio contenga la información del artículo 48.2 de la Directiva.

En definitiva, se sigue el procedimiento restringido y, por tanto, se invita a los operadores económicos interesados a confirmar su interés

---

<sup>27</sup> Por ejemplo, así lo ha exigido el TACPN en su Acuerdo de 14/6/2013.

(art. 26.5, párrafo 2.º) según el modelo del artículo 54 (que es el del procedimiento restringido).

El plazo de recepción de solicitudes de participación es de treinta días (art. 29.1), con posibilidad de reducción (como en procedimientos restringidos: art. 28.3-6 Directiva).

La invitación a participar en el procedimiento (art. 29.2) se realiza previa evaluación de la información suministrada en la solicitud de participación. El número mínimo de candidatos es de tres (art. 65)<sup>28</sup>, pero se exige que, en todo caso, se garantice una competencia real<sup>29</sup>. También se da la posibilidad de limitar el número de operadores participantes (como en procedimiento restringido: art. 65)<sup>30</sup>.

A continuación se abre el plazo para la presentación de ofertas iniciales, que es de treinta días. Presentadas las solicitudes iniciales, se comienza la negociación del contrato con los licitadores participantes. El objetivo de la negociación es completar las necesidades de los poderes adjudicadores que justificaron acudir a este procedimiento [art. 26.4, letra a), de la Directiva: innovación, precisar elementos del contrato, etc.]. Hay que insistir en que es preciso que haya una negociación, por lo menos una fase de negociación de las ofertas iniciales, aunque puede haber también varias fases de negociación.

Lo que no se puede negociar son los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación. Por tanto, es imprescindible que los pliegos de contratación fijen con claridad los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación. Las ofertas finales tampoco se pueden negociar (las presentadas tras la declaración del fin de las negociaciones). Por el contrario, se pueden negociar todos los demás aspectos, como las especificaciones técnicas o el resto de la documentación de la contratación (art. 29.5 Directiva)<sup>31</sup>.

Así pues, es posible negociar y cambiar todos los elementos, salvo los exceptuados de negociación<sup>32</sup>. Para ello deben respetarse los principios de igualdad de trato y de confidencialidad, lo que obliga a informar a todos los licitadores de los cambios que se lleven a cabo en la negociación.

También existe la posibilidad de reducir durante la negociación el número de ofertas. Para ello se establece, como requisito formal, la

---

<sup>28</sup> Sobre el número menor de candidatos, véase la doctrina de la STJUE de 15/10/2013 (C-138/08) y de los Informes de la JCCA 13/2007 y 21/2010.

<sup>29</sup> El problema de los empresarios locales puede verse explicitado en el Informe de la JCCA de Aragón 16/2012.

<sup>30</sup> Véanse al respecto los Informes de la JCCA 63/2008, sobre procedimiento restringido, y 6/2011, sobre diálogo competitivo.

<sup>31</sup> Véase al respecto el Informe de la JCCA 48/2009.

<sup>32</sup> Véase al respecto la STJUE de 5/12/2013.

necesidad de advertir previamente de esta posibilidad en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o en otro documento de la contratación; y, como requisito material, su aplicación conforme a los criterios de adjudicación.

La negociación se produce en fases sucesivas<sup>33</sup>, hasta su terminación, en que el poder adjudicador declara la finalización de la negociación, y comunica su decisión para la presentación de las ofertas finales.

Presentadas las ofertas finales, se procede a su examen, así como a la comprobación de que se ajustan a los requisitos mínimos y de que cumplen los requisitos de participación (art. 56.1 Directiva). También se evalúan dichas proposiciones según los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos de contratación (y que no se han podido negociar). Conforme a ello, se procede a la adjudicación del contrato por el órgano de contratación (arts. 67-69 Directiva), que deberá motivar la adjudicación<sup>34</sup>, con publicación del anuncio de la adjudicación del contrato en el *DOUE* y en la Plataforma de Contratos del Sector Público (art. 50 Directiva). El artículo 53.2 ha adicionado una letra d) por la que se ordena dar información en el plazo de quince días al licitador que haya presentado una oferta admisible, y así lo haya solicitado, sobre el desarrollo de las negociaciones.

Por último, es obligado hacer una referencia a una de las novedades de la Directiva, como es el procedimiento de licitación con negociación pero sin negociación. Como puede verse, es una *contradictio in terminis* que, no obstante, se admite si se ha indicado en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés. Cabe preguntarse si este procedimiento está pensado para los supuestos de ofertas irregulares o inaceptables en una primera fase, conforme al artículo 26.4.b) de la Directiva. En estos casos se aplican directamente los artículos 67 a 69 de la Directiva, sobre adjudicación, previa evaluación de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego.

### C) *El procedimiento negociado sin publicación previa*

Es un procedimiento absolutamente excepcional. Lo más importante es la publicidad y aquí no hay convocatoria de licitación. De ahí que ahora la Directiva separe de forma muy patente este procedimiento del anterior, incluso en su denominación.

<sup>33</sup> Véase el Informe de la JCCA de Cataluña 4/2005.

<sup>34</sup> Véase al respecto la Resolución del TACRC 176/2013.

En primer lugar, el artículo 26.6 de la Directiva contempla este procedimiento como excepcional y se remite a los supuestos en que se puede acudir a este procedimiento para todos los contratos públicos (art. 32 Directiva):

1) Fracaso de la primera licitación: falta de ofertas u ofertas inadecuadas (muy similar a la anterior regulación).

2) La prestación sólo la puede proporcionar un operador económico concreto:

- Obras de arte o actuaciones artísticas.
- No hay competencia por causas técnicas.
- Protección de derechos exclusivos, propiedad intelectual o industrial.

Las diferencias con la regulación anterior radican en que ahora se desdobra en tres causas para dar mayor precisión a este supuesto. Además, para los dos últimos supuestos se exige que no exista alternativa o sustituto razonable y que no se restrinja artificialmente la competencia.

3) Imperiosa urgencia (muy similar al anterior), con los siguientes requisitos: a) hechos imprevisibles; b) que no se puedan cumplir los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o de licitación con negociación; y c) causas no imputables a los poderes adjudicadores.

Seguidamente se establecen supuestos específicos para los distintos tipos de contratos públicos:

1) Para los contratos públicos de suministro (similar a la anterior regulación): a) Fabricación exclusiva para la investigación o desarrollo (por tanto, no cabe la producción en serie posterior). b) Entregas adicionales (antes denominadas complementarias). c) Suministros cotizados. d) Adquisiciones en condiciones especialmente ventajosas, como puede ocurrir en casos de cese de negocio o concurso o insolvencia o procedimiento similar.

2) Para los contratos públicos de servicios (similar a la regulación anterior): concurso de proyectos con adjudicación del contrato al ganador o a uno de los ganadores (todos participan en la negociación).

3) Para los contratos públicos de obras y de servicios repetidos sólo se recoge la letra b) de la regulación anterior, exigiéndose los siguientes requisitos:

- Requisitos formales: advertencia previa del uso de esta posibilidad y respecto de un procedimiento con convocatoria pública.
- Requisito material: obras o servicios adicionales, repetidos.
- Requisito temporal: en los primeros tres años de celebración del contrato.

Desaparece la letra a) del anterior artículo 31.4 de la Directiva 2004/18/CE, de «Obras y servicios complementarios», que pasa ahora a modificación del contrato [art. 72.1.b) actual, con los mismos términos].

El procedimiento se desarrolla igual que el procedimiento de licitación por negociación. La única diferencia es la ausencia de anuncio de licitación previa. Por tanto, debe haber negociación. La decisión final de conclusión da paso a la presentación de ofertas finales, tras la cual se procederá a su evaluación, y luego a la adjudicación del contrato. Finalmente, se publicará un anuncio de adjudicación del contrato.

#### D) *La asociación para la innovación*

Es evidente que la normativa española no contempla el procedimiento de asociación para la innovación, que debe ser adaptado en su reforma, dado que se trata de una de las novedades relevantes de la Directiva. El objetivo es abrir nuevos cauces procedimentales a los efectos de fomentar la innovación.

El artículo 31 de la Directiva lo regula de forma extensa, pudiéndose extraer del mismo las siguientes características principales del nuevo procedimiento de adjudicación:

- 1) Lo relevante es la innovación. De ahí las referencias a los derechos de propiedad intelectual e industrial, así como a la fijación del grado de innovación que se consigue y también a la confidencialidad.
- 2) Su objeto es la innovación, pero seguida de la compra, por lo que no es una compra pre-comercial, sólo de investigación y desarrollo.
- 3) Es un procedimiento con negociación.
- 4) Se siguen los trámites del procedimiento restringido y se asemeja en parte al procedimiento de licitación con negociación. Así pues, se inicia con las solicitudes de participación, a las que seguirán las invitaciones a presentar oferta, y luego se produce la negociación en fases sucesivas, hasta que termina con la presentación de la oferta definitiva y la selección de uno o varios socios. Conviene destacar que la negociación no puede versar sobre los requisitos mínimos ni sobre los criterios de adjudicación.

5) La adjudicación del contrato culmina con la formalización de un acuerdo entre el poder adjudicador y uno o más operadores económicos. Conviene aclarar que aunque la traducción española de la Directiva se refiere a «asociación», no debe tomarse este concepto en su tenor literal, sino que parece referirse más bien a un acuerdo de partenariado, sin necesidad de crear formalmente una asociación. El apartado 7 ofrece una gran libertad al referirse a la estructura de la asociación de forma muy abierta.

6) La ejecución se efectúa en fases sucesivas por la asociación, y el poder adjudicador se puede «descolgar» de la misma en sus diversas fases.

### E) *Los catálogos electrónicos*

La Directiva ha potenciado el uso de medios electrónicos en la contratación pública. Pero, además, ha incidido en los instrumentos de contratación electrónica, creando uno nuevo, que es el de los catálogos electrónicos (art. 36).

En el caso de utilización de medios de comunicación electrónicos (por tanto, no sólo en los casos propiamente dichos de contratación electrónica), los poderes adjudicadores pueden exigir que «las ofertas se presenten en forma de catálogo electrónico o que incluyan un catálogo electrónico».

Como puede verse, los catálogos constituyen un reforzamiento de la utilización de medios electrónicos (apartados 4 y 5) y, por tanto, se regula asimismo su uso respecto de los acuerdos-marco o de los sistemas dinámicos de contratación (apartado 6).

## 2. *El desarrollo del procedimiento de adjudicación*

La Directiva ha introducido importantes cambios en relación con el desarrollo del procedimiento de adjudicación. De nuevo, aquí voy a referirme únicamente a los que considero más relevantes.

### A) *Consultas al mercado*

El artículo 40, titulado «Consultas preliminares al mercado», dispone que «antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores podrán realizar consultas del mercado con vistas a prepa-

rar la contratación e informar a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación».

También se insiste en que los asesores de los poderes adjudicadores en la fase de preparación del contrato no participen luego directamente o asesoren, asimismo, a un operador económico que participe en la licitación. Como puede verse, se trata de una nueva medida a fin de conseguir una competencia real y efectiva.

### B) *Publicidad de la licitación*

Lo más relevante es que los poderes adjudicadores subcentrales pueden sustituir el anuncio de licitación en los procedimientos restringidos y de licitación con negociación por un anuncio de información previa que reúna los requisitos del artículo 48.2<sup>35</sup>. Este anuncio cubre un período de doce meses, salvo en el caso de contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos, que puede ser de superior duración.

### C) *Criterios de selección y motivos de exclusión*

Ante todo hay que destacar la importancia del artículo 56, que recoge los principios generales y diferencia entre los criterios de adjudicación (arts. 67 a 69) y los criterios de selección (arts. 59 a 61). Pero, además, la oferta debe cumplir siempre las condiciones exigidas en este precepto.

Se exige, asimismo, el cumplimiento de las condiciones ambientales, sociales y laborales<sup>36</sup>, puesto que en otro caso podrá no adjudicarse el contrato a la oferta más ventajosa.

<sup>35</sup> Las condiciones que se exigen en este apartado 2 son las siguientes:

- a) *que se refiera específicamente a los suministros, las obras o los servicios que serán objeto del contrato que vaya a adjudicarse;*
- b) *que mencione que el contrato se adjudicará por procedimiento restringido o negociado sin ulterior publicación de una convocatoria de licitación e invite a los operadores económicos interesados a que manifiesten su interés;*
- c) *que contenga, además de la información indicada en el anexo V, parte B, sección I, la información indicada en el anexo V, parte B, sección II;*
- d) *que se haya enviado para su publicación entre 35 días y 12 meses antes de la fecha de envío de la invitación a la que se hace referencia en el artículo 54, apartado 1».*

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, la Ley 15/2014, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, exige que en los contratos de servicios y suministros se tenga en cuenta la eficiencia energética (disposición adicional 13.<sup>a</sup>, disposición final 7.<sup>a</sup> y Anexo).

En cuanto a los motivos de exclusión, se acentúa la exigencia de medidas de defensa frente a la corrupción y del principio de competencia<sup>37</sup>. Y los criterios de selección son los tres siguientes (art. 58.1):

- Habilitación para ejercer la actividad profesional.
- Solvencia económica y financiera
- Capacidad técnica y profesional.

Se insiste en que son criterios de participación, no criterios de adjudicación, que deben ser proporcionados al objeto del contrato.

Las novedades se encuentran en la creación de un «documento europeo único de contratación» (art. 59), cuyo formulario será redactado por la Comisión y entrará en vigor en el año 2018. Asimismo, se valida como nueva figura el «depósito de certificados en línea (e-Certis)» (art. 61).

La normativa española tendrá que incorporar todas estas novedades, por más que la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, ya haya modificado el TRLCSP en materia de solvencia, aunque la entrada en vigor de su artículo 4 se haya retrasado al 15 de enero de 2015<sup>38</sup>.

#### D) *Criterios de adjudicación del contrato*<sup>39</sup>

Se mantiene el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, que permite utilizar solamente el precio o coste o adicionar otros requisitos que se especifican en el artículo 67. No obstante, se acentúa la preponderancia del criterio de la mejor relación calidad-precio (considerandos 89 y 90 de la Directiva).

Llama la atención la entrada como criterio de adjudicación de la experiencia, en los siguientes términos: «*la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato*». Conviene introducir matices para la incorporación de este criterio de adjudicación. La experiencia de la empresa y también el personal mínimo y su cualificación son un criterio

<sup>37</sup> Así lo resalta T. MEDINA ARNÁIZ, «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: Perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, cit., págs. 324-335.

<sup>38</sup> La Abogacía General del Estado ha emitido un informe, de fecha 4 de febrero de 2014, para explicar el régimen transitorio aplicable con motivo de la publicación de la Ley 25/2013.

<sup>39</sup> Vid. R. FERNÁNDEZ ACEVEDO y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, cit., págs. 199-274.

de solvencia, mientras que el aumento o adición de elementos respecto de dicha solvencia pueden ser considerados un criterio de adjudicación.

Adquiere especial relieve, como novedad, el criterio del ciclo de vida, que es definido en los siguientes términos:

*«“Ciclo de vida”: todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización» (art. 2.20).*

Su cálculo se regula en el artículo 68. No obstante, el empleo de este criterio depende de la determinación del modo de su cálculo a través de reglamentos europeos.

En cualquier caso, los criterios de adjudicación tienen que estar vinculados al objeto del contrato, deben garantizar la existencia de una competencia efectiva y, asimismo, los pliegos de contratación recogerán su ponderación efectiva.

#### E) *Ofertas anormalmente bajas*

Por otra parte, el artículo 69 se refiere a las ofertas anormalmente bajas con una regulación algo diferente de la anterior. Así se especifican entre los criterios a tener en cuenta los aspectos ambientales, sociales y laborales del artículo 18.2 y los de la subcontratación del artículo 71. Además (y es otra novedad más patente), el incumplimiento de las obligaciones del artículo 18.2 da lugar en todo caso al rechazo de la oferta (párrafo 2.º del apartado 3).

Mientras la propuesta inicial de la Comisión limitaba las bajas económicas al 20% del presupuesto de licitación e incorporaba un sistema de determinación de la temeridad similar al del Reglamento de 2001, ahora la Directiva permite toda baja económica, sin perjuicio de su justificación.

### F) *Publicidad de la adjudicación e información*

La Directiva contempla la publicación de anuncios de adjudicación de los contratos (art. 50) y, asimismo, la información que debe brindarse a los participantes en los procedimientos de adjudicación (art. 55). La principal novedad es fijar un plazo de quince días para responder a la solicitud de información. Así también, esta información se extiende a las negociaciones y al diálogo competitivo.

### 3. *Regímenes específicos*

Ya se ha advertido cómo la Directiva 2014/24/UE ha suprimido la diferencia entre servicios prioritarios y no prioritarios (A y B). No obstante, esta distinción se mantiene en parte porque determinados servicios (los servicios sociales y otros servicios específicos del Anexo XIV) están sometidos a disposiciones particulares.

Por otra parte, ha incorporado una nueva regulación sobre determinados contratos de servicios, como son los relativos a servicios sociales y otros fines específicos, suprimiendo la división entre los Anexos A y B. Las modificaciones esenciales para los contratos de servicios sociales son las siguientes:

- a) La fijación de un umbral de 750.000 euros, bastante más elevado que para el resto de los contratos de servicios.
- b) La inclusión de un mayor número de servicios en el nuevo anexo de referencia (Anexo XIV).
- c) Se exige que se dé a conocer la intención de celebrar estos contratos mediante la publicación de un anuncio de información previa. Además, se debe publicar un anuncio de la adjudicación (art. 73).
- d) Son de aplicación a la adjudicación de los principios de la contratación: transparencia e igualdad de trato (art. 76.1).
- e) Se concede libertad en el procedimiento de adjudicación (art. 76).
- f) Se contempla la posibilidad de contratos reservados para determinados servicios (art. 77).

#### 4. *La tramitación electrónica*

La Directiva efectúa una apuesta importante por la tramitación electrónica de los procedimientos de contratación, además de introducir los denominados catálogos electrónicos.

Así, el artículo 22 recoge las normas aplicables a las comunicaciones, que deberán estar en aplicación en los años 2017-2018.

Se mantienen las subastas electrónicas (art. 35) y se incorpora la figura de los «catálogos electrónicos», a que me he referido más arriba (art. 36).

Así también, el artículo 53 se refiere a la disponibilidad electrónica de los pliegos de contratación.

Además, el documento europeo único de contratación sólo se ofrecerá en formato electrónico (art. 59.2).

Con todo ello se pretende tramitar electrónicamente la contratación «de extremo a extremo»<sup>40</sup>, no solamente con la publicación electrónica de los condicionados, sino con las notificaciones electrónicas, y especialmente la recepción de ofertas en formato electrónico.

#### V. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Por vez primera, la Directiva traspasa el umbral de la adjudicación para regular determinados aspectos de la ejecución de un contrato. Y, en concreto, se refiere a los siguientes:

- El cumplimiento de las obligaciones impuestas para su ejecución (art. 70).
- Subcontratación (art. 71).
- Modificaciones del contrato (art. 72).
- Resolución de los contratos (art. 73).

La novedad más trascendente es la contenida en el artículo 72, sobre modificación de los contratos. España ya se adelantó en parte con la reforma introducida por la LES y luego incorporada al TRLCSP. La Directiva ofrece acogida normativa a lo que antes sólo era una doctrina del TJUE, aunque de forma parcial<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Así, puede verse la Comunicación de la Comisión «Contratación pública electrónica de extremo a extremo para modernizar la administración pública», de 26/6/2013 [COM (2013) 453 final].

<sup>41</sup> Véase al respecto F. J. VÁZQUEZ MATILLA, «La modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia», en *Revista de Estudios Locales*, núm. 161/2013,

El punto de partida es la limitación del *ius variandi*, dado que se entiende que en principio cualquier modificación del contrato constituye una nueva adjudicación y, por tanto, debiera seguir los procedimientos de adjudicación previstos.

Así pues, no se precisa «iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación de conformidad con la presente Directiva» (art. 72.1, encabezamiento) cuando se dé alguna de las circunstancias expresamente previstas en este precepto. En los demás casos es obligado iniciar nuevo procedimiento de adjudicación, como lo prescribe de forma expresa el apartado 5 de este precepto.

Los supuestos de modificación que se aceptan son los siguientes:

- 1) Modificaciones previstas en los pliegos de contratación.
- 2) Modificaciones imprevistas para obras, servicios o suministros adicionales, con el límite del 50%.
- 3) Modificaciones imprevistas cuando reúnan las tres condiciones fijadas: necesidad no prevista por un poder adjudicador diligente, no alteración sustancial y no exceder del 50% del valor del contrato.
- 4) Supuestos de modificación subjetiva, muy limitados.
- 5) Modificaciones no sustanciales, de cualquier valor.

Por eso, el apartado 4 de este precepto recoge los supuestos que se consideran modificación sustancial, que impiden la modificación del contrato.

No obstante, se permite la modificación del contrato, aunque fuera sustancial, y sin necesidad de reunir los requisitos establecidos para las modificaciones previstas e imprevistas, siempre que no se altere la naturaleza global del mismo, cuando no se superen de forma acumulativa los dos umbrales siguientes (apartado 2): los umbrales del artículo 4 y el 10% del valor inicial del contrato de suministros o de servicios y el 15% del contrato de obras. En definitiva, se crea un umbral de *minimis*.

En este punto, la Directiva no ha profundizado las exigencias de la doctrina del TJUE, lo que provoca que el artículo 72 sea un tanto confuso, obligando a acudir a las consideraciones que se contienen en el considerando 107 de la Directiva; en definitiva, volver a interpretar la modificación de los contratos (ahora el citado art. 72) conforme a la jurisprudencia del TJUE.

---

págs. 551-575. Desde una perspectiva más amplia, son de gran interés las sugerencias que efectúa J. L. MEILÁN GIL, «Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», en *RAP*, núm. 191/2013, págs. 11-41.

Por tanto, la transposición de la Directiva requiere de cautela en este punto, de modo que no se proceda a dar fuerza a la «posibilidad» de modificar contratos como una resurrección del casi desaparecido *ius variandi*, que aparece ya muy limitado en el TRLCSP.

## VI. SUPERVISIÓN DE LOS CONTRATOS

Se propone la creación a nivel interno de una autoridad u organismo encargado de la supervisión de los contratos. Se trata de analizar el cumplimiento de las normas sobre contratación pública.

De la supervisión, regulada en el artículo 83, cabe resaltar varias cuestiones:

- 1.<sup>a</sup> Sus resultados deben ponerse a disposición del público.
- 2.<sup>a</sup> Debe facilitarse información y ayuda a los operadores económicos sobre aplicación de las normas de contratación pública.
- 3.<sup>a</sup> Deben conservarse copias de todos los contratos de valor superior a un millón de euros en suministros y servicios y de diez millones de euros en obras. Y el acceso a estos contratos es público, garantizándose en todo caso la confidencialidad de los datos.

De nuevo, la Directiva impone obligaciones mínimas, que en el caso de España se ven superadas por las exigencias de la Ley de Transparencia y Buen Gobierno. Seguramente, la nueva ley de contratos públicos sea buena ocasión para poner en relación los controles sobre la contratación pública y los derechos de información de los ciudadanos, arbitrando medios que hagan efectiva la transparencia. Además, puede establecerse una conexión entre la información del Portal de Transparencia y del Perfil de Contratante, facilitando al ciudadano y al licitador la búsqueda de aquella información que precisen o deseen.

## VII. GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

La gestión de los servicios públicos plantea diversos problemas que hoy en día se han visto acrecentados por la aprobación de las nuevas Directivas sobre contratos públicos y concesiones.

La gestión de los servicios públicos tiene, por fin, que encarar la aprobación del nuevo marco europeo. Si hasta ahora había quedado, al menos parcialmente, fuera del ámbito de aplicación de las Directi-

vas sobre contratación pública, en el futuro también se le va a aplicar la Directiva de contratos de concesión (Directiva 2014/23/UE)<sup>42</sup>.

El TRLCSP ha mantenido la figura del contrato de gestión de servicios públicos, cuyo concepto se caracteriza por su gran indefinición (art. 8 TRLCSP). Ya desde el primer momento se han planteado problemas respecto de su distinción con los contratos de servicios, puesto que la jurisprudencia comunitaria ha ido ofreciendo criterios de delimitación entre los contratos de servicios y las concesiones, siendo indiferente el hecho que se trate o no de la gestión de servicios públicos. Por otra parte, los modos de gestión de los servicios públicos, incluso los directos, tampoco han escapado del examen del TJUE, con motivo de las encomiendas o encargos *in house*.

### 1. *Los modos de gestión de los servicios públicos: gestión directa*

Tradicionalmente se ha venido diferenciando entre los modos de gestión directa o indirecta de los servicios públicos, de los que es buen ejemplo la normativa local; así, el artículo 85 de la LRBRL. Como señala este precepto, la gestión directa se encuentra excluida de la normativa contractual, por entender que la realiza directamente la propia entidad local. Por el contrario, la gestión indirecta se remite al contrato de gestión de servicios públicos previsto y regulado en el TRLCSP.

Sin embargo, esto no es así, dado que también la gestión directa puede estar sometida a la normativa comunitaria sobre contratación pública cuando no se encuentra incluida dentro del supuesto de excepción previsto en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE. Ya más arriba he advertido cómo este precepto introduce nuevos límites a la posible exclusión de su aplicación respecto de estos encargos a entes que sean medios técnicos y propios. También la Directiva sobre concesiones se refiere en su artículo 17 a estos supuestos de gestión directa por medios propios.

Por tanto, deben tenerse en cuenta estos nuevos límites a los efectos de establecer de forma correcta la utilización de esta vía y, por tanto, la exclusión de la aplicación de las normas sobre contratación pública.

Cualquier adjudicación (encargo) que se produzca fuera de estos estrictos límites constituye una vulneración grave del Derecho de la UE, por cuanto que supondrá la adjudicación de un contrato a un operador

---

<sup>42</sup> Es preciso advertir que la anterior regulación de la Directiva general (Directiva 2004/18/CE) sobre concesiones de obras pasa ahora a esta nueva Directiva, que abarca de forma general todas las concesiones, de obras y de servicios.

económico sin seguirse los procedimientos dispuestos en ambas Directivas y, sobre todo, sin la publicidad necesaria.

## 2. *Gestión indirecta: concesiones y contratos de servicios*

Los servicios públicos también pueden ser objeto de gestión indirecta, que se realiza por medio de un contrato. Dicho contrato, según la normativa española (TRLCSP), es un contrato de gestión de servicios públicos, categoría desconocida en el Derecho sobre contratación pública de la UE. Según éste, el contrato de gestión de servicios públicos puede ser bien un contrato de servicios o bien una concesión.

La regulación del TRLCSP está absolutamente en línea con lo dispuesto en la LRBRL, como puede verse no sólo por lo dispuesto en el artículo 8, sino también y de forma más concreta por el contenido de sus artículos 275 y 277. Además, contiene disposiciones dedicadas de forma específica a estos contratos, que asimismo están sometidos al recurso especial en materia de contratación pública (no a la cuestión de nulidad).

De ahí que en numerosas ocasiones se haya planteado la distinción entre contratos de servicios y concesiones para ver en cuál de estas categorías comunitarias encaja un supuesto concreto de contrato de gestión de servicios públicos<sup>43</sup>. Y las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa continúan ocupándose de forma reiterada de esta cuestión<sup>44</sup>.

La distinción es trascendental no sólo por la aplicación de un régimen normativo material u otro (el de los contratos de servicios o el de las concesiones), sino también por su sometimiento con diferentes criterios al control por parte de los tribunales administrativos sobre contratación pública.

No pueden negarse los problemas que pueden derivarse de la transposición de las Directivas en este punto, tal como señala de forma muy crítica M. FUERTES LÓPEZ<sup>45</sup>. Sin embargo, el Derecho español no puede

---

<sup>43</sup> Véase M. M.<sup>a</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, «Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de futuro)», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161/2014, págs. 37-74.

<sup>44</sup> La actualidad, y reiteración, de esta cuestión problemática puede verse en el Informe de la JCCA de Cataluña 13/2014, de 22 de julio, que versa sobre la calificación como contrato de servicios o contrato de gestión de servicios públicos de un contrato que tiene por objeto la producción y la organización de un festival de música. El Informe concluye que el contrato puede ser calificado bien como contrato de servicios o como contrato de gestión de servicios públicos en función de la concurrencia de requisitos que definen cada uno de esos tipos de contrato conforme a la jurisprudencia del TJUE, ahora recogida en la Directiva 2014/23/UE.

<sup>45</sup> M. FUERTES LÓPEZ, «Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los con-

estar en contradicción con el Derecho de la UE en este aspecto trascendental, más aún cuando ya se ha aprobado la Directiva sobre concesiones.

Así pues, las Directivas europeas diferencian varios supuestos de gestión de servicios públicos:

- a) Servicios públicos no económicos de interés general. Quedan excluidos de las Directivas.
- b) Servicios públicos económicos calificados como contratos de servicios. Se rigen por la Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, aquí la Directiva regula de forma diferenciada los servicios sociales.
- c) Servicios públicos económicos calificados como concesiones. Se rigen por la Directiva 2014/23/UE.

#### A) *Los contratos de servicios*

La Directiva 2014/24/UE regula de forma detallada la preparación y adjudicación de estos contratos, que se encuentran totalmente sometidos a ella, cuando superen el umbral comunitario (130.000 euros para poderes adjudicadores centrales y 207.000 para los subcentrales).

Por otra parte, ha incorporado una nueva regulación sobre determinados contratos de servicios, como son los relativos a servicios sociales y otros fines específicos, suprimiendo la división entre los Anexos A y B, ya expuesta más arriba.

#### B) *La concesión*

Las dificultades para la aprobación de la Directiva 2014/23/UE se vislumbran ya desde sus primeros preceptos, donde se resalta la libertad de administración de las autoridades públicas (art. 2) y la libertad de definir los servicios de interés económico general (art. 4), así como en el amplio número de exclusiones que se contemplan (arts. 10-17).

La Directiva ofrece el concepto de concesión de servicios (también el de concesión de obras, que ahora se regula en esta Directiva). Su artículo 5.1.b) la define en los siguientes términos: «*Concesión de servicios*»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempla-

---

tratos de servicios)», en *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 227-228).

*das en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago».*

La característica principal de las concesiones y la que las diferencia de los contratos de servicios es la contrapartida y no el modo de gestión. Esto es algo que ya venía ofreciendo la Directiva 2004/18/CE para las concesiones de servicios (art. 1.4 de esta Directiva de 2004) y, por tanto, en este punto la modificación es nula.

La diferencia principal viene dada por la asunción de la doctrina del TJUE que ha venido perfilando un concepto más estricto de concesión, a fin de evitar que muchos contratos de servicios sean calificados de forma errónea como concesiones.

La exposición de motivos de la Directiva de concesiones, en sus considerandos 18 a 20, recoge y explica dicha jurisprudencia. Por ello se ofrece una importante aclaración al concepto, que matiza de forma muy importante, de modo que muchos contratos, a pesar de la contrapartida (ya no digamos de la forma de gestión), van a ser contratos de servicios y no concesiones (contratos de gestión de servicios públicos, en la denominación del TRLCSP). Y el concepto nuevo que se adiciona es el de riesgo operacional<sup>46</sup>. El segundo apartado del artículo 5.1.b) dice así:

*«La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable»<sup>47</sup>.*

<sup>46</sup> X. LAZO VITORIA señala que ésta es la reforma de mayor calado de la Directiva («El futuro del mercado concesional en Europa», en *Revista CEFLEGAL*, núm. 154/2013, págs. 143-144).

<sup>47</sup> VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA explica el contenido de este precepto en los siguientes términos: «Es decir, conforme a la Directiva proyectada, para que un contrato se considere concesión —y, por ende, se rija por esa norma— es preciso que el concesionario cumulativamente asuma de forma muy significativa, o bien el riesgo de demanda, o bien el riesgo de

Se fija un único (en las propuestas se preveían varios umbrales) umbral por importe de 5.186.000 euros (art. 8).

El régimen material a que se somete a las concesiones es el siguiente:

a) Principios de adjudicación: se han de respetar los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia y proporcionalidad (art. 3).

b) La duración de la concesión debe ser limitada, haciéndose referencia a un plazo de cinco años, a partir del cual debe justificarse otra duración en función de la amortización de la inversión (art. 18).

c) Se establece la libertad de elección del procedimiento de adjudicación (art. 30), siempre que se respeten los principios de contratación. Por tanto, la Directiva 2014/23/UE no se refiere a los procedimientos de adjudicación como la Directiva 2014/24/UE.

d) La publicidad tiene como primera manifestación los anuncios de concesión (art. 30). Se prevén dos tipos de publicidad: anuncio de licitación (apartado 1), con la excepción de los casos de solicitudes o propuestas inadecuadas (apartado 5), y anuncio de información previa para los servicios sociales y demás servicios del Anexo IV (apartado 3). Además, no puede exigirse publicidad previa en los casos del apartado 4 (que se asemejan a los del procedimiento negociado).

e) La segunda manifestación de la publicidad es el anuncio de adjudicación, que es obligado en todo caso, aunque para los supuestos de concesiones de servicios sociales y otros servicios del Anexo IV pueden ser agrupados trimestralmente.

f) Se establecen criterios de selección de los concesionarios (art. 38) y criterios de adjudicación (art. 41); estos últimos de forma totalmente abierta y, además, con previsiones específicas para el caso de innovación (art. 41).

g) También la ejecución de la concesión recibe regulación: subcontratación (art. 42), modificaciones (art. 43) y resolución (art. 44).

La propuesta que cabe elevar en este punto es la de suprimir el contrato de gestión de servicios públicos con todas sus variantes y con-

---

disponibilidad, que son los riesgos precisos para que la concesión pueda considerarse como leasing operativo, y en consecuencia quedar fuera del balance de la Administración, según la normativa SEC 95 de Eurostat. No se incluye expresamente el riesgo de construcción (retrasos en la construcción, sobrecostes, incumplimiento de estándares de calidad, deficiencias técnicas y externalidades negativas), que ha de asumirse también mayoritariamente por el concesionario si se pretende que la infraestructura no consolide en las cuentas públicas» («Proyecto de Directiva de concesiones», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 32/2012, pág. 58).

templar un único contrato de concesión de servicios, cuando haya transferencia de riesgo operacional. En otro caso será un contrato de servicios.

### 3. *Concesión de servicios y recursos especiales*

La Directiva de concesiones incluye a las concesiones de servicios dentro del ámbito de aplicación de las Directivas de recursos, para lo cual modifica estas Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE. Así pues, las concesiones (aquí contratos de gestión de servicios públicos) que superen el umbral podrán ser impugnadas por la vía de los recursos especiales, precontractual y contractual, ante los tribunales administrativos especializados.

El problema se plantea respecto de la elevada cuantía del umbral. La transposición directa de la Directiva de concesiones supondría un paso atrás en el conocimiento por parte de los tribunales administrativos de los recursos especiales en materia de contratación pública, dado que en la actualidad dicho límite viene fijado en el importe de 500.000 euros de presupuesto de gastos de primer establecimiento (al que debe añadirse el segundo requisito de que la concesión exceda de cinco años).

Por tanto, mi propuesta es la de ampliar las competencias de los tribunales administrativos por debajo de los umbrales comunitarios y, en ese caso, mantener, cuando menos, el importe del contrato de servicios (y además como único requisito) para acceder al recurso especial.

