

## **COMENTARIO A LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (I)**

**Jerónimo Martínez García**

**Secretario General del Ayuntamiento de Toledo**

**Ana Isabel Elez Gómez**

**Jefa de Servicio de Contratación y Patrimonio de la Consejería de Hacienda y  
Administraciones Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha**

Fecha de finalización de trabajo: noviembre de 2015

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

Se trata de tres Directivas materiales, ya 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).

A este respecto, 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); y por otro lado, 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.

Conforme a lo, 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

**GABILEX**  
**Nº4**  
**DICIEMBRE 2015**

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. También sigue vigente la Directiva 2009/81/CE, sobre contratos en los ámbitos de defensa y de seguridad.

#### **I.PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE**

La Directiva 2014/24/UE se refiere a los principios de la contratación, en su artículo 8.1, que dice así:

*«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 un gran impulso, 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. Se trata de tenerlos siempre presentes a lo 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 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 atender contra la competencia.

Evitación de los procedimientos urgentes, que facilitan el contrato sólo para los

**GABILEX**  
**Nº4**  
**DICIEMBRE 2015**

operadores económicos previamente «avisados».

- Limitación del procedimiento negociado sin publicidad. 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.

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

**GABILEX**  
**Nº4**  
**DICIEMBRE 2015**

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 criterios 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

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).

### ***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.

## **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) promueva 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.

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.

## **3. Las PYME**

La Unión Europea ha resaltado la importancia de las PYME en el tejido empresarial y económico. Por ello,

**GABILEX**  
**Nº4**  
**DICIEMBRE 2015**

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.

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).

b) Reducción de cargas administrativas de la contratación (considerando 84).

c) Pagos directos al subcontratista (art. 71.3).

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.

#### **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. 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 controlar 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

**GABILEX**  
**Nº4**  
**DICIEMBRE 2015**

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.

## **II. 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 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

**GABILEX**  
**Nº4**  
**DICIEMBRE 2015**

medio propio e instrumental. La adición más importante consiste en que se exige el cumplimiento de los tres requisitos (de todos ellos) y, además, se especifican algunos aspectos, 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. 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.

### **III. 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.
- 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.

**GABILEX**  
**Nº4**  
**DICIEMBRE 2015**

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.

#### **IV. EL DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN.**

La Directiva ha introducido importantes cambios en relación con el desarrollo del procedimiento de adjudicación.

- a) Consultas al mercado (art. 40)
- b) Publicidad de licitaciones. (art. 48.2)
- c) Criterios de selección y motivos de exclusión (art. 56)
- d) Criterios de adjudicación del contrato ( 67,68 , 89 y 90)
- e) Ofertas anormalmente bajas(art. 69)
- f) F) Publicidad de la adjudicación.
- g) Regímenes específicos (Anexo XIV, 73, 7677)

#### **V. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS**

1.- El cumplimiento de las obligaciones impuestas para su ejecución (art. 70)

Subcontratación (art. 71)

Modificación (art. 72)

Resolución (art. 73)

#### **VI. SUPERVISIÓN DE LOS CONTRATOS.**

(art. 83)

#### **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 Directivas sobre contratación pública, en el futuro también se le va a aplicar la Directiva de contratos de concesión (Directiva 2014/23/UE).

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 antes 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 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).

**GABILEX**  
**Nº4**  
**DICIEMBRE 2015**

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 Y las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa continúan ocupándose de forma reiterada de esta cuestión".

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. Sin embargo, el Derecho español no puede 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 contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción

**GABILEX**  
**Nº4**  
**DICIEMBRE 2015**

*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. El segundo apartado del artículo 5.1.b) dice que *«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»*

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

**GABILEX**  
**Nº4**  
**DICIEMBRE 2015**

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: sub-contratación (art. 42), modificaciones (art. 43) y resolución (art. 44).

La propuesta que cabe elevar en este punto es la de suprimir el contemplar 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, lo conveniente sería 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.