

Hacia una contratación pública local eficiente

Miguel Ángel Bernal Blay



Convocatoria de Premios de Investigación
2013 Desarrollo Local

Indice

Introducción.....	7
I.- Condicionantes de la potestad contractual de las Entidades Locales.....	15
1.- El nuevo régimen competencial de las Entidades Locales.	15
A).- Competencias municipales.....	17
B).- Competencias provinciales.....	22
2.- “Consecuencias contractuales” derivadas del nuevo régimen competencial en el plano contractual.....	24
A).- Coordinación provincial de prestación de servicios.....	24
B).- Prestación del servicio de contratación centralizada por las Diputaciones Provinciales.	28
II.- La contratación de las Entidades Locales en el nuevo marco regulador de la contratación pública.	31
1.- El nuevo paquete legislativo europeo en materia de contratación.	31
A).- Contexto de la reforma.	31
B).- Objetivos.	35
C).- Principales novedades que se incorporan en las nuevas Directivas.....	38
a).- Simplificación y flexibilización de los procedimientos de contratación.....	38
b).- Promoción de la contratación electrónica.....	42
c).- Utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos.....	43
d).- Mejora del acceso al mercado de los contratos públicos para las pequeñas y medianas empresas.	47
e).- Ejecución de los contratos.....	48
f).- Gobernanza.....	50

g).- Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión.....	52
2.- La contratación de los «poderes adjudicadores sub-centrales».....	53
A).- El concepto de «poder adjudicador sub-central»....	56
B).- Especialidades de los contratos de los «poderes adjudicadores sub-centrales» en la nueva Directiva.	59
III.- La necesidad de un régimen especial para la contratación de las Entidades Locales.	65
1.- La simplificación de los procedimientos de adjudicación de las Entidades Locales.....	65
A).- Algunos ejemplos de lo tedioso que pueden llegar a ser los procedimientos de adjudicación.	66
B).- Medidas ya adoptadas para la simplificación de los procedimientos.	68
a).- Tramitación simplificada.....	69
b).- Reducción de cargas.....	71
2.- Nuevos modelos de organización de la compra pública local.....	79
A).- La contratación centralizada y sus posibilidades.....	80
B).- La cooperación horizontal como nueva fórmula de organización local.....	87
a).- La cooperación intermunicipal.....	89
b).- Requisitos que justifican la exclusión de las relaciones de cooperación horizontal del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública.....	92
C).- La ejecución de contratos con medios propios.	102
a).- Requisitos que justifican la exclusión de este tipo de negocios del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos.	107

b).- El control sobre los medios propios ejercido de forma conjunta por varios poderes adjudicadores.....	112
3.- La profesionalización de los agentes que intervienen en la contratación.	121
A).- La distribución de la competencia para contratar.	122
B).- La profesionalización de los órganos técnicos que asisten a los órganos de contratación.	131
IV.- Una consideración final de orden sistemático.....	137
ANEXO I.- Códigos NUTS (Reglamento núm. 1059/2003) en España.	141

Introducción.

El presente trabajo trae causa de la convocatoria por Decreto de la Presidencia de la Excma. Diputación Provincial de Zaragoza núm. 381, de 18 de febrero de 2013 de los Premios a la Investigación 2013 de Desarrollo Local (publicado en BOPZ de 6 de marzo de 2013). En respuesta a dicha convocatoria fue presentada una memoria de investigación con el título «Hacia una contratación pública local eficiente», que resultó adjudicataria de uno de los premios (BOP 131, de 11 de junio de 2013).

La elección del tema propuesto no fue casual. La actividad contractual de las Administraciones públicas representa un importante porcentaje de su presupuesto, por lo que se hace necesario mejorar, cada vez más, los procesos de gestión de esa actividad con el objetivo de hacer un uso eficiente de los fondos públicos.

No obstante, la normativa contractual del sector público es compleja, y su aplicación precisa de un alto nivel de especialización y actualización. Además, ese marco normativo contractual es muy inestable, y como muestra de ello, pueden contabilizarse hasta ocho modificaciones del Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público aprobada en octubre de 2007:

- Apenas un mes después de aprobarse, el TRLCSP quedaba modificado por la Orden EHA/3479/2011, de 19 de diciembre, por la que se publican los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación del sector público a partir del 1 de enero de 2012¹.

¹ Dicha modificación tenía una incidencia directa sobre la calificación de algunos contratos como sujetos a regulación armonizada.

- Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013²;
- Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo³;
- Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas⁴;
- Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros⁵.
- Ley 10/2013, de 24 de julio, por la cual se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios⁶.

² Su disposición vigésima octava añade un apartado nuevo, el 3, a la disposición adicional vigésima octava del TRLCSP.

³ Se modifican los artículos 216.4, 222.4, y la disposición adicional decimosexta apartado 1º, letra f) y se añaden dos nuevas disposiciones adicionales, la trigésima segunda y trigésima tercera. El Real Decreto Ley 4/2013, y las modificaciones y nuevas disposiciones introducidas al TRLCSP fue posteriormente convalidado por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo que además modificaría el artículo 228.5, del TRLCSP.

⁴ Su disposición final decimotercera añade la disposición adicional trigésima cuarta al TRLCSP.

⁵ Su disposición final quinta modifica el artículo 316.3, deja sin efecto el artículo 322, incluye una nueva disposición adicional, trigésimo quinta y una nueva disposición transitoria novena.

⁶ Su disposición final octava añade un apartado cuarto a la disposición adicional vigésima octava del TRLCSP.

- Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo⁷.
- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización⁸.

Y eso no es todo, ya que todavía se anuncian nuevas reformas a corto plazo, con ocasión de la futura Ley de facturación electrónica⁹ o la Ley de garantía de la unidad de mercado¹⁰. A medio plazo también podemos esperar una profunda reforma de la normativa de contratos del sector público, como consecuencia de la aprobación de nuevas Directivas en materia de contratos públicos, que muy probablemente serán aprobadas en Diciembre de 2014 y para cuya transposición está previsto un plazo máximo de dos años. Con este panorama, ya comienza a demandarse un Texto refundido del Texto refundido, o alternativamente, un Código de contratación pública suficientemente flexible para que pueda ser estable. Muy interesantes resultan en este sentido las palabras de J.A. SANTAMARÍA PASTOR:

⁷ Se convalida el Real Decreto-ley 4/2013 y se modifica además el artículo 228.5 del TRLCSP.

⁸ Se modifican artículos 59.1, 65.1 y .5, 96.2 y .3, 102.5, 216.6 y .8, y la Disposición Transitoria Cuarta Se añade un nuevo artículo 228 bis, dos nuevos apartados 4 y 5 al artículo 146, y una nueva letra d) al artículo 32.

⁹ Una enmienda a la Disposición Final Tercera del Proyecto de Ley de facturación electrónica pretende incorporar una nueva modificación del TRLCSP en relación con la clasificación de contratistas y los medios de acreditación de su solvencia económica y técnica. Una de las principales novedades que presentan esta enmienda es que para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario, aunque las actuales clasificaciones podrán utilizarse por los contratistas para acreditar su solvencia (modificación del art. 65.1 TRLCSP). Además, el informe de instituciones financieras desaparece (art. 75 TRLCSP) como forma de acreditar la solvencia económica.

¹⁰ Esta disposición crea la Plataforma de Contratación del Sector Público que sustituirá a la Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 334 TRLCSP. En la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

“La evolución acelerada de la normativa de contratos públicos ha seguido una senda de continuo incremento en extensión y complejidad, generando unos cuerpos legales enormes, confusos e inextricables en el que muy pocos saben orientarse. Ello ha llevado a consecuencias disfuncionales sumamente graves: la creación de un ambiente de inseguridad jurídica, la eliminación virtual de la jurisprudencia como fuente de interpretación y de cobertura de lagunas y, sobre todo, la aparición de niveles crecientes de incumplimiento y desconocimiento de la normativa, con el riesgo asociado, para los gestores públicos, de ser imputados por supuestos delitos de prevaricación.

Y, en contrapartida, esta legislación no ha logrado un grado de consecución mínima de los objetivos que supuestamente ha perseguido: no ha conseguido crear un auténtico mercado único de compras públicas; no ha disminuido un ápice el nivel de corrupción; no ha logrado más que muy parcialmente la unificación de regímenes jurídicos; y; desde luego, no ha agilizado los procedimientos de contratación, sino todo lo contrario.

En definitiva, la historia de la legislación de contratos públicos es la crónica de un completo fracaso. Hemos creado, para alojar el mercado de compras públicas, un hogar enorme e inhóspito, incómodo, constrictivo y complicado de entender y gestionar, rasgos que explican, aunque no justifiquen, los intentos de salirse del mismo; y; para mayor pesimismo, un hogar que se ha terminado convirtiendo en una suerte de establecimiento penitenciario, donde son severamente abortados todos los intentos de fuga, y que no tiene perspectiva alguna de desaparecer, porque ello requeriría que las instituciones comunitarias reconociesen su fracaso en una política en la que han puesto tanto empeño”¹¹.

Por si eso no fuera poco, la Administración local debe hacer frente, además, a un proceso de reforma organizativa y competencial, un proceso de racionalización y sostenibilidad, si utilizamos los términos del Proyecto de Ley actualmente en tramitación.

¹¹ “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, en el número 159 de la Revista Española de Derecho Administrativo (Julio – Septiembre 2013), pp. 25 a 36.

Para la elaboración de esta memoria de trabajo de investigación ha tomado en cuenta los procesos de renovación de la normativa sobre contratación pública y sobre régimen local y ha tratado de presentar sus novedades y cómo afectan a la actividad contractual de las Administraciones locales. Para ello se ha tomado en cuenta, por una parte, el texto de compromiso final de la Propuesta de Directiva de contratos de obras, servicios, suministros aprobado por el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) el 17 de julio de 2013, y por otra, el Texto del Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en su versión aprobada por la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 7 de noviembre de 2013.

Según consta en la convocatoria de los Premios de Investigación, «el trabajo deberá atender a los objetivos del Departamento de Asistencia y Asesoría a Entidades Locales de la Excma. Diputación Provincial de Zaragoza, cuyo fin es la cooperación, asistencia y prestación de servicios a los municipios, especialmente a los de menor capacidad económica y de gestión, y a las comarcas de la provincia de Zaragoza, en materia jurídico-administrativa, económica y financiera y de obras y servicios, atendiendo en todo caso a criterios de solidaridad y equilibrio territorial». Las labores de asistencia se concretan, en el asesoramiento jurídico, administrativo, económico, financiero y técnico a todas las entidades locales de la provincia, su territorio». El trabajo de investigación que ahora se presenta se encuentra perfectamente alineado con los objetivos del Departamento de Asistencia y Asesoría a Entidades Locales de la Excelentísima Diputación Provincial de Zaragoza, concretados en la Base tercera de la Convocatoria, ya que el mismo incluye, por una parte, el análisis de cuestiones sobre las que las Entidades locales pueden solicitar asesoramiento (especialmente de tipo jurídico, administrativo y técnico) al Departamento de Asistencia y Asesoría a Entidades Locales de la Diputación Provincial de Zaragoza, así como un conjunto de propuestas *lege ferenda* que podrían presentarse por el Departamento, en su función de observatorio, en el inminente proceso de reforma de la normativa sobre contratación pública como consecuencia de la necesidad de incorporar al

ordenamiento español nuevas propuestas de Directivas sobre la materia.

En el trabajo se pone de manifiesto la necesidad de un régimen de contratación "adaptado" para las Entidades que conforman la Administración Local. En atención al tamaño, los recursos y las necesidades de las entidades locales o poderes adjudicadores "subcentrales", como los denomina la nueva Directiva, deben diseñarse procesos de contratación pública simplificados y flexibles, en aras de que la actuación de dichas entidades pueda ser eficiente.

Por cuanto se refiere a la estructura del trabajo, los distintos epígrafes que lo componen han sido sistematizados tomando como referencia los procesos de reforma que se encuentran actualmente en tramitación. Así, en primer lugar, se analiza el nuevo régimen contractual de las entidades locales que prevé el antecitado Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y las consecuencias que, desde el punto de vista contractual, se derivan del mismo. Especial atención se presta en este apartado a la prestación por parte de las Diputaciones provinciales del servicio de contratación centralizada a los municipios de menos de 20.000 habitantes, así como a la coordinación provincial de la prestación de determinados servicios, también en dichos municipios.

A continuación se da cuenta de las principales novedades que introducirá la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos públicos, y se analizan las particularidades que, respecto de los contratos de los poderes adjudicadores subcentrales, incorpora dicha Directiva.

EL tercer capítulo trata de sistematizar un régimen de contratación adaptado a la Administración local. Pivota ese apartado en torno a tres grandes ideas: la simplificación de los procedimientos (y aquí se analizan las principales medidas, algunas ya implantadas, que permitirían agilizar la tramitación de los procedimientos de contratación); la utilización de recursos organizativos como instrumentos para la mejora de la contratación (aprovechando las posibilidades de centralización de compras, o la colaboración horizontal y vertical con otras entidades); y la profesionalización de los agentes que intervienen

en los procesos de compra pública (con especial atención a la composición de las mesas de contratación).

Como epílogo, se recoge una consideración acerca del tratamiento sistemático que, una nueva Ley de contratos debería dar al régimen jurídico de los contratos de la Administración Local.

En Cariñena (Zaragoza), a 29 de noviembre de 2013.

Miguel Ángel Bernal Blay
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

I.- Condicionantes de la potestad contractual de las Entidades Locales.

1.- El nuevo régimen competencial de las Entidades Locales¹².

Como consecuencia de la situación de crisis económica que afecta a nuestro país, se vienen impulsando una serie de reformas en multitud de ámbitos administrativos. La Administración local no escapa a ese proceso de reforma, y por ello han sido incluidas algunas medidas relacionadas con la misma en el marco del Programa de estabilidad 2012-2015 impulsado por el Gobierno de España y el Programa Nacional de reformas 2012, ambos adoptados en Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012. En particular, el Programa Nacional de reformas 2012 incluyó dentro del objetivo general de “eliminar duplicidades y aumentar la eficiencia de las Administraciones públicas”, la “racionalización del número de Ayuntamientos” plasmada en la “delimitación de competencias locales y su financiación” y la “agrupación de municipios en función de población”. Por lo que a la “delimitación de competencias locales y su financiación” respecta, se aludía en el citado documento (epígrafe 20, pp. 94 y 95) a que las Entidades Locales han ido asumiendo a lo largo del tiempo competencias más allá de las establecidas en su normativa reguladora, lo que ha supuesto cargas presupuestarias muy elevadas, sin que estuviera garantizada adecuadamente su financiación. Por ese motivo se planteaba la necesidad de delimitar las competencias de la Administración Local, eliminar duplicidades y garantizar una financiación sostenible de las Entidades Locales, utilizando para ello la reforma de la legislación básica de régimen local.

Después de sucesivos borradores, continuamente modificados, finalmente el Consejo de Ministros de 26 de julio de 2013 aprobó el Anteproyecto de Ley de racionalización y

¹² El contenido de este apartado ha sido redactado tomando en consideración el Proyecto de Ley Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (texto aprobado por la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados publicado en el BOCG el 7 de noviembre de 2013)

sostenibilidad de la Administración Local ¹³ y lo remitió al Congreso de los Diputados para su tramitación, donde tuvo entrada el día 2 de agosto.

Los objetivos de la reforma, plasmados en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley, son:

- clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio «una Administración una competencia»,
- racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso, y
- favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas.

Respecto al objetivo de clarificar las competencias locales y avanzar en el principio «una Administración una competencia», la propuesta de reforma trata de evitar los problemas de solapamiento competencial entre Administraciones. En este sentido, como a continuación se verá, el texto enumera un listado de materias en relación con las cuales los municipios han de ejercer, en todo caso, competencias propias, estableciéndose una reserva formal de ley para su determinación, así como una serie de garantías para su concreción y ejercicio. La idea que trasluce en el fondo es que las entidades locales no deben volver a asumir competencias que no les atribuya la Ley y para las que no cuenten con la financiación adecuada. Únicamente podrán ejercer competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del municipio, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública.

¹³ El Consejo de Estado emitió el 26 de junio su Dictamen 567/2013 sobre el Anteproyecto.

Junto a la depuración de competencias municipales, el Proyecto de Ley declara su intención de reforzar el papel de las Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos insulares o entidades equivalentes. Esto se lleva a cabo mediante la coordinación por las Diputaciones de determinados servicios mínimos en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes, o la atribución a éstas de nuevas funciones como la prestación de servicios de recaudación tributaria, administración electrónica o contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes, su participación activa en la elaboración y seguimiento en los planes económico-financieros, o las labores de coordinación y supervisión, en colaboración con las Comunidades Autónomas, de los procesos de fusión de Municipios.

A).- Competencias municipales.

La modificación prevista del art. 25 LRBRL configura un listado de materias sobre las que los municipios ejercerán competencias en todo caso. El apartado 2 de dicho artículo determina esas materias:

a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.

b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.

c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.

d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.

e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.

f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios.

g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.

h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.

i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante.

j) Protección de la salubridad pública.

k) Cementerios y actividades funerarias.

l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.

m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales.

n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.

ñ) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

La determinación de las competencias municipales sobre las materias señaladas se atribuye a la correspondiente Ley, estatal o autonómica, atendiendo a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera. La Ley determinará la competencia municipal propia de que se trate, garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública.

La LRBRL establece además una serie de servicios municipales obligatorios, escalados en atención a la población del municipio (art. 26.1 LRBRL):

a) En todos los Municipios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.

b) En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.

c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.

d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.

Además de las competencias propias, los municipios también podrán ejercer competencias por delegación del Estado y de las Comunidades Autónomas, cuando de esa manera se mejore la eficacia de los servicios prestados. La efectividad de la delegación requerirá su aceptación por el Municipio interesado, una vez conozca el alcance, contenido, condiciones y duración de aquella (que no podrá ser inferior a cinco años), así como el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante¹⁴ y los medios personales, materiales y económicos, que ésta asigne para su ejercicio.

Las competencias susceptibles de delegación aparecen enunciadas en el art. 27.3 LRBRL,

a) Vigilancia y control de la contaminación ambiental.

b) Protección del medio natural.

c) Prestación de los servicios sociales, promoción de la igualdad de oportunidades y la prevención de la violencia contra la mujer.

d) Conservación o mantenimiento de centros sanitarios asistenciales de titularidad de la Comunidad Autónoma.

¹⁴ Para dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados, la Administración delegante podrá dictar instrucciones técnicas de carácter general y recabar, en cualquier momento, información sobre la gestión municipal, así como enviar comisionados y formular los requerimientos pertinentes para la subsanación de las deficiencias observadas. En caso de incumplimiento de las directrices, denegación de las informaciones solicitadas, o inobservancia de los requerimientos formulados, la Administración delegante podrá revocar la delegación o ejecutar por sí misma la competencia delegada en sustitución del Municipio. Los actos del Municipio podrán ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración delegante.

e) Creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil.

f) Realización de actividades complementarias en los centros docentes.

g) Gestión de instalaciones culturales de titularidad de la Comunidad Autónoma o del Estado, con estricta sujeción al alcance y condiciones que derivan del artículo 149.1.28.a de la Constitución Española.

h) Gestión de las instalaciones deportivas de titularidad de la Comunidad Autónoma o del Estado, incluyendo las situadas en los centros docentes cuando se usen fuera del horario lectivo.

i) Inspección y sanción de establecimientos y actividades comerciales.

j) Promoción y gestión turística.

k) Comunicación, autorización, inspección y sanción de los espectáculos públicos.

l) Liquidación y recaudación de tributos propios de la Comunidad Autónoma o del Estado.

m) Inscripción de asociaciones, empresas o entidades en los registros administrativos de la Comunidad Autónoma o de la Administración del Estado.

n) Gestión de oficinas unificadas de información y tramitación administrativa.

o) Cooperación con la Administración educativa a través de los centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

En cualquier caso, a la delegación debe acompañar la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación. Importante cautela es la que se incluye en el art. 27.6 proyectado como medida de salvaguardia de la suficiencia financiera para el ejercicio por los municipios de competencias por delegación de las Comunidades Autónomas: "El incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración autonómica delegante facultará a la entidad local delegada para compensarlas automáticamente con otras obligaciones

financieras que ésta tenga con aquélla". No está previsto, en cambio, que esa misma solución se aplique en el caso de que el incumplimiento de las obligaciones financieras lo sea en relación con competencias delegadas por la Administración General del Estado. Como complemento de lo anterior, se prevé una nueva cautela que garantice el pago a las Entidades locales de los gastos derivados del ejercicio de competencias delegadas por las Comunidades Autónomas. En el nuevo artículo 57.bis que se introduce en la LRBRL se señala que los convenios de delegación de competencias celebrados entre las Comunidades Autónomas y las entidades locales que impliquen obligaciones financieras o compromisos de pago a cargo de las Comunidades Autónomas, deberán incluir "una cláusula de garantía del cumplimiento de estos compromisos consistente en la autorización a la Administración General del Estado a aplicar retenciones en las transferencias que les correspondan (a las Comunidades Autónomas) por aplicación de su sistema de financiación". Este tipo de cláusulas, aplicables igualmente a la prórroga de los acuerdos de delegación de competencias actualmente vigentes, deberán establecer los plazos para la realización de los pagos comprometidos, para la reclamación por parte de la entidad local en caso de incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma de la obligación que hubiere contraído y para la comunicación a la Administración General del Estado de haberse producido dicho incumplimiento¹⁵.

El ejercicio de competencias adicionales a las propias o a las que se ejerzan por delegación queda sujeto a que "no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública" (art. 7.4 LRBRL). Como medida de garantía, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en los que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

¹⁵ El procedimiento para la aplicación de las retenciones y la correspondiente puesta a disposición a favor de las Entidades locales de los fondos retenidos a las Comunidades Autónomas se regulará mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

B).- Competencias provinciales.

Por cuanto respecta a la delimitación de las competencias propias de las Diputaciones Provinciales, lo primero que llama la atención del nuevo art. 36.1 es la combinación, de competencias funcionales con otras de carácter material:

a) La coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada a que se refiere el apartado a) del número 2 del artículo 31.

b) La asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión. En todo caso garantizará en los municipios de menos de 1.000 habitantes la prestación de los servicios de secretaría e intervención.

c) La prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal y el fomento o, en su caso, coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios de su respectivo ámbito territorial. En particular, asumirá la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5.000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20.000 habitantes, cuando éstos no procedan a su prestación.

d) La cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito.

e) El ejercicio de funciones de coordinación en los casos previstos en el artículo 116 bis.

f) Asistencia en la prestación de los servicios de gestión de la recaudación tributaria, en periodo voluntario y ejecutivo, y de servicios de apoyo a la gestión financiera de los municipios con población inferior a 20.000 habitantes.

g) La prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes.

h) El seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios de su provincia. Cuando la Diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o

prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes.

i) La coordinación mediante convenio, con la Comunidad Autónoma respectiva, de la prestación del servicio de mantenimiento y limpieza de los consultorios médicos en los municipios con población inferior a 5000 habitantes.

Además de las citadas en el art. 36.1, debemos recordar que a las Diputaciones provinciales o entidades equivalentes se encomienda la coordinación de la prestación de determinados servicios en los municipios con población inferior a los 20.000 habitantes. En concreto, el art. 26.2 LRBRL se refiere a los servicios de:

- a) Recogida y tratamiento de residuos.*
- b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.*
- c) Limpieza viaria.*
- d) Acceso a los núcleos de población.*
- e) Pavimentación de vías urbanas.*
- f) Alumbrado público.*

Las Diputaciones Provinciales podrán optar por diversas formas de gestión de esos servicios: prestación directa o a través de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas, aunque la decisión definitiva sobre la forma de gestión dependerá del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, al que la Diputación Provincial elevará una propuesta conformada con los Municipios afectados. No obstante, cuando la Diputación o entidad equivalente acredite en un informe, a petición del municipio, que éste puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión decidida por la Diputación provincial o entidad equivalente, el municipio podrá asumir la prestación y coordinación de estos servicios.

Cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la

Diputación o entidad equivalente, será a ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios.

En todo caso, se indica en la Disposición Adicional quinta del Proyecto de Ley, que deberá respetarse la organización comarcal en aquellas Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de autonomía atribuyan a dichas entidades la gestión de servicios supramunicipales.

2.- “Consecuencias contractuales” derivadas del nuevo régimen competencial en el plano contractual.

Por pequeña que sea, se impone una breve reflexión sobre las consecuencias que, desde el punto de vista contractual, derivan del nuevo reparto de competencias diseñado por el Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. En particular, sobre las consecuencias que, desde el punto de vista contractual plantean a) la coordinación de la prestación de los servicios a los que se refiere el art. 26.2 por parte de las Diputaciones Provinciales, así como b) la prestación del servicio de contratación centralizada en los municipios de menos de 20.000 habitantes a que se refiere el art. 36.1.g.

A).- Coordinación provincial de prestación de servicios.

Ya hemos visto cómo, tras enunciar los servicios municipales de prestación obligatoria, el art. 26 prevé la posibilidad de que las Diputaciones provinciales o entidades equivalentes coordinen la prestación de los relativos a la recogida y tratamiento de residuos; abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales; Limpieza viaria; acceso a los núcleos de población; pavimentación de vías urbanas y alumbrado público en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes.

La asunción de esta labor de coordinación está sujeta a la realización previa de multitud de trámites y elaboración de informes. Primero ha de recabarse la conformidad de los municipios afectados, que podrán no obstante solicitar la prestación del servicio por sí mismos, acreditando que pueden

prestarlo con un coste efectivo menor al derivado de la fórmula de gestión elegida por la Diputación. La Diputación elevará una propuesta al Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas optando por alguna de las formas de prestación a las que se refiere el art. 26.2: prestación directa por la Diputación o gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. La contratación, a través de contratos de gestión de servicios público o de simples contratos de servicios parece que encajaría igualmente como forma de prestación directa de los servicios por parte de la Diputación. Finalmente, el Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada, que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera.

No parece que se planteen especiales problemas en relación con la coordinación provincial de los servicios indicados cuando su establecimiento haya de hacerse *ex novo*, bien porque nunca fueron prestados, bien porque la forma de prestación de los mismos con anterioridad a la asunción de su coordinación por la Diputación Provincial ya se agotó (casos de extinción de contratos, bien por su cumplimiento, bien por una resolución anticipada).

Mayor complejidad podría presentar, en cambio, la subrogación de la Diputación Provincial en la posición de los municipios en el marco de una relación contractual cuyos efectos todavía estuvieran vigentes en el momento de asumir la coordinación de la prestación del servicio. Es decir, de qué manera se subrogaría la Diputación Provincial en la posición de la Entidad contratante (Municipio) en un contrato vigente que tenga por objeto alguno de los servicios enumerados en el art. 26.2 LRBRL.

La sustitución de la entidad contratante durante la ejecución del contrato, a diferencia de lo que sucede con la figura del contratista, no está regulada en el TRLCSP. La sucesión del empresario, o la cesión del contrato, son figuras referidas al contratista reguladas en los arts. 85, 149 y 226 respectivamente del TRLCSP, pero no a la entidad contratante. Aunque técnicamente la sustitución de la entidad contratante suponga una modificación del contrato, debe considerarse ese un supuesto de modificación admisible, puesto que, en el caso que nos ocupa, obedece a una decisión organizativa prevista desde la propia LRBRL. Y siendo que los supuestos de reorganización

interna ya han sido admitidos por el Tribunal de Justicia respecto de la figura del contratista, con mayor razón deben admitirse cuando la reorganización afecta a la parte contratante. En efecto, en la Sentencia de 19 de junio de 2008 (As. C 454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*), sometida a conocimiento del Tribunal de Justicia la cuestión de si un cambio de parte contratante (concretamente del contratista) constituía una nueva adjudicación, se concluye que una reorganización interna de las partes contratantes no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial, y por tanto de la misma no resulta un nuevo contrato¹⁶. Pues bien, aunque gestada en relación con la sustitución del contratista, la misma doctrina entendemos que podría ser aplicada al supuesto que ahora prevé el art. 26.2 LRRL.

En realidad, no es tan problemática la mera sustitución, en la relación contractual, del municipio por la Diputación provincial, que, como hemos visto, no pasa de ser una mera reorganización de la entidad contratante. Mayor complejidad presenta, sin embargo, acompañar a lo anterior de alguna modificación objetiva, que afecte al contenido esencial del contrato, ya sea esa modificación en perjuicio o en beneficio del contratista. Entendemos que este supuesto no será infrecuente, máxime cuando la coordinación de la Diputación provincial sobre la prestación de servicios tenga por objetivo controlar el "coste

¹⁶ En el supuesto del que conocía la Sentencia se producía la sustitución de un contratista por otro. Es cierto, señala el Tribunal de Justicia en primer lugar, que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, como una subcontrata (apdo. 40 de la Sentencia). Pero el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta una serie de circunstancias concurrentes en el caso que le llevaron a concluir que, en aquel caso, no existía una modificación esencial de los términos del contrato: la empresa APA-OTS a la que se "cedía" el contrato era una filial al 100 % de APA, adjudicataria inicial del contrato; esta última disponía de un poder de dirección sobre APA-OTS; y existía entre ambas entidades un contrato de transferencia de pérdidas y beneficios, que asumía APA. Además, un representante autorizado de APA aseguró a la entidad adjudicadora que, tras la transferencia de los servicios, APA respondería solidariamente junto con APA-OTS y que nada cambiaría en la prestación de conjunto existente.

efectivo”¹⁷ de los mismos, proponiendo ajustes sobre el precio o sobre los niveles de prestación.

La práctica de modificaciones objetivas queda sujeta a un conjunto de estrictas reglas establecidas en los arts. 105 a 108 TRLCSP, que únicamente las admiten en los supuestos expresamente previstos en el Pliego de cláusulas administrativas, o bien en los supuestos legales previstos a tal efecto en el art. 107 TRLCSP¹⁸. Si la modificación del contrato no resultara posible atendiendo a alguno de los supuestos señalados, la solución óptima pasaría por resolver el contrato y proceder a una nueva licitación. El TRLCSP contempla expresamente como causa de resolución “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato”, que podría ser utilizada en estos casos. El problema que podría suscitar esta opción puede venir a la hora de determinar quién debe hacer frente a la indemnización que pueda corresponderle al contratista por la resolución anticipada del contrato, tasada para estos casos en el 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista (art. 225.5. TRLCSP).

¹⁷ El concepto de “coste efectivo” ha sustituido al tan criticado de “coste estándar” de los servicios que manejaban los distintos borradores de Anteproyecto de Ley, y que desapareció al aprobarse el Proyecto de Ley. A este concepto se refiere el art. 116.ter LRBRL que introduce el Proyecto de Ley, señalando que para su cálculo “se tendrá en cuenta los costes reales directos e indirectos de los servicios”. Por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas se desarrollarán los criterios para el cálculo del coste efectivo.

¹⁸ Sobre el régimen de la modificación de los contratos públicos establecido con ocasión de la aprobación de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, Vid. J.M. GIMENO FELIÚ “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, Revista Española de Derecho Administrativo núm. 149 (2011), pp. 29-54, y J. COLÁS TENAS “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: El régimen de modificación de los contratos del sector público”, Revista española de derecho administrativo, núm. 153 (2012), pp. 253-276.

B).- Prestación del servicio de contratación centralizada por las Diputaciones Provinciales.

La nueva delimitación de competencias de las Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes incluye la prestación del servicio de contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes (art. 36.1.g). Esta disposición parece bien conectada con el art. 204.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que señala que “en el ámbito de la Administración local, las Diputaciones Provinciales podrán crear centrales de contratación por acuerdo del Pleno”.

A la vista de ambas disposiciones, surgen varias cuestiones. La primera de ellas es si, configurado como un servicio de prestación obligatoria por las Diputaciones Provinciales, resulta asimismo un servicio de recepción obligatoria por los municipios con población inferior a 20.000 habitantes. Partimos de la base de que la nueva configuración de las competencias de las Diputaciones Provinciales no supone la asunción de las potestades contractuales de los municipios con población inferior a 20.000 habitantes competencias. Pero la cuestión es, si decidido a agregar sus necesidades de compra junto a la de otros, un municipio *debe* hacer uso, necesariamente, del servicio provincial de contratación centralizada, o *puede*, alternativamente, adherirse a otros sistemas de contratación centralizada (autonómico, estatal, comarcal) u optar por operaciones convencionales de cooperación con otros municipios para la realización de compras o contratos singulares.

La solución a esta cuestión no es fácil. Parece que la respuesta debe darse atendiendo al carácter organizativo que presenta una medida como la centralización de la contratación. Sobre esta idea volveremos más adelante, y será entonces cuando la abordemos con profundidad. Bastaría ahora, en este primer análisis, responder que, tratándose de una medida organizativa, en atención al principio de autoorganización reconocido a todas las Administraciones públicas, las Entidades locales podrían, bien hacer uso del servicio de contratación centralizada que oferten las Diputaciones Provinciales, o bien adherirse a otros sistemas de contratación centralizada, e incluso optar por fórmulas de cooperación con otras Entidades locales para la adjudicación de contratos singulares.

Por otra parte, en segundo lugar, surge la cuestión de si el servicio provincial de contratación centralizada tiene como destinatarios exclusivos a los municipios población inferior a 20.000 habitantes, o bien pueden adherirse al mismo municipios con una población superior a la señalada. Parece que la solución a esta cuestión está más próxima a la segunda de las alternativas propuestas. En primer lugar porque la configuración de la competencia provincial no prohíbe tal posibilidad (aunque se hace referencia a que las labores de asistencia deberán dirigirse preferentemente hacia los municipios de menor capacidad económica y de gestión), y además porque el art. 205.2 TRLCSP reconoce expresamente que las Entidades locales (sin límite de población) pueden adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras Comunidades Autónomas o Entidades locales. Para ello será necesario, obviamente, que la Diputación provincial y el municipio correspondiente lleguen a un acuerdo sobre la forma de prestación de ese servicio de contratación centralizada.

II.- La contratación de las Entidades Locales en el nuevo marco regulador de la contratación pública.

1.- El nuevo paquete legislativo europeo en materia de contratación.

A).- Contexto de la reforma.

En Diciembre de 2011, la Comisión europea hizo públicas tres propuestas de Directivas en materia de contratación pública¹⁹. Dos de esas propuestas de Directiva vendrían a sustituir a las actualmente vigentes Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Serían, respectivamente, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (COM(2011) 895), y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública (COM(2011) 896). Se añade, como novedad, una tercera Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión (COM(2011) 897).

Estas Propuestas de Directivas de contratación pública «de cuarta generación» tienen como antecedente inmediato el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE* (COM(2011) 15 final) publicado por la propia

¹⁹ El texto de las mismas fue publicado en el DOUE de 5 de abril, accesible desde

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:102:0018:0022:ES:PDF>

Comisión el 27 de enero de 2011²⁰. Con este Libro Verde la Comisión puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos y hacer posible una mejor utilización de los contratos públicos en apoyo de otras políticas. La finalidad de este Libro Verde era determinar una serie de ámbitos fundamentales que podrían ser objeto de reforma y recabar las opiniones de las partes interesadas sobre las opciones concretas de cambio legislativo. Entre las cuestiones tratadas figuraban la necesidad de simplificar y flexibilizar los procedimientos, el uso estratégico de la contratación pública para promover otros objetivos políticos, la mejora del acceso de las PYME a los contratos públicos y la lucha contra el favoritismo, la corrupción y los conflictos de intereses.

La consulta pública finalizó el 18 de abril de 2011, y obtuvo un gran eco. Se recibieron en total 623 respuestas, procedentes de una gran variedad de grupos de partes interesadas, entre ellas autoridades centrales de los Estados miembros, compradores públicos de ámbito local y regional y sus asociaciones, empresas, asociaciones industriales, personalidades del mundo académico, organizaciones de la sociedad civil (incluidos los sindicatos) y ciudadanos particulares. El mayor número de respuestas procedió del Reino Unido, Alemania, Francia y, un poco por debajo, de Bélgica, Italia, los Países Bajos, Austria, Suecia, España y Dinamarca. Los resultados de la consulta se presentaron y debatieron en una conferencia pública celebrada en Bruselas el 30 de junio de 2011²¹.

Además del citado Libro Verde, la Comisión Europea publicó el 24 de junio de 2011 un informe de evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE en materia de contratación pública²². En dicho informe se analizaba si las Directivas de la UE

²⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF>

²¹ La información sobre esta conferencia se encuentra disponible a través de http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/conferences/index_en.htm

²² http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/executive-summary_es.pdf

sobre contratación pública 2004/17/CE y 2004/18/CE habían logrado que la transparencia y la competencia transfronteriza sirvieran para alcanzar una mejor contratación pública. Según se indica en el informe, al comparar la contratación pública con la del sector privado, las empresas estimaban que la segunda requiere menos tiempo y es más barata. La eficiencia de la contratación del sector privado también recibió una puntuación más alta que la contratación pública. Sin embargo, las adquisiciones del sector privado se consideraban menos competitivas y también menos justas o transparentes, y que se basaban más en un juego de relaciones. El 40 por ciento de las empresas señalaron que la contratación pública realizada con arreglo al procedimiento abierto es más o mucho más transparente que las adquisiciones privadas, y un 35 % afirmó lo mismo refiriéndose al procedimiento restringido. Asimismo, las empresas indicaban que la contratación pública es más justa que la privada (el 33 % en lo que respecta al procedimiento abierto y el 34 % en lo tocante al restrictivo).²³.

Particularmente interesante de este informe es el estudio de costes y beneficios de la legislación, justificado por la omnipresente preocupación, al diseñar los procedimientos de contratación pública, por la determinación de los costes, la complejidad y la duración de los mismos. Este análisis se encuentra en la base de algunas modificaciones que luego encontraremos presentes en la Propuestas de Directivas.

En el informe se indica, en relación con la duración de los procedimientos, que el tiempo normal que transcurre entre el envío de la convocatoria de licitación y la adjudicación es, sea cual sea el procedimiento, de 108 días, pero que la diferencia entre los poderes adjudicadores más rápidos y los más lentos es de, aproximadamente, 180 días. Gran parte del problema reside en el plazo que los poderes adjudicadores se toman para

²³ Debe advertirse no obstante que el estudio se realizó sobre contratos sometidos a las Directivas, que representan alrededor del 20 por ciento del total de contratos de obras, servicios y suministros. Solo una quinta parte del gasto público total en bienes y servicios está sujeto a lo dispuesto en las Directivas de la Unión Europea. En 2009, se publicaron más de 150 000 convocatorias de licitación (procedentes de 35.000 autoridades), de conformidad con las Directivas. El valor estimado de estos contratos ascendía a 420.000 millones de euros, lo que representa aproximadamente el 20 % del gasto público total en bienes, obras y servicios.

adjudicar el contrato, una vez concluido el plazo de presentación de ofertas²⁴. En promedio, el tiempo necesario para adjudicar un contrato gira en torno a los 58 días, pudiendo ser de 45 días cuando se trata de contratos simples otorgados al precio más bajo, o de hasta 245 días si se trata de un complejo procedimiento de diálogo competitivo²⁵. El procedimiento restringido necesita de unos 160 días hasta la adjudicación, que es mucho más de lo que suele requerir habitualmente el procedimiento abierto (53 días hasta la adjudicación). Estas diferencias son muy significativas e inciden inevitablemente en la eficiencia y el coste de los procedimientos de contratación.

En relación con los costes del procedimiento, con arreglo a la evaluación efectuada por la Comisión, el coste medio de llevar a cabo cada procedimiento es de unos 28.000 euros. Según la Comisión, este coste puede considerarse el precio a pagar por el mantenimiento de la competencia en el mercado de los contratos públicos. El 75 % de esa cifra corresponde al coste en que incurren los proveedores para preparar la oferta, y que habrá que dividir entre los 5,4 licitadores que se registran, por término medio, por cada licitación. Es de suponer que estos costes se incorporan a largo plazo a los precios de las ofertas o a los márgenes de los adjudicatarios.

El coste total que supone para la sociedad la contratación de los bienes y servicios a los que se aplican las Directivas se estima en unos 5.260 millones de euros por año (para el EEE-30 en 2009), que equivale a menos del 1,3 % del valor de las licitaciones publicadas (por la Unión Europea a 27) en el mismo período (esto es, 420.000 millones de euros). Esta estimación engloba la totalidad del coste soportado durante el proceso completo de contratación, es decir, desde la fase previa, pasando por la preparación de las ofertas por todos los licitadores participantes

²⁴ No le falta razón a J.M. CARBONERO GALLARDO cuando afirma que el procedimiento de contratación administrativa ha ido perdiendo agilidad y convirtiéndose en lo que actualmente es con el TRLCSP: un penoso itinerario burocrático que riñe a veces con las más elementales nociones de eficiencia, "El colapso de la contratación administrativa", artículo publicado en la Tribuna de opinión del Observatorio de contratación pública (www.obcp.es) el 26 de marzo de 2012.

²⁵ La duración del procedimiento de diálogo competitivo puede explicarse, en gran parte, por la naturaleza compleja de los proyectos para los cuales está pensado ese procedimiento.

y la selección del adjudicatario, e incluye el coste de los posibles recursos y litigios.

La evaluación revela fluctuaciones sumamente amplias entre Estados miembros en relación con el coste y el tiempo que supone el desarrollo de un procedimiento. Los que arrojan los peores resultados necesitan varias veces más tiempo que los que obtienen los mejores resultados. Ello lleva a pensar que, si bien las Directivas sustentan una práctica relativamente eficiente de contratación pública, en algunos Estados miembros aún se puede mejorar considerablemente la eficiencia de la gestión de los contratos públicos.

La evaluación realizada por la Comisión concluye que las Directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia, lo cual ha originado una intensificación de la competencia, que se ha traducido en un ahorro de costes. Según un análisis econométrico realizado en el contexto de la evaluación, incluso un aumento elemental de la transparencia o apertura puede reportar un ahorro tangible. Así, la publicación de un anuncio de licitación da lugar a un ahorro del 1,2 % en comparación con los contratos con respecto a los cuales no se publica ni un anuncio de licitación, ni un anuncio de información previa. La utilización del procedimiento abierto lleva aparejado un ahorro adicional del 2,6 %. Sobre la base de estas conclusiones, un poder adjudicador que publica una convocatoria de licitación y recurre a un procedimiento abierto puede esperar obtener un beneficio total equivalente a un ahorro del 3,8 % sobre el valor final del contrato²⁶.

B).- Objetivos.

La generación actual de Directivas sobre contratación pública, las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, son el último paso de una larga evolución que comenzó en 1971 con la adopción de la Directiva 71/305/CEE. La finalidad principal de estas Directivas era garantizar unos procedimientos transparentes y no discriminatorios, aunque también se mencionaban en ellas serie de objetivos relativos a la integración

²⁶ En el caso del procedimiento restringido, el ahorro correspondiente es menor, situándose en torno al 2,5 %.

en este marco de otras políticas, como las de protección del medio ambiente y las normas sociales o la lucha contra la corrupción.

Pero ahora es momento para abordar otros retos a través de la contratación pública, en particular, los que presenta la *estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*²⁷. La Comisión europea plantea una visión de la economía social de mercado competitiva de Europa para la próxima década basada en tres prioridades interrelacionadas y que se refuerzan mutuamente:

- desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación;
- promoción de una economía con pocas emisiones de carbono, que haga un uso más eficiente de los recursos y que sea competitiva, y
- fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial.

La contratación pública desempeña un papel clave en esa estrategia Europa 2020, y se concibe como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para realizar estos objetivos. Más concretamente, en la estrategia Europa 2020 se espera de la contratación pública que mejore las condiciones generales que favorezcan la innovación por parte de las empresas, haciendo un uso pleno de las políticas de demanda, apoye el cambio hacia una economía que haga un uso más

²⁷ Europa 2020 es la estrategia de crecimiento de la Unión Europea para la próxima década, cuya finalidad no es solo superar la crisis que continúa azotando a muchas de nuestras economías, sino también subsanar los defectos de nuestro modelo de crecimiento y crear las condiciones propicias para un tipo de crecimiento distinto, más inteligente, sostenible e integrador. Para ello ha fijado cinco objetivos clave que la UE debe alcanzar al final de la década en los ámbitos de empleo, educación, investigación e innovación, integración social y reducción de la pobreza, y cambio climático y energía. La estrategia incluye además siete "iniciativas emblemáticas" que constituyen un marco en el que la UE y las administraciones nacionales pueden aunar esfuerzos y reforzarse mutuamente en áreas relacionadas con las prioridades de Europa 2020, como la innovación, la economía digital, el empleo, la juventud, la política industrial, la pobreza y el uso eficiente de los recursos. Más información sobre esta iniciativa puede encontrarse en http://ec.europa.eu/europe2020/index_es.htm *Vid.* además, la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 (COM(2010) 2020)

eficiente de los recursos y con bajas emisiones de carbono, por ejemplo, fomentando la generalización de una contratación pública ecológica, y mejore el entorno empresarial, en especial para las PYME innovadoras.

Habida cuenta del papel fundamental que se atribuye a la contratación pública para hacer frente a los retos que se presentan, resulta necesario modernizar las herramientas y los métodos existentes a fin de hacerlos más adecuados para responder a la evolución del contexto político, social y económico. Por ello, el nuevo marco legislativo europeo de contratación pública persigue dos objetivos complementarios. El primero de esos objetivos es incrementar la eficiencia del gasto público es decir, se debe perseguir la máxima rentabilidad de las inversiones efectuadas en los contratos públicos. Para alcanzar este objetivo, es fundamental generar la competencia más fuerte posible por los contratos públicos que se adjudican en el mercado interior. Se debe dar a los licitadores la oportunidad de competir en condiciones equitativas y deben evitarse los falseamientos de la competencia. Al mismo tiempo, es crucial incrementar la eficiencia de los procedimientos de contratación como tales: la racionalización de los procedimientos de contratación, con medidas de simplificación específicamente adaptadas a las necesidades particulares de los pequeños poderes adjudicadores, podría ayudar a las Entidades contratantes a lograr los mejores resultados posibles de la contratación con la menor inversión posible, en términos de tiempo y de dinero público. Unos procedimientos más eficientes beneficiarán a todos los operadores económicos y facilitarán la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos. De hecho, la participación transfronteriza en los procedimientos de contratación pública en la UE sigue siendo baja. La comparación con el sector privado, donde el comercio transfronterizo es mucho mayor, muestra que hay un potencial considerable aún por aprovechar.

El segundo objetivo, complementario del anterior, es permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes, como proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de

alta calidad. La búsqueda de este objetivo puede contribuir también a la realización del primero —un gasto público más eficiente a largo plazo— por ejemplo, al conceder menos prioridad al menor precio inicial en favor del menor coste del ciclo de vida.

C).- Principales novedades que se incorporan en las nuevas Directivas.

Como antes hemos señalado, son tres las propuestas de Directiva que se encuentran actualmente en tramitación, y casi con total seguridad serán aprobadas por el Parlamento europeo el próximo mes de diciembre²⁸. Estas nuevas propuestas, que darán lugar a las Directivas «de cuarta generación», vienen a superar la lógica «armonizadora» de sus predecesoras y optan, como señala G. A. BENACCHIO por prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos de simplificación y eficiencia²⁹.

Las novedades que se incorporan en las nuevas propuestas de Directiva podrían sistematizarse en torno a siete grandes bloques.

a).- Simplificación y flexibilización de los procedimientos de contratación.

La propuesta de Directiva prevé la simplificación y flexibilización del régimen procedimental establecido por las

²⁸ Las líneas estratégicas de la reforma, fueron analizadas en el trabajo conjunto de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M. A. BERNAL BLAY, "La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes", en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Un primer análisis de las propuestas puede encontrarse en J.M. GIMENO FELIÚ, "Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. hacia una estrategia eficiente en compra pública", *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 159 (2013), pp. 39.105; J.A. MORENO MOLINA "La cuarta generación de directivas de la Unión europea sobre contratos públicos", en J.M. Gimeno Feliú y M.A. Bernal Blay (Dir/Coord.) *Observatorio de contratos públicos 2012*, Civitas, 2013, pp. 113-162; y Borja COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, "Hacia una nueva Directiva de Contratos Públicos", en revista digital Noticias jurídicas, mayo 2012 (http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/20120511-hacia_una_nueva_directiva_de_contratacion_publica.html).

²⁹ "Verso le Direttive di quarta generazione", en G. A. BENACCHIO/M. COZZIO *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, p. 8

actuales Directivas sobre contratación pública, aunque mantiene los principales instrumentos contenidos en la Directiva 2004/18. Así, en materia de procedimientos, se mantienen como tipos básicos el abierto y restringido, y como procedimientos especiales, sujetos a determinadas condiciones, el procedimiento de licitación con negociación, el diálogo competitivo y la asociación para la innovación (un nuevo tipo de procedimiento para la contratación innovadora). Por otro lado, se han acortado los plazos para la participación y la presentación de ofertas, lo que permite una contratación más rápida y más racional.

La Directiva también contempla un régimen menos oneroso para los poderes adjudicadores subcentrales que será desarrollado con mayor amplitud en el siguiente capítulo. Baste apuntar ahora que estos compradores podrán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación, quedando liberados, si utilizan esta posibilidad, de publicar un nuevo anuncio de licitación antes de poner en marcha el procedimiento de contratación. Asimismo, podrán fijar algunos límites temporales con mayor flexibilidad previo acuerdo con los participantes.

Igualmente destacable resulta la aclaración del ámbito de aplicación de las Directivas. El concepto básico de «contratación», que también figura en el título de la propuesta, se ha introducido por primera vez para delimitar mejor el ámbito de aplicación y la finalidad de la legislación sobre contratación y facilitar la aplicación de los umbrales. En este sentido, a efectos de la Directiva, se entenderá por contratación

«la adquisición por medio de un contrato público de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, los suministros o los servicios estén o no destinados a un fin público».

Con esta definición, incluida en el art. 1.2 de la Directiva se quiere dejar claro que con las normas de la Unión sobre contratación pública no se trata de abarcar todas las formas de desembolso de dinero público, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios a través de un contrato, entendido éste un acuerdo oneroso y celebrado por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la

ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios. El concepto de adquisición debe entenderse pues en sentido amplio, en el sentido de obtener los beneficios de las obras, los suministros o los servicios de que se trate, sin que ello implique necesariamente una transferencia de propiedad a los poderes adjudicadores. Es más, la mera financiación de una actividad, a menudo ligada a la obligación de reembolsar las cantidades recibidas cuando no se hayan utilizado para los fines previstos, no suele estar regulada por las normas de contratación pública.

Por otra parte, se han revisado, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las definiciones de algunas nociones clave que determinan el ámbito de aplicación de la Directiva. Así sucede, por ejemplo, en relación con los encargos a medios propios y las relaciones de cooperación entre entidades públicas. En relación con los primeros, la Directiva recoge ahora toda la doctrina jurisprudencial sentada desde que, con ocasión de la Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (As. C-107/98, *Teckal*), se configuraran como excepción a la aplicación de la Directiva las adjudicaciones de contratos de obras, servicio o suministros a favor de entidades sobre la que se ostentase un control análogo al ejercido sobre los propios servicios que realizase la parte esencial de su actividad para el ente que realizaba el encargo³⁰. La Directiva positiviza una definición de lo

³⁰ Pero junto a la positivación de la doctrina jurisprudencial sobre medios propios se observan algunas novedades. Así, en relación con el requisito del control análogo, la Directiva permite que pueda ser ejercido por vía indirecta, al señalar que puede ser ejercido por otra persona controlada por la entidad contratante. En relación con el segundo requisito *Teckal*, el relativo a la realización de la parte esencial de la actividad del medio propio para la entidad o entidades que lo controlan, la Directiva exige que más del 80 por ciento de esa actividad esté destinada a dicha entidad o entidades, lo cual supone, *de facto*, un endurecimiento del requisito. Para la determinación de dicho porcentaje se tomará en consideración la actividad del medio propio durante los tres años precedentes (y en los casos en los que no esté disponible la información sobre ese período –por ejemplo porque el medio propio no existiese en ese período– será suficiente las proyecciones de negocio). Por otra parte, la Directiva otorga además carta de naturaleza a los encargos «inversos» y «cruzados», al excepcionar igualmente del ámbito de aplicación de la Directiva los supuestos en los que cuando una entidad controlada que sea poder adjudicador adjudique un contrato a su controladora, o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador. Además, el requisito relativo a la ausencia de participación privada en el medio propio fijado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 15 de enero de 2005 queda matizado en la Directiva, que admite tal participación del sector privado siempre que la misma no suponga la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre el medio propio o permita bloquear sus

que debe entenderse por situación de control “análogo al ejercido sobre los propios servicios” (la posibilidad de influencia sobre las decisiones importantes y los objetivos estratégicos) incorporando la doctrina del Tribunal de Justicia sentada en su Sentencia de 13 de octubre de 2005, (Asunto C-458/03, *Parking Brixen GmbH*). También se acoge la posibilidad de que ese control análogo pueda ser ejercido de manera conjunta por varias entidades, posibilidad que ya ha sido admitida también por el Tribunal de Justicia³¹.

Junto a los supuestos de colaboración vertical con medios propios, la Directiva regula también, como otra forma de excepción a su aplicación, las relaciones de cooperación horizontal entre entidades contratantes³².

Otra importante novedad es la supresión de la tradicional distinción entre los servicios denominados prioritarios y no prioritarios (servicios «A» y «B») establecida en los Anexos II A y II

decisiones. La Directiva, aun tratando de reducir los supuestos en los que resulta posible la participación privada en los medios propios parece haber olvidado los motivos que llevaron al Tribunal de Justicia en el 2005 (As. C-26/03, *stadt Halle*) a descartar la existencia de control sobre tales entidades análogo al ejercido sobre los propios servicios. Se indicaba entonces, por una parte, que “la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta” (apartado 50), y en segundo lugar, que “la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados ...ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores” (apartado 51).

³¹ Sentencias del Tribunal de Justicia 10 de septiembre (As C-573/07, *Sea Srl*) y 13 de noviembre de 2008 (As. C-324/07, *Coditel*), y también en la más reciente de 29 de noviembre de 2012 (Asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa*). Sobre esta cuestión, puede verse mi artículo “El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades”, *Revista Contratación administrativa práctica*, núm. 124, 2013, págs. 88-93.

³² Tal supuesto también fue abordado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 9 junio de 2009 (As. C-480/06, *Comisión vs. República Federal de Alemania*), incorporando ahora la Directiva la doctrina fijada en aquella Sentencia. Un análisis de esta Sentencia puede verse en mi trabajo “La cooperación administrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”, en GIMENO FELIÚ J.M. (Coord.) *Organización Local, Nuevas tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 361-376.

B de la Directiva 2004/18. Debemos recordar que, conforme al art. 21 de dicha Directiva, la adjudicación de contratos que tuviesen por objeto servicios incluidos en el anexo II B (categorías 17 a 27) sólo quedaba sujeta a las disposiciones contenidas en el artículo 23 (relativo al establecimiento de prescripciones técnicas) y al apartado 4 del artículo 35 (relativo a la publicación de un anuncio de adjudicación). Tras la evaluación de la aplicación de la Directivas ha quedado demostrado que no queda justificado restringir la aplicación plena de la legislación sobre contratación a un grupo limitado de servicios (los servicios incluidos en el Anexo II A, esto es, categorías de servicios 1 a 16). Sin embargo, se establece un régimen jurídico especial para los contratos denominados «de servicios sociales», denominación bajo la que se ampara igualmente a otras categorías de servicios «a las personas», tales como los servicios de salud y los educativos.

b).- Promoción de la contratación electrónica.

El uso de las comunicaciones electrónicas y el procesamiento electrónico de las transacciones por los poderes adjudicadores puede generar ahorros significativos y mejorar los resultados de la contratación, reduciendo a la vez despilfarros y errores. La Directiva continúa en este punto las conclusiones obtenidas tras la consulta a los operadores con ocasión del *Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea*³³.

Se espera que con las medidas que ahora se incorporan en la Directiva los Estados miembros puedan realizar el cambio definitivo a la contratación electrónica. Para ello, la propuesta de Directiva establece la obligación de transmitir los anuncios en formato electrónico, poner la documentación de la contratación a disposición del público por medios electrónicos y adoptar una comunicación totalmente electrónica, en particular por lo que respecta a la presentación electrónica de ofertas o solicitudes, en todos los procedimientos de contratación en un período de transición de dos años.

Asimismo, racionaliza y mejora los sistemas dinámicos de adquisición y los catálogos electrónicos, herramientas de

³³ COM(2010) 571 final, de 18.10.2010.

contratación completamente electrónicas que se adaptan especialmente a la contratación muy agregada que llevan a cabo las centrales de compras. El instrumento de la contratación electrónica también permitirá a los poderes adjudicadores evitar, detectar y corregir los errores que se deben en general a una interpretación o comprensión incorrectas de las normas de contratación pública.

c).- Utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos.

Según los últimos datos publicados por la Comisión Europea³⁴, la contratación pública representa actualmente en España alrededor del 15,5 por ciento del PIB, atendiendo a la información publicada en el Diario oficial de la Unión Europea obtenida a través de la Tenders Electronic Daily database (TED), y a la información proporcionada por los Institutos nacionales de estadística a Eurostat.

	2007	2008	2009	2010	2011
Belgium	14,8	15,4	16,6	16,3	16,4
Bulgaria	16,1	19,8	18,6	18,0	16,8
Czech Republic	22,9	24,3	25,6	24,8	23,5
Denmark	15,2	15,7	17,6	17,4	17,1
Germany	16,9	17,6	19,6	19,4	19,1
Estonia	17,4	18,8	20,9	19,6	18,8
Ireland	14,7	16,5	16,3	16,1	14,6
Greece	12,1	12,2	12,7	10,7	8,8
Spain	16,1	16,0	17,4	16,9	15,5
France	17,4	17,6	18,9	19,0	18,5
Italy	14,6	14,9	16,5	16,2	15,9
Cyprus	9,3	9,5	11,2	11,0	10,3
Latvia	20,0	16,1	20,2	20,5	20,1
Lithuania	16,3	16,2	16,7	17,8	16,0
Luxembourg	13,2	14,5	16,1	15,7	15,0
Hungary	20,7	20,3	23,1	23,2	22,1
Malta	14,1	13,5	13,8	13,4	14,0
Netherlands	26,5	27,3	30,3	30,2	29,5
Austria	19,5	21,0	22,6	22,9	21,9
Poland	18,1	18,4	20,1	20,6	19,9
Portugal	18,0	18,0	20,3	21,3	19,7
Romania	23,7	24,1	26,2	26,1	24,6
Slovenia	15,2	16,0	17,3	17,7	16,9
Slovakia	23,6	21,9	24,1	23,6	22,0
Finland	16,4	17,5	19,8	19,6	19,2
Sweden	17,6	18,4	20,3	19,5	19,0
United Kingdom	19,5	20,8	24,0	22,8	21,6
Total EU 27	17,6	18,1	20,0	19,7	19,0

³⁴ *Public Procurement Indicators 2011*, de 5 de diciembre de 2012. El valor estimado de los contratos que no superan los umbrales de aplicación de las Directivas de contratos públicos se estima en 102 billones a nivel de la Unión Europea, aunque no hay datos disponibles de lo que suponen en España según el Documento de trabajo de la Comisión *Annual Public Procurement Implementation Review 2012* (SWD(2012) 342 final, de 9 de octubre de 2012), p.15.

De los datos estadísticos señalados no interesa destacar tanto que la importancia de los contratos públicos está retrocediendo en importancia respecto del PIB en los últimos años, ya que esa circunstancia la explican la coyuntural adopción de medidas de austeridad en respuesta a la actual crisis, cuanto el poder de intervención sobre los operadores económicos que manifiestan esos datos. La contratación pública se ha convertido en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato³⁵. En otros lugares se ha puesto ya de manifiesto que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país³⁶. Es por ello que debemos concebir la contratación pública como un instrumento para llevar a cabo políticas públicas transversales³⁷. La contratación puede, y debe ser, una técnica que permita conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo,

³⁵ Así lo indica T. MEDINA ARNÁIZ: "Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea", en *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94.

³⁶ Vid en este sentido Informe 17/2008, de 21 de julio la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Aragón.

³⁷ BLAZQUEZ ROMÁN, J.A. y RAMÍREZ HORTELANO, P.: "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica* núm. 42, 2005, pág. 39.

concebido como sistema de aprovisionamiento de bienes y servicios³⁸.

Las nuevas Directivas acogen esa concepción instrumental de la contratación pública, proporcionando una serie de herramientas a los poderes adjudicadores para contribuir a la realización de los objetivos estratégicos de Europa 2020³⁹. Lo que se pretende es utilizar el “poder de compra” de los poderes adjudicadores para comprar bienes y servicios que promuevan la innovación, el respeto del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático mejorando al mismo tiempo el empleo, la salud pública y las condiciones sociales⁴⁰.

Como ejemplos de esa utilización estratégica de la contratación pública, podemos mencionar en primer lugar la posibilidad que ofrece la Directiva a los compradores públicos de tomar en consideración el coste del ciclo de vida de los productos, los servicios o las obras que se van a comprar a la hora de adjudicar los contratos. El ciclo de vida abarca todas las

³⁸ Así lo ha puesto de manifiesto J.M. GIMENO FELIÚ en “Compra pública estratégica”, el prof. J. PERNAS GARCÍA (Dir.) *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, 2014, p. 45.

³⁹ Vid. Comunicación de la Comisión *Europa 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* (COM(2010) 2020 de 3 de marzo de 2010). En esta Comunicación se señalan como prioridades de esta estrategia el crecimiento inteligente (desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación); crecimiento sostenible (promoción de una economía que utilice más eficazmente los recursos, que sea verde y más competitiva) y un crecimiento integrador: fomento de una economía con un alto nivel de empleo que redunde en la cohesión económica, social y territorial).

⁴⁰ Con el título de *Contratación pública estratégica*, el prof. J. PERNAS GARCÍA dirige un volumen que publicará la editorial Aranzadi en 2014, y en el que se recogen estudios monográficos sobre “La contratación del sector público como política pública” (J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ); “Compra pública estratégica” (J.M. GIMENO FELIÚ); “Crisis económica y contratación pública” (C. AYMERICH CANO); “Contratación pública y pymes. un comentario a la luz de la propuesta de directiva en materia de contratación pública” (G. BARRIO GARCÍA); “Contratos públicos y políticas de apoyo a las personas con discapacidad” (A.P. DOMÍNGUEZ ALONSO y J.A. MORENO MOLINA); “El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos” (Miguel BERNAL BLAY); “Comercio justo y contratación pública” (Teresa MEDINA ARNÁIZ); “Cambio climático, eficiencia energética y contratación pública” (J. PERNAS GARCÍA); “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública” (A. LÓPEZ MIÑO); “Promoción de la igualdad de género a través de la contratación pública” (P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ); “La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión” (C. AMOEDO SOUTO), y “Contratación pública y eficiencia energética” (J. PERNAS GARCÍA).

etapas 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 o la finalización. Los costes que deben tenerse en cuenta para su cálculo no incluyen solo los gastos monetarios directos, sino también los costes medioambientales externos, si pueden cuantificarse en términos monetarios y verificarse. Con ello, se permitirá valorar positivamente las ofertas que presenten unos menores costes del ciclo de vida del producto o servicio que constituya el objeto del contrato. Igualmente, los poderes adjudicadores podrán hacer referencia a todos los factores directamente vinculados al proceso de producción en las especificaciones técnicas y en los criterios de adjudicación, siempre que se refieran a aspectos del proceso de producción que estén estrechamente relacionados con la producción de bienes o la prestación de servicios en cuestión.

En relación con determinados “servicios a la persona”, agrupados bajo la denominación (no muy afortunada en nuestra opinión) de “servicios sociales”, la Directiva ha adoptado la decisión de someterlos a sus prescripciones cuando superen los 500.000 euros de valor estimado, quedando sometidos los contratos que no alcance dicho umbral únicamente al respeto de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato. La evaluación del impacto y la eficacia de la legislación sobre contratación pública de la Unión Europea puso de manifiesto que los servicios sociales, de salud y de educación tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada en esos casos. Estos servicios se prestan normalmente en un contexto específico que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a la existencia de distintas circunstancias administrativas, organizativas y culturales. Estos servicios tienen, por su naturaleza, una dimensión transfronteriza muy limitada⁴¹, por lo tanto, los Estados miembros deben disponer de amplias facultades discrecionales para organizar la elección de los proveedores de servicios.

⁴¹ Un análisis cuantitativo del valor de los contratos para la adquisición de este tipo de servicios, adjudicados a operadores económicos extranjeros, ha mostrado que los contratos por debajo de este valor no tienen, en general, interés transfronterizo.

Por otra parte, la Directiva introduce algunas herramientas para promover la innovación a través de la contratación pública, consciente de que la investigación y la innovación desempeñan un papel central en la Estrategia Europa 2020⁴². En este sentido, la Directiva mantiene la exclusión de su ámbito de aplicación de las compras públicas precomerciales, es decir, los servicios de investigación y desarrollo (I+D) previos a la comercialización de los productos o servicios (que cubre actividades como la exploración de soluciones que son propias de las fases de diseño, creación de prototipo, productos de prueba y preproducción, deteniéndose antes de la producción comercial y venta⁴³. Por otra parte, para facilitar la adquisición de productos y servicios innovadores, la Directiva añade un procedimiento de adjudicación específico, la asociación para la innovación, que podrá utilizarse para el desarrollo y la ulterior adquisición de productos, obras y servicios nuevos e innovadores, que, no obstante, deberán suministrarse dentro de los niveles de prestaciones y de costes acordados.

d).- Mejora del acceso al mercado de los contratos públicos para las pequeñas y medianas empresas.

Con el fin de mejorar el acceso de las PYME a los contratos públicos, la Comisión publicó ya en 2008 el *European Code of Best Practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts*⁴⁴. La Directiva se basa en este trabajo y proporciona medidas concretas para eliminar los obstáculos de acceso al mercado para las PYME, al compartir la idea, ya expresada en el documento citado, de que las pequeñas y medianas empresas tienen un enorme potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación. Facilitarles el acceso a los mercados de

⁴² Vid. en este sentido la Comunicación de la Comisión *Iniciativa emblemática de Europa 2020: Unión por la innovación* (COM(2010) 546 final, de 6 de octubre de 2010). Según las últimas estimaciones, si hasta 2020 se alcanzara el objetivo de gastar en I+D un 3 % del PIB se podrían crear 3,7 millones de puestos de trabajo y aumentar el PIB anual en cerca de 800 000 millones de euros hasta 2025 (P. ZAGAMÉ: *The cost of a non-innovative Europe*, 2010.)

⁴³ Sobre la misma, Vid. Comunicación de la Comisión *La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles*, COM (2007) 799, de 14 de diciembre de 2007.

⁴⁴ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, SEC(2008) 2193.

contratación puede ayudarles a liberar este potencial, al mismo tiempo que permitirá a los poderes adjudicadores ampliar su base de proveedores, lo cual redundará positivamente en un aumento de la competencia por los contratos públicos.

Como medidas específicas para facilitar el acceso de las PYMES al mercado de contratación pública, y que acompañarán a otras de alcance general⁴⁵, la Directiva exige que los poderes adjudicadores dividan los contratos públicos en lotes — homogéneos o heterogéneos— con el fin de hacerlos más accesibles para las PYME. Si deciden no hacerlo, deberán explicar de manera específica su decisión.

La segunda medida “estrella”, cuyos efectos pueden verse atenuados dado el carácter potestativo de la misma (los Estados miembros decidirán si la incorporan, o no, a sus Ordenamientos internos) consiste en la previsión de que los subcontratistas puedan solicitar que el poder adjudicador les pague directamente los suministros, las obras y los servicios proporcionados al contratista principal en el contexto de la ejecución del contrato. Con esta medida se ofrece a los subcontratistas, que a menudo son PYME, un medio eficaz para proteger su interés por cobrar.

e).- Ejecución de los contratos.

Por primera vez se introducen en las Directivas europeas de contratos públicos disposiciones específicas que inciden sobre la fase de ejecución de los contratos. Especialmente significativas son las disposiciones sobre modificaciones de los contratos, cuestión cada vez más pertinente y problemática para los profesionales ⁴⁶. Estas modificaciones quedan sujetas a un

⁴⁵ La simplificación general de las obligaciones de información en los procedimientos de contratación beneficiará considerablemente a las PYME. La propuesta prevé la obligación de aceptar las declaraciones de los interesados como prueba suficiente a efectos de selección. En la práctica, la presentación de pruebas documentales se verá facilitada mediante un documento normalizado (*European Single Procurement Document*) que servirá para demostrar la inexistencia de motivos de exclusión.

⁴⁶ Sobre la cuestión, tres recientes trabajos abordan ya la nueva regulación que contempla la Directiva. Son los trabajos de J.M. GIMENO FELIÚ “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, J.J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS “El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual”, y de E. HERNÁNDEZ SALGUERO “Visión crítica de la

régimen muy estricto, y tendrán la consideración de nuevas adjudicaciones cuando supongan una alteración sustancial de las disposiciones de un contrato público, requiriendo por ello un nuevo procedimiento de contratación ⁴⁷. En particular, se considerará que se alteran las características esenciales de un contrato:

(a) cuando la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la adjudicación del contrato a otro licitador;

(b) cuando la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista;

(c) cuando la modificación amplíe de forma considerable el ámbito del contrato para abarcar suministros, servicios u obras no previstos inicialmente.

No se considerarán, en cambio, modificaciones sustanciales, aquellas cuya necesidad derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no podría prever (imprevisibles⁴⁸), siempre que la modificación no altere la naturaleza global del contrato y

inclusión en el ámbito del recurso administrativo especial en materia de contratación de la modificación contractual”, incluidos en el monográfico sobre *La contratación pública: problemas actuales* editado por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

⁴⁷ Hace ya algún tiempo que tal concepción inspiraba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y es ahora cuando esa doctrina obtiene un reconocimiento expreso a nivel de Derecho positivo. Cfr. Sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta*, de 19 de junio de 2008 (*Presstext Nachrichtenagentur GMBH*), o la más reciente del

⁴⁸ No se admiten, en cambio, las modificaciones que obedezcan a “necesidades nuevas”. Sobre este concepto, en su reciente Sentencia de 31 de enero de 2013 (As. T 235/11, Comisión Vs. Reino de España), el Tribunal General de la Unión Europea desestima un recurso del Reino de España que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 20111 – 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España – AVE -. La sentencia condena al Reino de España y critica que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: “el uso de un criterio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación”.

que no conlleven un aumento del precio superior al 50 % del valor del contrato inicial.

Importante resulta igualmente el tratamiento que la Directiva ofrece a la sustitución del contratista, supuesto que en nuestro Ordenamiento interno parece acoger la figura de la "cesión del contrato". Habrá que ver cómo se incorpora la previsión incluida en la Directiva según la cual "la sustitución del socio contractual se considerará una modificación sustancial", salvo que tal sustitución obedezca a operaciones de reestructuración empresarial o insolvencia, y el contratista sea sustituido por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente.

f).- Gobernanza.

En este apartado es donde más cambios ha habido desde que la propuesta de Directiva fue presentada. En general, las medidas más innovadoras en este campo no han encontrado el apoyo necesario y han decaído. No obstante, queda patente la idea de la Comisión de articular un sistema de información contractual fluido y dinámico que permita corregir eventuales problemas aplicativos de las Directivas

En este sentido, la propuesta contemplaba la creación de una Autoridad en cada Estado miembro encargada de la supervisión, aplicación y control de la contratación pública, con capacidad para proponer soluciones adecuadas a los problemas de carácter más estructural. Para reforzar la lucha contra la corrupción y el favoritismo, la propuesta de Directiva establecía la obligación de remitir los contratos celebrados al organismo de supervisión, para que éste pudiera examinar estos contratos a fin de detectar pautas sospechosas. Asimismo se contemplaba la creación de centros de conocimiento para ofrecer apoyo profesional especializado e independiente para tramitar proyectos de contratación complejos. Estos centros de conocimientos asistirían tanto a los compradores públicos como a las empresas, en particular las PYME.

La propuesta de Directiva, al introducir dichas medidas era consciente de que su implantación generaría algunos costes, aunque se mostraba convencida de su neutralización por la reducción de los que se producen con ocasión de los litigios (tanto para los poderes adjudicadores como para las empresas) o

los derivados de los retrasos en la adjudicación de los contratos, debido a la aplicación incorrecta de las normas de contratación pública o a la mala preparación de los procedimientos de contratación, así como de los costes que acarrearán la fragmentación y la ineficiencia del asesoramiento que se ofrece actualmente a los poderes adjudicadores.

En su versión final, sin embargo, la Directiva prescinde de las Autoridades y Centros de conocimiento. En lugar de ello, en relación con la *Gobernanza*, la Directiva establece una obligación de monitorizar la aplicación de la normativa sobre contratos públicos, debiendo los Estados miembros enviar a la Comisión cada tres años un informe que señale los problemas aplicativos más frecuentes. Integrado en ese informe puede enviarse la información estadística relativa a los contratos no cubiertos por la Directiva. Además de esos informes trianuales, la Directiva contempla la necesidad de enviar a la Comisión informes individuales sobre cada contrato adjudicado conforme las prescripciones de la Directiva.

Por otra parte, para canalizar las relaciones entre los Estados miembros y la Comisión relativas a la aplicación de la normativa sobre contratación pública, los primeros deberán designar unos puntos de contacto (*points of reference*).

Por último, la Directiva prevé que los diferentes organismos nacionales compartan información y buenas prácticas, y cooperen, a través del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) establecido por el Reglamento 1024/2012 del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012⁴⁹.

⁴⁹ El Sistema de Información del Mercado Interior («IMI») es una aplicación informática accesible a través de internet, realizada por la Comisión en colaboración con los Estados miembros, cuyo propósito es servir de ayuda a estos últimos para que puedan cumplir en la práctica las exigencias de intercambio de información establecidas en los actos jurídicos de la Unión a través de un mecanismo de comunicación centralizado que permita el intercambio transfronterizo de información así como la asistencia recíproca. En concreto, el IMI ayuda a las autoridades competentes a identificar a sus homólogas en otro Estado miembro, a gestionar el intercambio de información, incluso de los datos de carácter personal, basándose en procedimientos simples y unificados, y a superar las barreras lingüísticas gracias al uso de unos sistemas de tratamiento predefinidos y pretraducidos. Cuando sea posible, la Comisión debería proporcionar a los usuarios del IMI cualquier otra funcionalidad de traducción que se ajuste a sus necesidades, sea compatible con la seguridad y

g).- Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Por cuanto se refiere a la Propuesta de Directiva sobre adjudicación de contratos de concesión, su principal objetivo es aclarar el marco jurídico aplicable a la adjudicación de concesiones, así como delimitar claramente el ámbito de aplicación de dicho marco⁵⁰. Las obligaciones específicas que deberán cumplirse en el ámbito de las concesiones aumentarán considerablemente la seguridad jurídica ya que, por un lado, los poderes y entidades adjudicadores contarán con unas disposiciones precisas que incorporen los principios del Tratado a la adjudicación de concesiones y, por otro, los operadores económicos dispondrán de algunas garantías básicas respecto al procedimiento de adjudicación.

En este sentido, como principales novedades, la nueva Directiva incluye una definición más precisa de contrato de concesión que hace referencia al concepto de riesgo operacional. En ella se deja claro qué tipos de riesgo se consideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo al señalarse que “el derecho a explotar las obras implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial. Se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras que sean objeto de la concesión. El riesgo económico puede ser de los tipos siguientes: a) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio; b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios”.

los requisitos de confidencialidad para el intercambio de información en el IMI y pueda ofrecerse a un coste razonable.

El objeto del IMI debe ser mejorar el funcionamiento del mercado interior proporcionando una herramienta eficaz y sencilla de usar para la cooperación administrativa entre los Estados miembros y entre los Estados miembros y la Comisión, de modo que se facilite la aplicación de los actos de la Unión.

⁵⁰ Un primer análisis de la Directiva de concesiones lo ofrece X. LAZO VITORIA “El futuro del mercado concesional en Europa”, en CEFLEGAL num.154 (Noviembre 2013), pp. 137-174.

La propuesta de Directiva sobre concesiones también proporciona referencias respecto a la duración máxima de las concesiones, y modifica el ámbito de aplicación de las Directivas «Recursos» (Directivas 89/665/CEE y 92/13/CE, modificada por la Directiva 2007/66/CE) para incluir en el mismo a los contratos de concesión cuyo valor estimado sea igual o superior a los 5 millones de euros.

2.- La contratación de los «poderes adjudicadores sub-centrales».

El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea publicado por la Comisión en 2011⁵¹ abordaba expresamente la contratación de los «pequeños poderes adjudicadores». Señalaba la Comisión entonces las quejas de estas entidades contratantes por tener que aplicar íntegramente el régimen de normas de procedimiento y salvaguardias para la adjudicación de sus relativamente pequeños contratos, exigiendo una cantidad desproporcionada de tiempo y esfuerzo.

Las quejas se hacían extensivas igualmente a la tramitación de los “pequeños contratos”, aquellos que quedan por debajo de los umbrales de aplicación de las Directivas, ya que, en relación con los mismos existe cierta inseguridad jurídica, derivada de las dudas que suscita el alcance de los requisitos derivados del Derecho primario. Respecto de estos contratos no resulta infrecuente la incertidumbre reinante en cuanto al modo en que deben materializarse los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa⁵².

⁵¹ COM(2011) 15 final, de 27 de enero de 2011.

⁵² Los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las Directivas comunitarias sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos se aplican únicamente a aquellos contratos cuyo valor sobrepase un determinado umbral previsto expresamente en cada una de ellas. Por tanto, las normas de esas Directivas no se aplican a los contratos cuyo importe no alcanza el umbral fijado en ellas. Sin embargo, ello no significa que esos últimos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho

Habida cuenta de las razones anteriores, planteaba la Comisión la posibilidad de establecer un marco procedimental más ligero para la adjudicación de contratos por encima de los umbrales de las Directivas por los poderes adjudicadores locales

comunitario. En efecto, en lo relativo a la adjudicación de estos contratos, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado en general y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en particular.

Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, tal como han sido interpretados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. Ello queda confirmado tanto por el noveno considerando de la Directiva 2004/17, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, como por el segundo considerando de la Directiva 2004/18, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. De ello se deduce que tanto los Estados miembros como sus órganos de contratación deben respetar esta obligación de transparencia para la adjudicación de todos los contratos públicos, que consiste en garantizar, en favor de cualquier posible licitador, un grado de publicidad adecuado que permita la apertura del mercado a la competencia, así como el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Esta obligación comprende una forma de publicidad anterior a la adjudicación del contrato público de que se trata, en otras palabras, una publicidad previa que tiene lugar antes de la adjudicación. En efecto, una publicidad ex post no puede garantizar una publicidad adecuada.

Sobre las formas de manifestación de los principios enunciados Víd. la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública de 23 de junio de 2006, así como la Sentencia del Tribunal General de 20 de mayo de 2010 (As. T 258/06) que resuelve un recurso de anulación contra la misma interpuesto por la República Federal de Alemania. Dicha Sentencia concluye que la Comunicación se limita a desarrollar las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, a la libertad de establecimiento, a la libre prestación de servicios, los principios de no discriminación, de igualdad de trato y de proporcionalidad y las reglas de transparencia y de reconocimiento mutuo aplicables a la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública y no establece obligaciones específicas o nuevas en comparación con tales disposiciones, principios y reglas, tal como han sido interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En tales circunstancias, no puede considerarse que dicha Comunicación produzca efectos jurídicos vinculantes que puedan afectar a la situación jurídica de los Estados miembros.

los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J. A. MORENO MOLINA, «El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación» en el *Liber ami-corum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II.

y regionales. En el citado Libro Verde se preguntaba expresamente:

27. ¿Piensa que el régimen íntegro de contratación pública es apropiado o, por el contrario, inadecuado para las necesidades de los poderes adjudicadores más pequeños? Explique su respuesta.

28. En caso afirmativo, ¿estaría a favor de simplificar el régimen de contratación para la adjudicación de contratos relativamente pequeños por las autoridades regionales y locales? ¿Cuáles deberían ser, en su opinión, las características de ese régimen simplificado?

La Comisión planteaba la conveniencia de establecer un marco procedimental más ligero para los poderes adjudicadores locales y regionales, aprovechando todas las posibilidades de flexibilidad que ofrece el Acuerdo de Contratación Pública para las entidades subcentrales y los operadores de servicios públicos, sin comprometer el requisito de transparencia⁵³. No obstante, el proceso de simplificación procedimental no está exento de dificultades. La creación de diferentes niveles de requisitos de procedimiento puede incrementar la complejidad del marco jurídico global y resultar difícil de transponer y aplicar en la práctica.

Las Directivas del año 2004 prevén cierta flexibilidad para los operadores de servicios públicos (ver en este sentido la Directiva 2004/17 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos

⁵³ El Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) es, por ahora, el único acuerdo jurídicamente vinculante de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que trata específicamente de la contratación pública. Es un tratado plurilateral administrado por un Comité de Contratación Pública, que está compuesto por los Miembros de la OMC que son Partes en el ACP y, por consiguiente, tienen derechos y obligaciones en virtud del Acuerdo.

La versión actual del Acuerdo se negoció durante la Ronda Uruguay en 1994 y entró en vigor el 1º de enero de 1996. El 15 de diciembre de 2011, los negociadores alcanzaron un acuerdo que plasma los resultados de la renegociación del Acuerdo. Esta decisión política fue confirmada el 30 de marzo de 2012 mediante la adopción formal de la Decisión sobre los resultados de las negociaciones.

El texto vigente del Acuerdo se encuentra disponible desde el enlace http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm

de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales), y no para los poderes adjudicadores locales y regionales. Este tipo de sistema diferenciado daría a las entidades locales más libertad en su actividad de contratación y reduciría las cargas administrativas, precisamente en aquellas áreas en las que podrían ser desproporcionadas.

Otra posibilidad, que también planteaba la Comisión, era la de permitir la utilización generalizada del procedimiento negociado con publicación previa de un anuncio de licitación. Esta puede ser una buena manera de adaptar el contrato para tener en cuenta preocupaciones y necesidades específicas de esas entidades "pequeñas". Sin embargo, plantea un importante riesgo: no es seguro que los pequeños poderes adjudicadores tengan siempre el poder adquisitivo y la experiencia técnica necesarios para negociar en igualdad de condiciones con los licitadores. Y no son aislados los casos en los que los órganos que controlan la contratación han anulado procedimientos de contratación negociados por mala tramitación de los mismos⁵⁴.

A).- El concepto de «poder adjudicador sub-central».

La propuesta de Directiva sobre adjudicación de contratos públicos, al definir su ámbito de aplicación subjetivo, utiliza el concepto de "poder adjudicador" ("*contracting authorities*"), que integra al Estado, a las Regiones (en España las Comunidades Autónomas), las Entidades Locales, así como los organismos de Derecho público⁵⁵ y las asociaciones formadas entre algunos de los anteriores.

⁵⁴ En concreto, por falta de negociación. Vid en este sentido la Resolución 50/2011 de 24 de febrero de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como el Acuerdo 10/2013, de 14 de junio, del Tribunal de Contratos Públicos de Navarra. Indican estas Resoluciones que "la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas."

⁵⁵ Tienen la consideración de «organismo de Derecho público» cualquier organismo:

La principal novedad que introduce la propuesta de Directiva es la distinción, como especies del género “poder adjudicador”, entre “Autoridades gubernamentales -poderes adjudicadores- *centrales*” y “poderes adjudicadores subcentrales”. Así, se entenderá por “Autoridades gubernamentales centrales” los poderes adjudicadores que figuran en el anexo I de la Propuesta de Directiva y, en la medida en que se introduzcan a escala nacional rectificaciones o modificaciones, las entidades que las sucedan. Utilizando un criterio definidor residual, tendrán la consideración de “poderes adjudicadores subcentrales” todos aquellos que no son las autoridades gubernamentales centrales, lo cual incluye, por supuesto, tanto a las autoridades regionales como a las locales. La Directiva identifica además los conceptos de “autoridades regionales” y de “autoridades locales” por remisión al Reglamento (CE) nº 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de mayo de 2003 por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS)⁵⁶.

a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

b) dotado de personalidad jurídica y

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

⁵⁶ Para poder recopilar datos y elaborar y divulgar unas estadísticas regionales armonizadas, la Unión Europea ha establecido la nomenclatura común de las unidades territoriales estadísticas (NUTS). Esta clasificación sustituye a la establecida por Eurostat. Para que las estadísticas regionales sean comparables, las zonas geográficas deben tener una población comparable. La clasificación NUTS es jerárquica en la medida en que subdivide cada Estado miembro en tres niveles: NUTS 1, NUTS 2 y NUTS 3. Los niveles NUTS 2 y NUTS 3 son subdivisiones respectivas de los niveles NUTS 1 y NUTS 2. Los Estados miembros pueden optar por un mayor grado de detalle y subdividir el nivel NUTS 3.

El Reglamento núm. 1059/2003 clasifica las distintas unidades administrativas de los Estados miembros de la UE según su nivel⁵⁷ en la nomenclatura:

- NUTS 1: «Gewesten/Régions» en Bélgica; «Länder» en Alemania; «Continente», «Regiao dos Açores» y «Regiao da Madeira» en Portugal; «Scotland, Wales, Northern Ireland» y «Government Office Regions of England» en el Reino Unido.
- NUTS 2: «Provincies/Provinces» en Bélgica; «Regierungsbezirke» en Alemania; «Periferíes» en Grecia; **«Comunidades y ciudades autónomas» en España**; «Régions» en Francia; «Regions» en Irlanda; «Regioni» en Italia; «Provincies» en los Países Bajos; «Länder» en Austria.
- NUTS 3: «arrondissements» en Bélgica; «Amtskommuner» en Dinamarca; «Kreise/kreisfreie Städte» en Alemania; «nomoi» en Grecia; **«provincias» en España**; «départements» en Francia; «regional authority regions» en Irlanda; «provincia» en Italia; «län» en Suecia; «maakunnat/landskapen» en Finlandia.

Además de las anteriores, el Reglamento núm. 1059/2003 también recoge una categoría especial de “pequeñas unidades administrativas”. Sería el caso de los «Gemeenten/Communes» en Bélgica; «Kommuner» en Dinamarca; «Gemeinden» en Alemania;

⁵⁷ La definición de las unidades territoriales se basa en las unidades administrativas existentes en los Estados miembros. Una unidad administrativa designa una zona geográfica con una autoridad administrativa que tenga poder para tomar decisiones de carácter administrativo o político dentro del marco jurídico e institucional del Estado miembro. El nivel NUTS al cual pertenece una unidad administrativa se determina a partir de umbrales demográficos. Así para el nivel NUTS 1 el mínimo de población son 3 millones de habitantes hasta un máximo de 7 millones; el nivel NUTS 2 oscila entre los 800.000 y los 3 millones de habitantes, mientras que el nivel NUTS 3 precisa de un mínimo de 150.000 habitantes y alcanza hasta los 800.000.

Si la población total de un Estado miembro no llega al umbral mínimo de un nivel de la NUTS, todo el territorio de ese Estado constituye una unidad territorial NUTS de ese nivel. Si, en un Estado miembro, no existen unidades administrativas de tamaño suficiente para incluirse en un nivel determinado de la nomenclatura, este nivel se constituye agrupando un número adecuado de unidades administrativas contiguas de menor tamaño. Las unidades formadas de este modo se llaman «unidades no administrativas».

«Demoi/Koinótites» en Grecia; «**Municipios**» en España (salvo algunos los que se agrupan en NUTS 3 –Ver Anexo I-); «Communes» en Francia; «Counties/County boroughs» en Irlanda; «Comuni» en Italia; «Communes» en Luxemburgo; «Gemeenten» en los Países Bajos; «Gemeinden» en Austria; «Freguesias» en Portugal; «maakunnat/landskapen» en Finlandia; «Kommuner» en Suecia y «Wards» en el Reino Unido.

Así, a efectos de la Directiva de contratos públicos tendrán la consideración de “autoridades regionales” todas las autoridades de las unidades administrativas incluidas en los niveles NUTS 1 y 2, mientras que serán consideradas “autoridades locales” las unidades administrativas incluidas en el nivel NUTS 3 y también las unidades administrativas menores a que se hace referencia en el Reglamento núm. 1059/2003 citado.

Por cuanto se refiere a España, en el Anexo I de este trabajo se incluyen las clasificaciones regionales en los niveles NUTS 1, NUTS 2 y NUTS 3. Las entidades administrativas no especificadas tendrían la consideración de unidades administrativas menores.

B).- Especialidades de los contratos de los «poderes adjudicadores sub-centrales» en la nueva Directiva.

La distinción, conforme a los criterios anteriores, de una categoría de “poderes adjudicadores subcentrales” encuentra su justificación en la previsión de algunas especialidades en relación con los procedimientos de adjudicación que tramiten estas entidades.

La primera de esas especialidades afecta a los contratos que quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. Con carácter general, la Directiva resulta de aplicación contratos públicos de obras de valor estimado igual o superior a 5.000.000 €, así como a los contratos de servicios y suministros cuyo valor estimado supera igualmente un determinado umbral. Es en relación con ese umbral que prevé la Directiva para los contratos de servicios y suministros donde encontramos la primera diferencia de régimen jurídico entre los contratos de los poderes adjudicadores centrales y los subcentrales. Así, los contratos de servicios y suministros de los poderes adjudicadores centrales quedarán sometidos a las prescripciones de la Directiva cuando su valor estimado sea igual o superior a los 130.000 €. En cambio,

para que un contrato de suministros o de servicios de un poder adjudicador subcentral quede sujeto a las prescripciones de la Directiva, su valor estimado deberá ser igual o superior a los 200.000 €⁵⁸.

La Directiva prevé también la posibilidad de que los poderes adjudicadores subcentrales queden sujetos a unos requisitos de publicación de las licitaciones menos estrictos. En este sentido, el art. 46.2 de la Directiva admite que, en determinados casos, los poderes adjudicadores subcentrales puedan adjudicar un contrato sin publicar un anuncio de licitación, aliviando con ello una importante carga procedimental y reduciendo el plazo de tramitación del procedimiento.

Tal posibilidad está prevista para aquellos supuestos en los que para la adjudicación del contrato se utilice un procedimiento restringido o un procedimiento con negociación, y siempre que se haya anunciado previamente la intención de adjudicar el contrato mediante la publicación de un anuncio de información previa. Según indica el antecitado precepto:

2. Para los procedimientos restringidos y de licitación con negociación, los poderes adjudicadores subcentrales podrán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 24, el apartado 2, siempre que el anuncio cumpla todas las condiciones 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 por escrito;

(c) que contenga, además de la información indicada en el anexo VI, parte B, sección I, la información indicada en el anexo VI, parte B, sección II;

⁵⁸ Cfr. art. 4 de la Directiva 2004/18. Ese umbral económico es revisado cada dos años y puede oscilar al alza o a la baja.

(d) que se haya publicado como máximo doce meses antes de la fecha de envío de la invitación a la que se hace referencia en el artículo 52, apartado 1⁵⁹.

Esta posibilidad de utilizar los anuncios de información previa como convocatoria de licitación queda condicionada a la observancia de determinados límites, igualmente señalados en la Directiva. El primero de ellos es que tal posibilidad no puede utilizarse si para la adjudicación del contrato se utiliza un procedimiento abierto, ya que queda ceñida, exclusivamente, a los procedimientos restringidos y con negociación (con publicidad).

Los operadores económicos que, a la vista del anuncio de información previa publicado, manifiesten su interés en participar en la licitación, deberán ser invitados posteriormente, antes de comenzar la fase de selección de licitadores, a confirmar su interés por escrito mediante una “invitación a confirmar el interés”. Las “invitaciones a confirmar el interés” se enviarán simultáneamente a todos los interesados, y en las mismas se incluirá una referencia a la dirección electrónica en la que se hayan puesto directamente a disposición por medios electrónicos el pliego de condiciones o el documento descriptivo y cualquier documentación complementaria, tal y como indica el art. 52.2 de la Directiva. Además de lo anterior, el Anexo X de la Directiva señala un contenido mínimo que debe incluirse en esas “invitaciones a confirmar el interés»:

(a) características y cantidad, incluidas todas las opciones relativas a contratos complementarios y, cuando sea posible, el plazo estimado previsto para ejercer dichas opciones; cuando se trate de contratos renovables, características y cantidad y, cuando sea posible, fechas estimadas de publicación de los futuros anuncios de licitación para las obras, suministros o servicios que vayan a ser objeto de licitación;

(b) tipo de procedimiento: restringido o de licitación con negociación;

(c) en su caso, fecha de comienzo o de finalización de la entrega de suministros o de la ejecución de obras o servicios;

⁵⁹ El período cubierto por el anuncio de información previa puede ser más amplio cuando se trate de la adjudicación de contratos de servicios sociales.

(d) dirección y fecha límite de presentación de solicitudes de la documentación de la contratación, así como lengua o lenguas en que esté autorizada su presentación;

(e) dirección postal de la entidad que adjudicará el contrato y suministrará la información necesaria para la obtención del pliego de condiciones y demás documentos;

(f) condiciones de carácter económico y técnico, garantías financieras e información exigida a los operadores económicos;

(g) el importe y las modalidades de pago de la cantidad que haya que abonar para obtener la documentación de la contratación;

(h) naturaleza del contrato que constituye el objeto de la invitación a licitar: compra, arrendamiento financiero, arrendamiento o alquiler con opción de compra, o varias de estas formas, y

(i) los criterios de adjudicación y su ponderación o, cuando corresponda, el orden de importancia de dichos criterios, en caso de que esta información no figure en el anuncio de información previa, en el pliego de condiciones ni en la invitación a licitar o a negociar.

Por otra parte, cuando se utilicen los anuncios de información previa como anuncios de licitación, la Directiva señala que "tales anuncios no se publicarán en un perfil de comprador⁶⁰" (perfil de contratante, en la terminología que utiliza el TRLCSP), como es la regla general para los anuncios de información previa (Cfr. art. 46.1 de la Directiva). Lo que quiere indicar tal prescripción es que los anuncios de información con los que se pretenda sustituir un anuncio de licitación posterior no podrán ser publicados únicamente en el perfil de contratante de la entidad adjudicadora, sino que necesariamente deberán ser enviados a la Comisión para su publicación en el DOUE. Con ello se quiere evitar el efecto perverso que sobre la competencia de los operadores económicos podría llegar a provocar la reducción de la accesibilidad a los anuncios de los contratos, máxime en

⁶⁰ La "precaución" anterior, sin embargo, no resulta aplicable a la publicación adicional a nivel nacional que debe realizarse en virtud del artículo 50 de la Directiva, que esa sí que podrá hacerse en el perfil de comprador (de contratante) de la entidad adjudicadora.

casos como el español, donde el acceso a los perfiles de cada comprador (de cada contratante) no se encuentra unificado, sino fuertemente fragmentado⁶¹, al hacerse a través de la sede electrónica de cada entidad contratante. Solamente si el acceso a estos perfiles de comprador se hiciera a través de un punto único, y desde allí existiese la posibilidad de, utilizando un sistema efectivo de búsquedas, podría plantearse la posibilidad de que los anuncios de información previa con efecto sustitutivo de los anuncios de licitación pudieran publicarse sin afectar a la concurrencia en los perfiles de comprador de las entidades contratantes.

La tercera especialidad de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores subcentrales la encontramos en la duración de algunos procedimientos. La Directiva, con carácter general, ha optado por una reducción de los plazos de tramitación de los procedimientos. Así, en relación con el procedimiento abierto, el plazo mínimo para la presentación de ofertas será de 40 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación (reducción de 12 días con respecto a lo señalado en la Directiva 20014/18). En el mismo sentido, el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación en los procedimientos restringidos y negociados con publicidad será de 30 días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación (frente a los 47 días que exige la Directiva 20014/18), y además, se asegura un plazo mínimo para la recepción de ofertas de 35 días a partir de la fecha en que se envíe la invitación a licitar en el caso de los procedimientos restringidos (40 días según la Directiva 2004/18), así como de 30 días a partir de la fecha de envío de la invitación, en el caso de procedimientos de licitación con negociación⁶².

⁶¹ La dispersión de los perfiles de contratante, como ha señalado GIMENO FELIÚ, produce fragmentación del mercado, potenciando la compra del "cercano" e impidiendo el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala. "Unidad de mercado y Contratación Pública: redefiniendo los perfiles del contratante" Comentario publicado en la Tribuna del Observatorio de Contratación Pública el 18 de marzo de 2013.

⁶² Recuérdese que el cómputo de estos días debe realizarse en días naturales, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CEE, Euratom) nº 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos.

La Directiva prevé una especialidad en relación con los plazos de presentación de ofertas en el marco de procedimientos restringidos o procedimientos de licitación con negociación que tramiten los poderes adjudicadores subcentrales. El art. 26.4 de la Directiva, en relación con el procedimiento restringido, señala que

Los poderes adjudicadores subcentrales podrán establecer el plazo para la recepción de las ofertas de mutuo acuerdo con los candidatos seleccionados, siempre que todos los candidatos dispongan de un plazo idéntico para preparar y presentar sus ofertas. Cuando no sea posible llegar a un acuerdo sobre el plazo para la recepción de ofertas, el poder adjudicador fijará un plazo que no podrá ser inferior a 10 días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar.

La misma posibilidad resulta aplicable igualmente a los procedimientos de licitación con negociación por disposición del inciso final del art. 27.1 de la Directiva. Con esta previsión, los poderes adjudicadores podrán flexibilizar los límites temporales para la presentación de las ofertas previo acuerdo con los participantes, beneficiándose así de la posibilidad de reducir el plazo de tramitación de los procedimientos. Obviamente, esta facultad de adaptación de los plazos de presentación de ofertas queda restringida a la tramitación de procedimientos restringidos y procedimientos de licitación con negociación que, en atención a su valor estimado, entren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. No resulta posible extender esta regla de simplificación procedimental a otros procedimientos, como es el caso de los procedimientos abiertos.

III.- La necesidad de un régimen especial para la contratación de las Entidades Locales.

Con ocasión de la transposición de las Directivas 2004/17 y 2004/18, en el seno del Ministerio de Hacienda se creó una Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública⁶³. Una de las conclusiones de este estudio, publicado en 2004, ponía de manifiesto que la legislación de contratación pública trata de manera homogénea a todas las Administraciones Públicas, sin atender especialmente a la problemática de los Municipios, sobre todo la que afecta a los de menor tamaño. En atención a ello, aquella Comisión de expertos proponía reflexionar sobre de la conveniencia de introducir una cierta especialidad en los procedimientos de contratación de las entidades locales de menor dimensión, salvaguardando, naturalmente, un nivel común de exigencia en cuanto a publicidad, transparencia y concurrencia.

1.- La simplificación de los procedimientos de adjudicación de las Entidades Locales.

En línea con lo apuntado por el Acuerdo de Contratación pública y la propuesta de Directiva relativa a la contratación pública, las Entidades Locales deben contar con un régimen de contratación más simple que el que aplican las Autoridades centrales. Aún podría decirse más: entre las Entidades Locales, tampoco todas deberían contar con idéntico régimen de contratación, pues son claras las diferencias que existen también entre ellas en cuanto a medios disponibles y capacidades para ejercer las funciones contractuales. La disposición adicional 2.^a TRLCSP efectúa sólo una división entre los municipios de más o

⁶³ El texto se encuentra todavía disponible para su consulta a través de la dirección <http://www.meh.es/Documentacion/Publico/Subsecretaria/Gabinete%20Tecnico/libro%20contratacion.pdf> electrónica

La Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública se crea por medio de Resolución del Secretario de Estado de Hacienda y del Subsecretario de Hacienda de 10 de junio de 2003, como grupo de trabajo de los regulados en el artículo 40, apartado tercero, de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

de menos de 5.000 habitantes, a la que hay que añadir alguna referencia a los municipios de gran población. Pero la realidad es que la gran mayoría de los municipios españoles no llega a los 5.000 habitantes, e incluso, dentro de ellos, la mayor parte no supera los 2.000 habitantes. En el caso de Aragón, sólo 24 de sus 731 municipios superan los 5.000 habitantes⁶⁴.

La mejora de la eficiencia de los procedimientos de contratación pública pasa, necesariamente, por su simplificación. Resulta imprescindible la eliminación de trámites que no aporten un valor añadido al procedimiento y no hagan sino retrasar el mismo y generar costes innecesarios para las empresas y para las entidades adjudicadoras.

A).- Algunos ejemplos de lo tedioso que pueden llegar a ser los procedimientos de adjudicación.

Las normas jurídicas, tanto generales o especiales, se refieren en multitud de ocasiones al principio de celeridad de los procedimientos administrativos. Sin embargo, el diseño de los trámites que deben impulsarse para la tramitación de dichos procedimientos ha hecho, en no pocas ocasiones, que el principio de celeridad se quede en una mera declaración de intenciones incompatible con la práctica procedimental. La previsión contenida en el art. 75.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de que se acuerden en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo, es una de las que, en el seno de los procedimientos administrativos especiales, con más frecuencia quedan aparcadas en un segundo plano, cuando no olvidadas.

Los procedimientos de adjudicación de contratos públicos no han sido una excepción a la afirmación anterior. José Miguel CARBONERO GALLARDO, Jefe del Servicio de Contratación administrativa y Patrimonio de la Excma. Diputación Provincial de Granada señalaba no hace mucho tiempo esta necesidad de simplificación procedimental, al afirmar desde su experiencia que

⁶⁴ Cfr. V. RODRÍGUEZ CATIVIELA, E. SOFÍ CALLÉN, L. PALACIOS MOSTACERO: "Informe sobre la organización administrativa local en Aragón", en J.M. GIMENO FELIÚ (Dir.): *La organización local. Nuevos modelos*, Civitas, 2011, pág. 220.

el TRLCSP es un penoso itinerario burocrático que riñe a veces con las más elementales nociones de eficiencia⁶⁵. El autor ilustra tal afirmación con algunos ejemplos procedentes de la Administración Local, que sin ser un ámbito exclusivo en el que estos problemas se manifiestan, es en el mismo donde más pueden sentirse sus efectos:

“...ningún nuevo lector del TRLCSP podría imaginar que es muy difícil desarrollar, por ejemplo, un procedimiento abierto con varios criterios en un plazo inferior a un trimestre. Pero es así...siendo diligentes. Porque el lector novel leerá el plazo de presentación de proposiciones, el de adjudicación, el de interposición de recurso especial, el de formalización del contrato...y poco más que sumados le dibujan una expectativa temporal asumible (digo asumible, no razonable y mucho menos, breve). Pero la ingenuidad de ese lector (que suele serlo el gestor de los órganos proponentes del contrato) no le permite entrever siquiera que existen también el informe de fiscalización previa (y sus lógicos días de emisión, que pueden llegar hasta diez); el de legalidad de los pliegos (y sus también lógicos días de emisión...también hasta diez); la aprobación formal del expediente y la fe pública de ese acto administrativo (súmense varios días); algunos días de cola en el boletín oficial hasta la publicación del anuncio; la posibilidad de que algún licitador presente su proposición por correo postal, debiendo entonces aguardar su llegada hasta diez días; la convocatoria de la Mesa de Contratación para examinar la documentación administrativa; el plazo de subsanación de ésta (entre uno y tres); la siguiente convocatoria de Mesa para apertura pública de unos criterios; algunos días para la valoración de estos criterios; la convocatoria de Mesa para apertura de los restantes criterios; la propuesta de adjudicación; hasta diez días hábiles días para que el propuesto adjudicatario acredite varios extremos (entre ellos estar al corriente con Hacienda y Seguridad Social); la adjudicación del contrato y la fe pública de ese acto administrativo; su notificación efectiva...”

⁶⁵ “El colapso de la contratación administrativa”, publicado en la Tribuna de opinión del Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es) el 26 de marzo de 2012. Señala el autor que “de este modo, resulta muy difícil persuadir a los gestores públicos de las virtudes de la contratación en orden a satisfacer sus necesidades de contratación; y aquellos pasan por la aplicación del TRLCSP, igual que sus aplicadores, con la resignación de sobrelevar un mal necesario”.

Si alguien piensa que exagero, conste aquí que la tramitación puede ser aún más desesperante. Por ejemplo puede ocurrir (y de hecho alguna vez ocurre), que el propuesto adjudicatario no acredite estar al corriente de sus obligaciones, en cuyo caso ha de formularse el mismo requerimiento al siguiente licitador...al que corresponde el mismo plazo de diez días hábiles que ya se concedió al primero. O que alguna de las proposiciones presentadas incurra en valor anormal o desproporcionado, debiéndose desarrollar el correspondiente incidente con audiencia al interesado e informe técnico... Verdadera y lamentablemente no exagero.

Y he partido del momento en el que el expediente está listo para ser aprobado; pero no he dicho nada del tiempo necesario para elaborar unos pliegos razonablemente buenos, a pesar de que considero que ello es fundamental y es a esa operación a la que no debería regatearse ningún tiempo.

Cierto es que sabiendo todo esto, debemos potenciar la previsión para anticipar las licitaciones; que debemos procurar adoptar herramientas electrónicas, técnicas para la racionalización de la contratación, etc. Pero ello no es suficiente. Es precisa también la ayuda de las normas, y de eso tienen que ser conscientes los autores de las normas; conscientes de la realidad práctica de los expedientes de contratación..."

Los señalados por José Miguel Carbonero son solo algunos ejemplos de lo necesitados que están los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de su simplificación y modernización.

B).- Medidas ya adoptadas para la simplificación de los procedimientos.

No han faltado, sin embargo, algunas actuaciones que han tomado razón de esa necesidad de simplificación y permiten, a día de hoy, tramitar procedimientos de una manera más eficiente. Sin embargo, debemos advertir que no todas esas previsiones resultan hoy de aplicación general, aunque sí que se observa cierta tendencia "aperturista" en las últimas reformas del TRLCSP.

a).- Tramitación simplificada.

Resulta obligado ahora hacer referencia a la previsión de una tramitación simplificada del procedimiento abierto en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Efectivamente, en su art. 10, y con la denominación de “Trámite simplificado”, se recogen algunas normas especiales de aplicación a la adjudicación, mediante procedimiento abierto, de contratos de suministro y servicios de valor estimado inferior a 150.000 euros, y de obras inferior a 2.000.000 de euros⁶⁶.

La habilitación de una tramitación simplificada del procedimiento abierto responde a la finalidad de aunar la necesaria concurrencia con una más eficiente gestión de los expedientes que se traduce en una tramitación más rápida de los mismos. La regulación contenida en Ley 3/2011 dota a las Administraciones Públicas de una herramienta con poca carga documental, con plazos breves y trámites ágiles, pero a la vez sujeto a publicidad y a la necesidad de adjudicar el contrato de acuerdo con criterios objetivos, previamente fijados y ponderados, lo que redundará en la transparencia que persiguen las directivas comunitarias.

El ámbito subjetivo de aplicación del «trámite simplificado» comprende a las entidades que tienen la consideración de Administraciones Públicas pertenecientes a la Comunidad Autónoma de Aragón, a la Universidad de Zaragoza (artículo 10 Ley 3/2011), a la Administración Local aragonesa —en tanto en cuanto no se apruebe la legislación local sobre contratación del sector público (Disposición Adicional Octava Ley 3/2011) —, a las

⁶⁶ Con carácter previo debemos advertir que algunas de las novedades introducidas por el legislador aragonés fueron objeto de un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno, circunstancia que, si bien en un primer momento supuso la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, el Tribunal Constitucional levantó la suspensión mediante Auto de 17 de abril de 2012. No obstante la pendency del recurso (Recurso de inconstitucionalidad n.º 6720-2011, contra los artículos 6 y 10 de la Ley 3/2011), buena parte de los reproches de inconstitucionalidad fueron corregidos por el legislador aragonés con posterioridad a la interposición del recurso mediante la modificación operada en la Ley 3/2011 por la Ley 3/2012, de 8 marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Cortes de Aragón, al Justicia de Aragón y a la Cámara de Cuentas de Aragón (Disposición Adicional Primera Ley 3/2011).

Las principales medidas de simplificación que incorpora esta tramitación simplificada del procedimiento abierto son las siguientes⁶⁷:

- Reducción del plazo de presentación de proposiciones

Atendiendo al valor estimado de los contratos cuya adjudicación puede acogerse a esta tramitación simplificada, los plazos para presentación de proposiciones se reducen a un mínimo 10 días y máximo 20 días naturales (reduciendo en 5 días el plazo mínimo de presentación de ofertas (15 días) previstos para la tramitación ordinaria del procedimiento abierto).

- Publicidad unificada en el perfil de contratante del Gobierno de Aragón

La Ley 3/2011 considera cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción del anuncio de licitación en el perfil de contratante del Gobierno de Aragón⁶⁸. La publicidad únicamente en el perfil (siendo innecesaria la publicidad también en el perfil de contratante) no supone quebrar la regla de la transparencia, sino al contrario, pretende generar una publicidad por medios electrónicos (al igual que lo es ahora el Boletín Oficial de Aragón –BOA-), inmediata, gratuita y que aumente la concurrencia mediante un portal específico y que, en todo caso, surte los mismos efectos que la publicidad insertada en el BOA, ex artículo 53.4 LCSP («La difusión a través del perfil de contratante de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos surtirá los efectos previstos en el Título I del Libro III»). Puesto que el acceso al perfil de contratante del Gobierno de Aragón se realiza a través

⁶⁷ Para un análisis más detallado de las especialidades de esta tramitación simplificada del procedimiento abierto puede verse el informe 15/2011, de 8 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

⁶⁸ No hay inconveniente para que entidades diferentes al Gobierno de Aragón publiquen la información de sus licitaciones en dicho perfil. La Orden de 11 de junio de 2008 del Departamento de Presidencia, que establece el sistema informático «Perfil de Contratante del Portal del Gobierno de Aragón», incluye la previsión de que otras Administraciones o instituciones de la Comunidad Autónoma de Aragón puedan incorporar su información a dicho perfil.

de la misma sede electrónica que al Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma, puede entenderse que el ámbito de la publicidad resulta equivalente.

- Constitución potestativa de la Mesa de contratación.

La constitución de la Mesa de contratación es potestativa. Sus funciones son las de calificación, admisión o exclusión y valoración de ofertas con formulación de la propuesta de adjudicación y, en caso de que no se constituya, las funciones de calificación y admisión o exclusión corresponden al órgano de contratación, y las de valoración y formulación de la propuesta de adjudicación a la unidad técnica integrada por «dos miembros de su personal que desempeñen actividades relacionadas con la materia objeto del contrato o que hayan participado directamente en la tramitación del procedimiento».

- Posibilidad de sustitución de la acreditación de la capacidad y solvencia en el momento de presentar la oferta por una declaración responsable.

En la tramitación simplificada del procedimiento abierto resulta posible sustituir la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos por una declaración responsable «suscrita por el licitador o su representante, reconociendo que cumple los requisitos de capacidad, representación y solvencia exigidos y comprometiéndose a acreditarlos en caso de que vaya a ser propuesto como adjudicatario». En tal caso, con carácter previo a la adjudicación del contrato, se requerirá al que vaya a ser propuesto como adjudicatario para que aporte la documentación acreditativa de su capacidad, representación y solvencia en el plazo de cinco días hábiles.

b).- Reducción de cargas burocráticas.

La tramitación simplificada encuentra su límite en los contratos que entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley aragonesa citada. Sin embargo, algunas de sus previsiones se acaban de incorporar muy recientemente al TRLCSP, lo que faculta ya a todas las Administraciones para su utilización. En particular, para reducir las cargas administrativas que tienen que soportar las empresas en los procedimientos de contratación administrativa, se ha previsto que los licitadores puedan aportar

una declaración responsable indicando que cumplen las condiciones legalmente establecidas para contratar con la Administración, de manera que solo el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación deberá presentar toda la documentación que acredite que cumple las mencionadas condiciones⁶⁹. La aplicación de esa medida de simplificación hace tiempo que venía siendo reclamada por la doctrina con base en la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior⁷⁰.

La reciente modificación del TRLCSP, efectuada por medio de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha incorporado dos nuevos apartados (4 y 5) al artículo 146, con la siguiente redacción:

«4. El órgano de contratación, si lo estima conveniente, podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 se sustituya por una declaración responsable del licitador

⁶⁹ Previsión que, como acabamos de ver, contemplaba ya el art. 6 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, en relación con los procedimientos abiertos a los que se aplicara la tramitación simplificada del art. 10 así como a los procedimientos negociados, y también la Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra (artículo 54.4, modificado por ley Foral 3/2013, de 25 de febrero), así como en el Reglamento comunitario 2342/2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas.

⁷⁰ Es cierto que la Directiva «Servicios» excluye de su ámbito a las cuestiones reguladas por la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de Contratos Públicos. Y ello tanto de la dicción del considerando 57 como porque el artículo 5.4 de la Directiva excluye a la Directiva de contratos públicos —junto con otras— de la previsión del párrafo tercero de ese artículo 5. Con dicha previsión, en apariencia, parece que la materia de contratación pública sería ajena a los cambios derivados de la Directiva «Servicios». Nada más lejos de la realidad. Primero, porque la exclusión no lo es para las otras previsiones del artículo 5 (simplificación administrativa). Y ello porque lo único que se pretende es establecer la reglas de aplicación de la norma especial sobre la general, pero nada más (así debe entenderse el considerando 57 de la Directiva «Servicios»). En segundo lugar, porque los principios reguladores son coincidentes. no en vano ambas Directivas —impulsadas por el mismo Comisario europeo— tienen o persiguen un mismo objetivo: la consecución efectiva del mercado interior europeo mediante la simplificación, flexibilización y modernización, “Directiva de servicios y contratación pública. Hacia la simplificación”, en E. MOREU CARBONELL (Ed.) *El impacto de la Directiva Bolkenstein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, Monográfico XII de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2010, p. 409-433.

indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. En tal caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación, deberá acreditar ante el órgano de contratación, previamente a la adjudicación del contrato, la posesión y validez de los documentos exigidos. En todo caso bastará con esta declaración responsable en los contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 euros y de suministros y servicios con valor estimado inferior a 90.000 euros.

En todo caso el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato.

5. El momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones.»

Esta previsión, en palabras de Francisco BLANCO LÓPEZ, es la medida procedimental de más impacto que se haya adoptado desde la ley de Contratos del Estado de 1965⁷¹. Las ventajas que ofrece esta medida no son pocas. En particular, como señala José Miguel CARBONERO GALLARDO, acaba con el penoso trámite de presentación de documentación administrativa por parte de todos los licitadores; con la ingente tarea de su calificación por parte de la Mesa de contratación o de los servicios administrativos; con el tradicional trámite de subsanación, y con las exclusiones preliminares de licitadores por defectos u omisiones documentales. En definitiva, los empresarios ahorran costes (materiales, de tiempo de trabajo, de gestión); y la Administración también ahorra: fundamentalmente tiempo de trabajo especializado que podrá dedicar a otros puntos sensibles del procedimiento (sobre todo a la fase de adjudicación). Ambas partes, además, se beneficiarán de una reducción del tiempo de tramitación de los procedimientos de contratación, que está ya en unas cotas desmesuradas.

⁷¹ "El sobre A pasa a la Z", publicado en la Tribuna de opinión del *Observatorio de Contratación Pública* (www.obcp.es) el 28 de octubre de 2013.

Si comparamos la nueva previsión contenida en el art. 146 TRLCSP con lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, podremos fácilmente concluir que la disposición autonómica ha sido ampliamente superada. En efecto, la posibilidad de sustituir la acreditación de la capacidad y solvencia para contratar por una declaración responsable puede utilizarse en relación con cualquier procedimiento de adjudicación, y no solo en relación con los procedimientos negociados o con los abiertos que se acojan a la tramitación simplificada como dice la norma aragonesa.

Ahora bien, no han faltado las críticas a la forma en que esta medida de simplificación administrativa ha sido introducida⁷². Según Francisco BLANCO LÓPEZ, la nueva regulación debiera haber precisado en qué procedimientos de adjudicación puede utilizarse dicha medida. Señala dicho autor que la previsión del art. 146.4 TRLCSP no se puede aplicar en el procedimiento

⁷² Y tampoco las dudas sobre cómo aplicar dicha disposición. Por tal motivo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha publicado una Recomendación sobre la interpretación de algunos preceptos del TRLCSP tras la modificación del mismo realizada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Así, por ejemplo:

- Cuando el órgano de contratación decida sustituir la documentación inicial a que se refiere el artículo 146.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por una declaración responsable, deberá reflejarse así expresamente en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Cuando se contemple la sustitución en el pliego y se indique que deberá cumplirse con este trámite previo mediante la presentación de una declaración responsable, surge la duda de si el órgano de contratación debe admitir que un candidato o licitador que ha presentado, en lugar de declaración responsable, la documentación a que se refiere del artículo 146.1, dé cumplimiento así a este trámite inicial. Esta Junta Consultiva considera que una interpretación formalista en este supuesto que aconseje la no admisión ab initio de la documentación que señala el artículo 146.1 tendría el efecto de limitar injustificadamente el derecho de las empresas a participar en las licitaciones públicas. Por ello esta Junta Consultiva entiende que en el caso señalado supra, el órgano de contratación deberá dar plazo para subsanar a la empresa que hubiera presentado la documentación a que se refiere el artículo 146.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para que, en su lugar, presente la declaración responsable.

- La calificación de la declaración responsable le corresponde a la Mesa de contratación o al órgano que realice sus funciones en cada caso. La Mesa concederá un plazo para subsanar a aquellas empresas cuya declaración responsable presente defectos u omisiones subsanables, en aplicación del artículo 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

restringido puesto que los criterios de solvencia son los que discriminan entre unos y otros candidatos, antes de presentar la oferta, por lo que no cabe trasladar la acreditación de su cumplimiento al momento anterior a la adjudicación. Sostiene también el autor que tampoco puede aplicarse en el procedimiento negociado con publicidad, ya que, de acuerdo con la previsión del art 177.3 TRLCSP (que remite a los artículos 163 a 166 que regulan el procedimiento restringido), debe tramitarse como si de un procedimiento restringido se tratara, de forma que en la redacción actual, el procedimiento negociado con publicidad requiere que los licitadores acrediten su solvencia previamente, para discriminar entre los candidatos a cuales se invita a presentar la primera oferta y negociar posteriormente⁷³.

En el mismo sentido crítico, María Antonia NARVÁEZ JUSDADO apunta los problemas que pueden surgir cuando se haya previsto esta sustitución de la acreditación de la solvencia por una declaración responsable y tramitado el procedimiento uno o varios de ellos hubieran presentado ofertas con valores anormales o desproporcionados según los criterios introducidos en el pliego⁷⁴. En tales casos habrá que dar trámite de audiencia a los licitadores (conforme al art. 152.3 TRLCSP) para que expliquen sus ofertas y clasificar por orden decreciente las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales. El problema, según la citada autora, se puede plantear al hacer esa valoración de los licitadores para detectar las ofertas anormales, ya que los licitadores que no tuviesen capacidad o la solvencia adecuada conforme a lo establecido en el pliego deberían ser previamente rechazados, de modo que el cálculo para apreciar las ofertas anormales debería efectuarse solo con aquellos licitadores que en realidad cumplan los criterios de capacidad y solvencia.

Uno de los aspectos más controvertidos, que también han señalado los primeros comentaristas del art. 146 TRLCSP tras la

⁷³ Concluye Francisco BLANCO que este automatismo, indeseado e incondicionado, entre ambos procedimientos (negociado con publicidad y restringido) debiera eliminarse superando la propia regulación comunitaria que así lo establece.

⁷⁴ "La modificación del artículo 146 TRLCSP o *to er mundo e güeno*", publicado en la Tribuna de opinión del *Observatorio de Contratación Pública* (www.obcp.es) el 11 de noviembre de 2013.

modificación introducida por la Ley 14/2013 es si la medida de simplificación introducida en el apartado 4 puede ser utilizada en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada, o bien se trata de una disposición únicamente aplicable en los contratos no sujetos a regulación armonizada. Lo cierto es que, en principio, el legislador parece haber querido configurar la posibilidad de sustitución de la acreditación de la solvencia por una declaración responsable en los términos más amplios posibles, al no limitar dicha medida de simplificación a unos determinados contratos. Bastará con esta declaración responsable en los contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 euros y de suministros y servicios con valor estimado inferior a 90.000 euros "en todo caso", pero ningún inconveniente parece existir a que tal posibilidad se extienda a contratos de importe superior al mencionado, siempre que el órgano de contratación lo advierta en el Pliego de cláusulas administrativas particulares. Respecto de esos contratos que superan los importes mencionados, los órganos de contratación no deberían tardar ni un día en introducir esa cláusula en sus pliegos, concluía José Miguel CARBONERO⁷⁵.

No obstante lo anterior, Francisco BLANCO ha manifestado la imposibilidad de utilizar la previsión contenida en el art. 146.4 en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada, esto es, aquellos que entran dentro del ámbito de aplicación de la actual Directiva 2004/18, ya que allí se establece que la aportación de la documentación relativa a la aptitud de los licitadores debe ser previa a la presentación de las ofertas⁷⁶.

⁷⁵ "La Ley de emprendedores y la contratación pública: por fin un aligeramiento de los procedimientos de adjudicación", publicado en la Tribuna de opinión del *Observatorio de Contratación Pública* (www.obcp.es) el 28 de octubre de 2013.

⁷⁶ "El sobre A pasa a la Z", publicado en la Tribuna de opinión del *Observatorio de Contratación Pública* (www.obcp.es) el 28 de octubre de 2013. También coinciden con esta interpretación José Miguel CARBONERO y María Antonia NARVÁEZ. Señala Francisco BLANCO que a una conclusión distinta podría llegarse cuando entren en vigor las nuevas Directivas y se incorporen sus disposiciones al Ordenamiento español. En efecto, el art. 57.a del Texto de compromiso alcanzado en julio de 2013 en el seno del Comité de Representantes Permanentes (COREPER) se señala que los poderes adjudicadores aceptarán las declaraciones de los interesados como prueba preliminar de que los candidatos y los licitadores cumplen los requisitos de aptitud para contratar.

Entendemos, sin embargo, que otra interpretación es posible, y que la sustitución de la acreditación de la capacidad y solvencia por una declaración responsable resulta igualmente posible en relación con los contratos sujetos a regulación armonizada, siempre que así se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Ningún obstáculo se deriva, a nuestro juicio, de la Directiva 2004/18 actualmente vigente, que se refiere a la cuestión de la acreditación de la aptitud de los licitadores en su art. 44:

Artículo 44 Verificación de la aptitud y selección de los participantes, adjudicación de los contratos.

1. La adjudicación de los contratos se realizará basándose en los criterios previstos en los artículos 53 y 55, habida cuenta del artículo 24, previa verificación de la aptitud de los operadores económicos que no hayan sido excluidos en virtud de los artículos 45 y 46. Dicha verificación se llevará a cabo por parte de los poderes adjudicadores de conformidad con los criterios de capacidad económica y financiera y de conocimientos o capacidades profesionales y técnicas contemplados en los artículos 47 a 52, y, en su caso, con las normas y criterios no discriminatorios mencionados en el apartado 3.

A nuestro juicio, del precepto reproducido no se deduce que la comprobación de la aptitud de los licitadores deba realizarse en el momento de presentación de ofertas. Antes al contrario, lo que exige la Directiva es que verificación de la aptitud de los operadores económicos se realice previamente a la adjudicación del contrato. En otras palabras, la Directiva no parece configurar la acreditación de la capacidad y la solvencia como requisito de acceso a la licitación, sino como requisito para la adjudicación del contrato. Esta interpretación es la que se viene sosteniendo hace tiempo. Así, para José María GIMENO FELIÚ, es cierto que la Directiva de contratos públicos de 2004 exige ciertos elementos de capacidad y de solvencia para poder contratar con los poderes públicos, exigencia lógica desde la perspectiva de los distintos intereses públicos en juego. Ahora bien, como señala el autor, estos criterios lo son para poder contratar y no para poder licitar. Es decir, la Directiva no se opondría —más bien lo contrario— a un primer trámite de declaración responsable para posterior comprobación antes de la

adjudicación al licitador seleccionado⁷⁷. Desde esta perspectiva, entiende GIMENO FELIÚ, es como debe interpretarse el marco normativo español. Con esta interpretación sería perfectamente posible sostener que la sustitución de la acreditación de la capacidad y la solvencia por una declaración responsable prevista en el art. 146.4 TRLCSP puede utilizarse igualmente en los contratos sujetos a regulación armonizada, siempre que se advierta de ello a los licitadores, consignando tal posibilidad en el Pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por último, en relación con la reciente modificación del art. 146 TRLCSP, se ha introducido en su apartado 5 una previsión para fijar el momento concreto al que debe ir referido el cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia. Este extremo ya había sido objeto de algún conflicto con el sistema anterior, donde la acreditación del cumplimiento de algunos requisitos, como el de estar al corriente del pago de las obligaciones tributarias y con la seguridad social, no se producía hasta un momento anterior a la adjudicación del contrato. Podía surgir la duda de si el cumplimiento de dicho requisito debía ir referido al momento en que finalizara el plazo de presentación de las ofertas o al momento en que se solicitaba tal acreditación (en un trámite anterior a la adjudicación del contrato, una vez identificada la oferta económicamente más ventajosa).

Sobre esa cuestión, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha tenido la oportunidad de pronunciarse ya, adoptando un criterio que parece deberá modificar en el futuro, a la vista de lo que dispone ahora el art. 146.5 TRLCSP. En

⁷⁷ "Directiva de servicios y contratación pública. Hacia la simplificación", en E. MOREU CARBONELL (Ed.) *El impacto de la Directiva BolKenstein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo*, Monográfico XII de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2010, p. 431. Dicho autor se mostraba convencido de que la presentación de una declaración responsable sustitutiva de la acreditación de la capacidad y la solvencia en el momento de la presentación de las ofertas podía aplicarse desde hacía ya tiempo, sin necesidad de que la legislación de contratos del sector público lo previese expresamente: el licitador podría acogerse a esta posibilidad —al entender de aplicación la técnica de la declaración responsable sustitutiva ex artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (introducido, recuérdese, por el número tres del artículo 2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio)— y ante una eventual exclusión por utilizar esa declaración responsable solicitar el amparo mediante el oportuno recurso.

sus resoluciones 48/2013, de 30 de enero de 2013 (recurso 9/2013), 276/2012, de 5 de diciembre (recurso 273/2012) y 33/2010, de 23 de diciembre (recurso 45/2010), el Tribunal Central debía decidir si la obligación de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, contenida en el artículo 49.1.d) de la Ley de Contratos del Sector Público, en cuanto circunstancia que prohíbe contratar, debe cumplirla el empresario desde el momento que presenta su oferta, en la cual se incluye la declaración responsable prevista en el artículo 130.1.c) de la citada Ley, y hasta el momento de la adjudicación, o por el contrario, basta con cumplir dicho requisito en el momento de la adjudicación.

El criterio acogido por el Tribunal Central, citando a su vez los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 39/01 y 28/02, de 13 de noviembre de 2001 y 23 de octubre de 2002, respectivamente, fue que “el requisito de estar al corriente de las obligaciones con la Seguridad Social debe cumplirse desde el momento de presentar las proposiciones (...) y hasta el momento de la adjudicación, procediendo su acreditación en una fecha inmediata anterior a la misma”.

Sin embargo, el art. 146.5 TRLCSP señala ahora como “momento decisivo” para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones, con lo que, a ese momento deberán ir referidas las declaraciones responsables emitidas por los licitadores, así como los certificados que, en su caso, deban presentarse ante las entidades contratantes para justificar el cumplimiento del requisito de estar al corriente del pago de las deudas tributarias y con la Seguridad Social.

2.- Nuevos modelos de organización de la compra pública local.

Asistimos en estos momentos a un proceso de reforma del régimen local que ya hemos detallado en el primer capítulo de este trabajo. Detrás de esas reformas parece encontrarse la idea de una necesaria gestión más eficiente de las competencias municipales, cuestionando el actual modelo por ineficiente. Pero, tal y como ya se ha apuntado, quizá no sea una cuestión de

numero de organizaciones sino de cómo se ejercen las competencias⁷⁸.

En cualquier caso, la regulación del derecho comunitario de los contratos públicos nos permite repensar algunas fórmulas de organización municipal⁷⁹.

A).- La contratación centralizada y sus posibilidades.

Las centrales de compra aparecen configuradas actualmente como una medida organizativa para la racionalización técnica de la contratación pública⁸⁰. El art. 203 TRLCSP las configura como servicios especializados que podrán actuar adquiriendo suministros y servicios para otros órganos de contratación, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos.

Tal y como ha señalado GIMENO FELIÚ, las centrales de compras son un ejemplo de técnica de simplificación administrativa y de especialización de los órganos de contratación de las Administraciones Públicas que tienen por objeto facilitar las adquisiciones y beneficiarse de economías de

⁷⁸ Como indica F. VELASCO CABALLERO, una Administración local es tendencialmente ineficaz cuando la Ley le atribuye competencias que, por sus dimensiones o escala, no se pueden ejercer adecuadamente por su titular («La planta local de España: Criterios para la toma de decisiones», *La Organización Local. Nuevos Modelos*, José María GIMENO (coord.), Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 138). Ante tal situación la cuestión no radica tanto en quien la debe detentar sino como es posible una mejor gestión competencial.

⁷⁹ Sobre el particular, Vid. el interesante trabajo de J.M. GIMENO FELIÚ sobre «La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de la organización en el modelo local», en el *Observatorio de contratos públicos 2012*, Civitas, 2013, pp. 23-86. Señala este autor que la justificación y parámetro de las técnicas de cooperación intermunicipal en el ámbito de la contratación pública está en la mayor eficiencia que suponen para la prestación de los servicios públicos.

⁸⁰ Sobre esta técnica de racionalización puede verse el reciente trabajo de Isabel GALLEGO CÓRCOLES «Las centrales de contratación en clave local», en el número extraordinario de la Revista de estudios locales (Agosto 2013) editado por COSITAL, y dirigido por J. COLÁS TENAS y S. DÍEZ SASTRE, pp. 119-146.

escala⁸¹. Con esta técnica se consigue una tramitación más eficiente y se favorece, mediante el incremento del volumen de compras, el traslado de los ahorros obtenidos entre todas las entidades públicas destinatarias de los servicios de una central de compras. La principal potencialidad de estas centrales derivará de la implantación de medios y procedimientos electrónicos de contratación.

Algunos órganos consultivos en materia de contratación pública se han mostrado abiertamente partidarios de este tipo de técnicas. Por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, en su Informe 5/09, de 18 de diciembre, señalaba que:

"...el objetivo de las centrales de contratación es conseguir una mayor eficacia de la actividad contractual de los entes públicos, tanto desde el punto de vista de gestión, ya que concentra la tramitación de los procedimientos en órganos especializados, evitando que haya una multiplicidad de órganos de contratación dedicados a la adquisición de productos similares y favoreciendo la simplificación administrativa, como desde el punto de vista económico, ya que se aprovecha la reducción de costes que se puede obtener mediante adquisiciones a gran escala, lo que permite una mayor eficiencia de los recursos..."

Y en el mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 5/2010, de 14 de abril, afirmaba que:

"...por lo demás, conviene recordar que los principales objetivos de esta técnica organizativa son la seguridad jurídica y la confianza de los potenciales licitadores. Y permite una eficaz transparencia que, acompañada de una simplificación de los procedimientos, logra obtener, a través de las economías de escala, una eficiente utilización de los recursos públicos —en los términos del artículo 1 LCSP—..."

⁸¹ "La contratación conjunta y las formulas de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de la organización en el modelo local", en J.M. GIMENO FELIÚ y M.A. BERNAL BLAY (Dir/Coord.) *Observatorio de contratos públicos 2012*, Civitas, 2013, p. 34.

Los beneficios de esta técnica de compra conjunta la convierten en un instrumento especialmente idóneo para ser utilizado en el ámbito de la Administración local. A través de este instrumento podrían superarse los inconvenientes que plantea la fragmentación de la demanda de determinadas prestaciones a nivel local, así como la falta de especialización de las unidades de contratación de algunas entidades locales. Así lo advertía precisamente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 5/2010, de 14 de abril, al señalar que:

“...esta opción (la creación de centrales de contratación), resulta especialmente indicada y operativa en el ámbito de la Administración Local de Aragón —excesivamente fragmentada y escasos recursos humanos—. De manera que las Diputaciones Provinciales, a la vista de su función constitucional de asistencia y colaboración con los municipios, pueden constituir centrales de contratación llamadas a convertirse en un claro instrumento de colaboración administrativa; y, traducirse, en simplificación de la política de compras públicas para muchos de los sujetos sometidos a la LCSP, especialmente los municipios de escasa población y recursos...”

La Disposición Adicional Segunda del TRLCSP incide en esta idea al prever en su apartado 5 que las competencias en materia de contratación 5 que correspondan a los municipios de población inferior a 5.000 habitantes podrán ser ejercidas, suscribiendo un acuerdo a tal efecto, por los órganos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en las Diputaciones Provinciales⁸². El ejercicio por las centrales de compra provinciales de las competencias en materia de contratación que le atribuyan los pequeños municipios no es sino una manifestación de la función de asistencia y cooperación con los municipios que establece el art. 36.1 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

En alguna ocasión se ha planteado la posibilidad de crear centrales de compras dependientes de entidades distintas a las

⁸² “La contratación conjunta y las formulas de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de la organización en el modelo local”, en J.M. GIMENO FELIÚ y M.A. BERNAL BLAY (Dir/Coord.) *Observatorio de contratos públicos 2012*, Civitas, 2013, p. 37.

Diputaciones Provinciales. Es cierto que el TRLCSP únicamente contempla su creación en el marco de dichas organizaciones, circunstancia que llevó a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 27/09, de 1 de febrero de 2010 a sostener la inviabilidad de tal opción. Concluía la Junta Consultiva en dicho informe que “las entidades locales que no sean Diputaciones Provinciales pueden adherirse a los servicios especializados de contratación centralizada creados por el Estado, las Comunidades Autónomas o las Diputaciones Provinciales, pero no asociarse entre sí para la creación de los mismos”.

Sin embargo, tal interpretación, aun respondiendo al tenor literal de la norma, desconoce una de las principales virtudes de la técnica de agregación de la demanda, como es el incremento de la eficiencia de las contrataciones al permitir la obtención de ofertas económicamente más ventajosas fruto de las economías de escala que genera la agregación de demandas de un mismo bien o servicio. Por ese motivo, no parece justificada una interpretación tan rígida, que excluya otras opciones de centralización de compras, que por otra parte no aparecen expresamente prohibidas por el TRLCSP. Esa fue precisamente la interpretación que hizo sobre esta misma cuestión la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, que en su Informe 10/2011, de 27 de octubre, termina por concluir que las centrales de compra, como servicios especializados que constituyen sistemas para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos públicos, “son instrumentos de colaboración y de asistencia y cooperación jurídica y técnica que tienen como objetivo conseguir más eficacia en la contratación pública, facilitando y simplificando la gestión y reduciendo el gasto público, de modo que “no parece necesario ni justificado limitar su creación, en el ámbito de la Administración Local, a las Diputaciones Provinciales”. La misma tesis defendió la Junta Consultiva Catalana en su posterior Informe 10/2012, de 20 de julio, donde se termina concluyendo que “las entidades del sector público pueden centralizar la contratación de obras, servicios y suministros y atribuirla a servicios especializados, con la finalidad de racionalizar y ordenar la adjudicación de sus contratos. En consecuencia, decía la Junta, se considera conforme con la normativa de contratos del sector público que un municipio actúe como órgano centralizado de contratación y adquiera suministros y servicios para otros órganos de

contratación o adjudique contratos o establezca acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados en éstos”. Y la misma conclusión se alcanza en el más reciente informe –también de la Junta Consultiva de Cataluña- núm. 5/2013, de 11 de abril, afirmándose la posibilidad de creación de una central de compras por parte de un consejo comarcal.

No puede olvidarse por otra parte que la posibilidad de creación de centrales de compras fuera del ámbito de las Diputaciones Provinciales ha sido ya recogida en alguna norma legal sobre contratación pública. En efecto, el art. 39 de la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra posibilita que las “administraciones públicas de Navarra” –y, por lo tanto, también las locales– creen centrales de compras o se constituyan como tales, bajo cualquier forma válida en derecho, para satisfacer sus necesidades, de las entidades y organismos vinculados o dependientes de éstas y de sus entes instrumentales propios, así como que se asocien para constituir centrales de compras o adherirse a las centrales de compras ya constituidas mediante el correspondiente acuerdo de adhesión⁸³.

Esta segunda interpretación parece la más acorde con una interpretación sistemática del marco normativo vigente. En línea con lo que ha señalado GIMENO FELIÚ, la decisión de agregar las compras entre varias entidades locales no pasa de ser una cuestión organizativa, y como tal, debe ser resuelta en la lógica de los principios de la regulación local⁸⁴. Y nada hay más inherente a esta regulación que las fórmulas cooperativas y

⁸³ Igualmente estaba prevista la creación de centrales de compras al margen de las Diputaciones Provinciales en el proyecto de ley reguladora del patrimonio, el servicio público y la contratación local de Aragón (publicado en el boletín Oficial de las Cortes de Aragón nº. 263) que finalmente no llegó a aprobarse. En dicho Proyecto se regulaban las centrales de contratación en el ámbito local en el artículo 81. Dicho precepto preveía la posibilidad de que las entidades locales que tuviesen un presupuesto en el que los recursos por operaciones corrientes alcanzasen los 6 millones de euros creasen centrales de contratación o se constituyeran como tales, para satisfacer sus necesidades, las de las entidades y organismos vinculados o dependientes de éstas y las de sus entes instrumentales propios. Igualmente se preveía la posibilidad de que diferentes entidades locales se asociaran con el objeto de constituir centrales de contratación, o se adhiciesen a las centrales de compras que ya estuviesen constituidas.

⁸⁴ “La contratación conjunta y las formulas de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de la organización en el modelo local”, en J.M. GIMENO FELIÚ y M.A. BERNAL BLAY (Dir/Coord.) *Observatorio de contratos públicos 2012*, Civitas, 2013, p. 37.

asociativas de las que las centrales de compra no son sino una de sus particulares manifestaciones.

De esta manera, quedaría abierta la posibilidad de que fuesen creadas centrales de compra en el seno de organizaciones distintas de las Diputaciones Provinciales, como sería el caso, por ejemplo, de consorcios⁸⁵ o mancomunidades⁸⁶. Igualmente sería posible su creación en el seno de otras entidades locales que recojan entre sus funciones las de asistencia y cooperación con los municipios, como sería el caso de las Comarcas, previstas en la legislación de algunas Comunidades Autónomas.

Sobre la forma de configurar las funciones de las centrales de compra, el art. 203 TRLCSP ofrece un margen suficientemente amplio. Si lo que se prefiere es dejar mantener la decisión formal de la adjudicación del contrato en el órgano de contratación originario, convendría optar por una central de compras que tramitase el expediente de contratación y elevase una propuesta de adjudicación al órgano de contratación, para que fuera este quien adoptar la decisión de adjudicar el contrato y posteriormente lo formalizara (opción que supondría la asunción por parte del órgano de contratación del compromiso presupuestario necesario para la ejecución del contrato). Si por el contrario lo que se prefiere es una gestión integral de todo el proceso licitatorio, la opción idónea pasaría por atribuir a la central de compras dicha responsabilidad, habilitando previamente el crédito presupuestario suficiente a favor de dicha entidad. Es ese caso, el contrato lo formalizaría la central de

⁸⁵ El informe 10/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña antes citado terminaba concluyendo precisamente la viabilidad de que el Consorcio de Salud y de Atención Social de Cataluña, de base municipalista, actuase como órgano centralizado de contratación .

⁸⁶ Esta opción debería validarse tras la reforma de la Ley reguladora de las bases del régimen local actualmente en tramitación. El Proyecto de ley de modificación de dicho texto señala que las competencias de las mancomunidades de municipios estarán orientadas exclusivamente a la realización de obras y la prestación de los servicios públicos que sean necesarios para que los municipios puedan ejercer las competencias o prestar los servicios enumerados en los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, incurriendo en causa de disolución aquellas Mancomunidades de municipios que tengan por objeto un diferente al señalado (Cfr. Disposición transitoria duodécima).

compras, asumiendo la responsabilidad de su ejecución, así como las potestades necesarias para su control.

A pesar de las indudables ventajas que presentan las centrales de compra, en la decisión (organizativa) de crear una central de compras deben valorarse los costes de implantación de una nueva estructura (que necesariamente ha de ser profesional y especializada), y confrontarlos con los eventuales ahorros que generaría dicha medida (incluidos, en su caso, los derivados de la supresión de órganos encargados de la tramitación de los expedientes de contratación, para evitar una indeseable duplicidad de órganos con las mismas competencias).

Adviértase asimismo que la actual coyuntura económica de crisis financiera y de redefinición del modelo organizativo español, aconsejan soluciones no formalizadas, articuladas sobre acuerdos de cooperación de carácter convencional y flexible, para cuya ejecución puedan utilizarse las estructuras administrativas ya existentes.

En este sentido, y aunque el TRLCSP no prevé expresamente la posibilidad de que varios entes contratantes sumen sus necesidades y tramiten un único procedimiento de licitación de manera conjunta, no parece que exista inconveniente legal para ello. De hecho, tal posibilidad es admitida de forma natural por la vigente Directiva 2004/18, que al definir en su art. 1 el concepto de contratos públicos señala que lo son "los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y *uno o varios poderes adjudicadores...*". Esta solución plantea como ventaja principal la innecesariedad de creación de nuevas estructuras profesional, articulando la tramitación de los procedimientos a través de los servicios existentes de cada corporación local. Además, no obliga a su utilización de forma ordinaria, sino únicamente para los contratos que así se convenga por los Ayuntamientos interesados.

La ausencia de previsión legal no impide, como decimos, la utilización de esta técnica de cooperación horizontal, que puede precisarse para su ejecución bien una delegación de las competencias para contratar a favor de una de las entidades, bien una encomienda de gestión para la tramitación del procedimiento, cuando la decisión de adjudicación la retengan cada uno de los órganos de contratación.

B).- La cooperación horizontal como nueva fórmula de organización local.

La cooperación administrativa de las Entidades locales se caracteriza, en primer lugar, por su voluntariedad (art. 57 LRBRL), circunstancia que la diferencia de la «coordinación» por implicar esta última un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado. Además de su voluntariedad, debe advertirse que la cooperación no supone alteración ni de la titularidad ni del ejercicio de las competencias de las Entidades cooperantes (STC 214/1989, FJ 20), antes al contrario, es una técnica que permite flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias.

Entre las fórmulas para materializar esta cooperación interadministrativa pueden distinguirse con carácter general las de naturaleza institucional, que se canalizan a través de la creación de una entidad diferente a las entidades cooperantes, de las que se articulan a través de vínculos convencionales. Sobre esta cuestión, el art. 57 LRBRL remite a las formas y los términos previstos en las Leyes, «pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o convenios administrativos que suscriban», fórmulas que son los paradigmas de la cooperación tanto institucionalizada (los consorcios, junto a otras entidades de naturaleza pública o privada) como convencional (los convenios administrativos).

Por otra parte, y en cuanto a los términos para su articulación, las disposiciones de la normativa sobre contratos públicos operan como límite a la voluntariedad caracterizadora de las relaciones de cooperación, especialmente en las de tipo convencional, ya que las de naturaleza institucional están excluidas de su ámbito de aplicación (a la decisión de constituir un consorcio entre varias Administraciones públicas no se le aplican los procedimientos, ni siquiera los principios, de la normativa sobre contratación). La exclusión con carácter general de la cooperación convencional del ámbito de aplicación de la normativa española sobre contratación pública fue reprochada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 13 de enero de 2005 (As. C84/03, *Comisión vs. Reino de España*). En dicho pronunciamiento se enjuiciaba la conformidad con el Derecho europeo de contratos públicos de la exclusión del ámbito de

aplicación de la normativa nacional sobre la materia (por entonces el TRLCAP) de «los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí». El recurso planteado por la Comisión se fundaba en que algunos de estos convenios podían tener la misma naturaleza que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas, sosteniendo que el supuesto de exclusión del que tratamos no encontraba respaldo en las mismas. Efectivamente, el Tribunal de Justicia señaló que la normativa española constituía una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37, dado que excluía a priori del ámbito de aplicación del TRLCAP las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, fuera cual fuese la naturaleza de estas relaciones (Cfr. apdo. 40 de la Sentencia) .

En cumplimiento de dicha Sentencia, por vía del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, fue modificado el TRLCAP en el sentido de someter a sus disposiciones los convenios interadministrativos, cuando tuvieran por objeto el propio de los contratos de obras, suministro, consultoría y asistencia técnica o servicios, siempre que el importe de los mismos fuera superior a los umbrales que califican a un contrato como de interés comunitario⁸⁷. El art.. 4.1.c TRLCSP excluye ahora de su ámbito de aplicación

«Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley».

⁸⁷ En un primer momento, por debajo de estos umbrales, y aun cuando el convenio tuviese por objeto prestaciones típicas de los contratos administrativos, no resultaban aplicables las disposiciones del TRLCAP, aunque con la aprobación de la LCSP en 2007 se eliminó el requisito cuantitativo para determinar la inclusión o exclusión de un convenio interadministrativo en el ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos.

El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de 2005 criticaba la exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación de todos los convenios administrativos al margen de su naturaleza jurídica. Pero no se ha negado nunca la posibilidad de que algunos convenios queden excluidos del ámbito de aplicación de esa normativa. El propio Tribunal de Justicia ha analizado numerosos casos de relaciones entre poderes adjudicadores concluyendo su naturaleza no contractual y por tanto, su exclusión del ámbito de aplicación de las Directivas, aun cuando el objeto de dichos acuerdos comprendiese prestaciones típicamente contractuales. Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso de los «encargos a medios propios» que luego analizaremos. Al hilo de esos encargos a medios propios, el Tribunal de Justicia se ha referido en alguna ocasión a la cooperación interadministrativa en el marco de una entidad diferente de las entidades colaboradoras⁸⁸. Sin embargo, la excepción puede aplicarse a otras fórmulas organizativas que se utilicen para articular la cooperación entre diferentes sujetos públicos, ya que el Derecho de la Unión Europea no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente.

a).- La cooperación intermunicipal.

En ese sentido se pronunciaba el Parlamento Europeo en su Resolución sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 26 de octubre de 2006 (2006/2043/INI), al hilo de la cooperación intermunicipal. Considera el Parlamento (apdo. 45) que dicha cooperación «debe considerarse irrelevante en materia de Derecho de contratación pública cuando:

- a) se trate de cooperación entre autoridades municipales,
- b) las tareas encomendadas a esas autoridades municipales sean objeto de reestructuración técnico-administrativa o las competencias de supervisión de las

⁸⁸ El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008 (As. C 324/07, *Coditel Brabant SA*, apdos. 48 y 49), afirmaba que una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas.

autoridades locales sean similares a las que ejercen sobre sus propios servicios, y

- c) las actividades se lleven a cabo básicamente para las autoridades locales correspondientes.

El Parlamento europeo rechazaba entonces la aplicación del Derecho de contratación pública en los casos en los que los municipios acordasen desempeñar cometidos conjuntamente con otros municipios en su ámbito geográfico de actuación como medida de reorganización administrativa, sin ofrecer a terceros en el mercado libre la prestación de tales servicios (apdo. 46). Se funda su opinión en que el Derecho de contratación pública debe aplicarse sólo cuando las autoridades locales ofrezcan servicios en el mercado actuando como empresas privadas en el contexto de cooperación entre tales autoridades locales o prevean que las tareas públicas las desempeñen empresas privadas u otras autoridades locales (apdo. 48).

Unos años más tarde, el mismo Parlamento europeo volvía a insistir en esta idea, y tomando su doctrina como argumento para reforzar su criterio, en su Informe sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública de 10 de mayo de 2010 (2009/2175/INI), el reiteraba su opinión de que la cooperación entre municipios no está sujeta a la normativa de contratación pública cuando se cumplen los criterios siguientes (apdo. 9 *in fine*):

- a).- si se trata de la prestación de un servicio público que incumbe a las entidades locales interesadas,

- b).- si el servicio lo prestan exclusivamente los organismos públicos interesados, sin participación de empresas privadas, y

- c).- si la actividad de que se trate se presta esencialmente para las autoridades públicas participantes.

Esta opinión, favorable a la articulación de una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales sin sujetar el nacimiento de esos vínculos a la normativa sobre contratos públicos también ha sido admitida por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 9 de junio de 2009, (As. C 480/06, *Comisión Vs. República Federal de Alemania*). La Sentencia

versaba sobre un acuerdo de cooperación entre cuatro Landkreise⁸⁹ de Baja Sajonia (Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingbommel y Stade) y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, para la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, construida a instancias de la ciudad de Hamburgo. En tal supuesto no se articuló la cooperación a través de una organización distinta de los Landkreise y la ciudad de Hamburgo, sino a través de un contrato entre todas ellas. La exclusión de este contrato del ámbito de aplicación de las Directivas, al igual que en el caso de los encargos a medios propios, se encuentra en la consideración de su naturaleza organizativa y no contractual, habida cuenta de la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración.

Tanto la opinión del Parlamento como la doctrina del Tribunal de Justicia parecen caminar en una misma dirección: la necesidad de distinguir, a efectos de aplicar o no la normativa sobre contratos públicos, entre formas modernas de organización de la ejecución (conjunta) de las tareas públicas por los poderes adjudicadores, guiadas exclusivamente por consideraciones de interés público, por una parte (es decir, no reguladas por las normas de contratación pública), y la pura compraventa (comercial) de bienes y servicios en el mercado, por otra (sujeta a la normativa sobre contratos públicos). Y parece que tal consideración cuenta con el *placet* de la Comisión, que en la

⁸⁹ Técnicamente, los Kreise no son asociaciones de municipios sino Corporaciones territoriales (Gebietskörperschaft), cuyos miembros son los ciudadanos del correspondiente territorio, los vecinos, y no los municipios. Las competencias atribuidas a los Kreise pueden haber sido originalmente y tradicionalmente objeto de la competencia ejercida como propia por los municipios pero que posteriormente, y debido a la evolución técnica, social y económica, se asignan a los Kreise, al considerar que se trata de asuntos que no forman parte de la competencia propia municipal pues los municipios no constituyen ya la organización pública que pueden gestionarlos de forma más adecuada a los intereses de los vecinos. Junto a los Kreise existen ciudades que, por sus características, fundamentalmente demográficas y por su elevada capacidad de gestión, no se encuentran integradas en un Kreis. Son las denominadas ciudades-Kreis, o ciudades libres de Kreis (kreisfreie Städte, Stadtkreise o Kreisfreie Städte). En la actualidad el 95% del territorio alemán se encuentra organizado en Kreise, y tan sólo un 5% de municipios no se encuentran incorporados a ningún Kreis. Tomo la información sobre la figura de los Kreise del estudio de J. ORTEGA BERNARDO incluido en F. VELASCO CABALLERO (Dir.): *Gobiernos Locales en estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, Institut d'Estudis Autònoms, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010, esp. págs. 108-114.

nueva Directiva ha configurado una exclusión de su ámbito de aplicación para los contratos celebrados entre dos poderes adjudicadores en los que

- a) el contrato establezca o implemente una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con el ánimo de asegurar que los servicios públicos que deben prestar son provistos con miras a lograr los objetivos que tienen en común.
- b) el acuerdo se rija únicamente por consideraciones de interés público;
- c) que los poderes adjudicadores participantes no realicen en el mercado libre más del 20 % de las actividades pertinentes en el contexto del acuerdo.

b).- Requisitos que justifican la exclusión de las relaciones de cooperación horizontal del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública.

Al igual que sucede con los encargos a medios propios, donde es la concurrencia acumulativa de dos requisitos la circunstancia que determina que la relación entre el poder adjudicador y el medio propio no tenga la consideración de contrato sino que entre dentro del ámbito de la organización administrativa, la exclusión de las fórmulas de cooperación interadministrativa horizontal del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos encuentra su fundamento en la concurrencia de los requisitos apuntados tanto por el Parlamento europeo como por el Tribunal de Justicia, cuyo análisis abordaremos a continuación.

- Cooperación entre sujetos públicos.

Un primer requisito, de tipo subjetivo, sería la naturaleza pública de las entidades cooperadoras, de modo y manera que la participación de capital privado en alguna de las entidades cooperantes impediría que esa cooperación quedase exenta como tal de las normas sobre contratación pública.

El mismo requisito se ha exigido en relación con los encargos a medios propios con fundamento en que la participación de sujetos privados determina la posibilidad de

reconducir el ámbito de actuación a propio de la esfera organizativa de la Administración. Al ser considerada la cooperación horizontal como una fórmula organizativa (compartiendo tal carácter con los encargos a medios propios) entendemos que le resulta de aplicación el mismo requisito. En efecto, la relación entre las entidades cooperantes de naturaleza pública se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta. Además, la participación de capital privado en una de las entidades cooperadoras perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que, entre otras cosas, se otorgaría a una empresa privada una ventaja en relación con sus competidores (Vid. en este sentido la Sentencia de 11 de enero de 2005, As. C-26/03, *Stadt Halle*, apdos. 50 y 51).

- Las relaciones con terceros que resulten necesarias para desarrollar la cooperación no quedan exentas de la aplicación de las normas sobre contratos públicos.

La unión de las entidades cooperadoras agrupadas en los términos que disponga el acuerdo de cooperación tienen, por definición, la condición de poder adjudicador. Así puede deducirse del art. 1.9 de la Directiva 2004/18, (y en el mismo sentido, el art. 3.3 LCSP), que precisamente atribuye tal condición a las asociaciones de entes territoriales». En tanto que poder adjudicador, su actividad contractual quedará sometida a las Directivas así como a la legislación nacional sobre la materia, ya que la exclusión de la colaboración interadministrativa del ámbito de aplicación de las Directivas no alcanza a las relaciones que las entidades colaboradoras deban entablar con terceros para materializar esa colaboración.

En este sentido, la cooperación interadministrativa no prejuzga la eventual convocatoria de una licitación cuando sea necesaria para el desarrollo de la cooperación, al igual que sucede con la actividad contractual de los «medios propios». En el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 2009, las entidades implicadas colaboraban para la prestación del servicio de eliminación de residuos, sin que quedase excluida del ámbito de aplicación de la Directiva la licitación necesaria

para la construcción y explotación de la instalación de tratamiento de residuos, instalación (obra) a través de la cual se materializaba la cooperación de las entidades que fue obtenida a través del oportuno procedimiento competitivo.

- La finalidad de la cooperación es alcanzar un objetivo común que presente un interés público.

El primero de los condicionantes objetivos para excepcionar la aplicación de la normativa sobre contratos públicos es que la cooperación tenga por objetivo garantizar una misión de interés público (terminología comunitaria) o la prestación de un servicio público (terminología española).

La normativa sectorial suele señalar esas misiones de interés público. En el caso de la Sentencia de 9 de junio de 2009, la misión de interés público derivaba de la aplicación de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, que obliga a los Estados miembros a establecer planes de gestión de residuos que incluyan, en particular, «las medidas apropiadas para fomentar la racionalización de la recogida, de la clasificación y del tratamiento de los residuos», siendo una de las medidas más importantes la búsqueda de un tratamiento de residuos en una instalación lo más cercana posible, de conformidad con la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 75/442/CEE. En ese caso, contrato suscrito tenía como finalidad permitir a la ciudad de Hamburgo construir y hacer explotar una instalación de tratamiento de residuos en las condiciones económicas más favorables posibles gracias a los aportes de los residuos de los Landkreise vecinos (que permitía alcanzar una capacidad de 320.000 toneladas). Por este motivo, la construcción de dicha instalación sólo se decidió y se realizó una vez que los cuatro Landkreise acordaron utilizar la central y se comprometieron al respecto.

Por el contrario, el Tribunal de Justicia descartó la existencia de una misión de servicio público en su Sentencia de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, que trae causa de una cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia de en relación con un contrato de consultoría celebrado entre la Azienda

Sanitaria Locale di Lecce y la Universidad de Salento⁹⁰. Señalaba el Tribunal de Justicia que las actividades de estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de las instalaciones hospitalarias de la provincia de Lecce a desarrollar por un grupo de investigación de la Universidad de Salento, a pesar de que puedan estar incluidas en la investigación científica, están comprendidas, según la naturaleza efectiva de esas actividades, bien en los servicios de investigación y desarrollo mencionados en el anexo II A, categoría 8, de la Directiva 2004/118, bien en los servicios de ingeniería y en los servicios conexos de consultores

⁹⁰ La normativa italiana sobre enseñanza universitaria admite que las universidades puedan llevar a cabo actividades de investigación y consultoría en virtud de contratos o convenios celebrados con entidades públicas y privadas, siempre que dichas actividades no obstaculicen el desarrollo de su función científico-didáctica.

El 22 de octubre de 2009 la Azienda Sanitaria Locale di Lecce y la Universidad de Salento formalizan un contrato por importe de 200.000 euros + IVA que tenía por objeto la realización, por un grupo de investigación de la Universidad, de un estudio y una evaluación de la vulnerabilidad sísmica de las instalaciones hospitalarias de la provincia de Lecce a la luz de las recientes normas nacionales relativas a la seguridad de las instalaciones, especialmente de los edificios considerados «estratégicos». Diversos colegios y asociaciones profesionales, así como varias empresas, recurrieron esa adjudicación alegando el incumplimiento de la normativa nacional y de la Unión en materia de contratos públicos.

Las dudas que al Consiglio di Stato italiano le surgían sobre si la antesdescrita actuación vulneraba o no la normativa sobre contratos públicos motivaron la solicitud de cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. En concreto se preguntaba sobre si «La Directiva 2004/18, y en particular el artículo 1, apartado 2, letras a) y d), el artículo 2, el artículo 28 y el anexo II [A], categorías 8 y 12, ¿se oponen a una normativa nacional que permite la celebración de acuerdos por escrito entre dos Administraciones adjudicadoras para el estudio y la evaluación de la vulnerabilidad sísmica de establecimientos hospitalarios que se realizarán a la luz de la legislación nacional en materia de seguridad de las instalaciones y en particular de los edificios estratégicos, a cambio de una contraprestación no superior a los costes soportados por la ejecución de la prestación, cuando la Administración ejecutante pueda presentar la condición de operador económico?»

en ciencia y tecnología mencionados en la categoría 12 de dicho anexo⁹¹.

No puede considerarse, señalaba el Tribunal de Justicia, que la operación llevada a cabo entre la Azienda Sanitaria Locale di Lecce y la Universidad de Salento obedezca a una "relación de cooperación interadministrativa", por incluir una serie de aspectos materiales de los que una parte considerable, si no preponderante, corresponde a actividades realizadas generalmente por ingenieros o arquitectos y que, aunque tengan una base científica, no son investigación científica. En consecuencia, concluía el Tribunal de Justicia, "la misión de servicio público objeto de la cooperación entre entidades públicas establecida por dicho contrato no parece garantizar la realización de una misión de servicio público común a la Azienda Sanitaria Locale y a la Universidad"⁹².

- El objeto de la cooperación debe exceder de la mera prestación de servicios de un ente a otro.

Otra de las razones que se han señalado para justificar la exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública de las fórmulas de cooperación interadministrativa horizontal es que no se ciñen a un simple intercambio de prestaciones de servicios (en sentido amplio) a cambio de un precio, sino que se proyectan sobre ámbitos superiores.

A la hora de determinar esos ámbitos superiores sobre los que se proyecta la cooperación horizontal y que quedarían excluidos de la aplicación de la normativa sobre contratos públicos debe tenerse presente que la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro

⁹¹ El Tribunal no tuvo en consideración que la retribución a percibir por la Universidad de Salento se limitase al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado, ya que tal circunstancia no hace quebrar el carácter oneroso de la relación.

⁹² Además, el contrato controvertido en el litigio principal podía favorecer a empresas privadas si los colaboradores externos altamente cualificados que, de acuerdo con el contrato celebrado la Universidad podía contratar para la realización de ciertas prestaciones, incluyeran a prestadores privados.

que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro (Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 1998, As. C-360/96, *BFI Holding*, apartado 41). De ello cabe deducir que el objetivo de las Directivas consiste en excluir tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades adjudicadoras como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico (véanse, en este sentido, las Sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 1998, As. C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria y otros*, apdo. 33, de 3 de octubre de 2000, As. C-380/98, *University of Cambridge*, apdo. 17, y *BFI Holding*, antes citada, apartados 42 y 43). Por lo tanto, el concepto de «prestación de servicios» que maneja la normativa comunitaria sobre contratos públicos debe entenderse referido exclusivamente a las prestaciones de servicios que pueden ofrecerse en el mercado por los operadores económicos.

En este sentido, puede decirse que la cooperación interadministrativa horizontal, para quedar excluida del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos, debe proyectarse sobre actuaciones «fuera de mercado». Es decir, que el objetivo principal de la cooperación no puede tener naturaleza comercial.

No conviene confundir lo anterior con otro concepto de alcance diferente, cual es el de ausencia de «vocación de mercado». Podría decirse que una actuación tiene «vocación de mercado» cuando la prestación en que consiste está disponible en el mercado, ofertada por operadores privados que compiten en el mismo al perseguir objetivos comerciales iguales o parecidos y utilizando los mismos instrumentos. La cooperación exenta de la aplicación de las normas de contratación no debe incluir este tipo de actuaciones.

Sobre el concepto de “vocación de mercado” ya tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-573/07, *Sea Srl*, apdos. 73 a 80). En un supuesto de encargo a un medio propio, se discutía, al examinar la concurrencia de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios para entender satisfecho el primero de los

requisitos *Teckal*, si la vocación de mercado de una sociedad mercantil podía precarizar el control análogo ejercido por las entidades que participaban en su capital social. En el supuesto enjuiciado, el Tribunal de Justicia admitió la existencia de ese control análogo aun cuando el medio propio prestaba servicios en favor de personas diferentes a las entidades que lo controlan, basándose en el hecho de que esos servicios a terceros no representaban la parte esencial de su actividad ⁹³. El reconocimiento de la facultad de actuar en el mercado –decía el Tribunal de Justicia– no basta para considerar que el medio propio tiene vocación de mercado que precariza el control por las entidades que participan en su capital poseen. En definitiva, que el vínculo de destino de la actividad del medio propio para con las entidades que lo controlan puede no ser exclusivo, conclusión reforzada por el hecho de que la segunda condición impuesta en la Sentencia *Teckal*, de que la sociedad adjudicataria debe realizar la parte esencial de su actividad con las entidades que la controlan, permite que la referida sociedad ejerza una actividad que tenga carácter marginal con otros operadores distintos a dichas entidades (véase, en este sentido, la Sentencia de 11 de mayo de 2006, AS. C 340/04, *Carbotermo y Consorzio Alisei*, apdo. 63). Esta condición carecería de objeto si la primera condición impuesta en la sentencia *Teckal* se interpretara en el sentido de que prohíbe cualquier actividad accesoria, incluso con el sector privado.

En íntima relación con lo anterior se encuentra la cuestión del ámbito geográfico que comprende la cooperación interadministrativa. En la misma Sentencia de 10 de septiembre de 2009, el ámbito geográfico de actividad del medio propio quedaba circunscrito a los límites de los territorios en los que los socios ejercían su competencia, pero sin negar la posibilidad de actuar en un territorio distinto, siempre que tuviera por objeto el ejercicio de actividades accesorias a la que constituía el objeto

⁹³ En su defensa, el medio propio (que había recibido el encargo de prestar un servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos y asimilados) afirmó que la facultad de que disponía de tratar con empresas del sector privado era un accesorio necesario para la ejecución de sus funciones de servicio público. Como ejemplo, mencionó la separación selectiva de los residuos, que podía requerir la reventa de determinadas categorías de materiales recuperados a entidades especializadas para su reciclaje. Según la entidad, se trataría de actividades accesorias a la recogida de residuos, y no de actividades ajenas a la actividad principal.

principal del medio propio, y no de actividades ajenas a esa actividad principal.

Sin embargo, como decíamos, una cosa es la falta de vocación del mercado, que no excluye la participación marginal o no esencial en el mismo, y otra la actuación fuera o al margen del mercado. Es decir, prestaciones o actividades que no oferta el mercado, por estar vinculadas exclusivamente a objetivos de interés público que no persiguen quienes actúan en el mismo. Este tipo de actividades serían las que podrían ser propias de una cooperación horizontal y quedar excluidas del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública. Este es precisamente el sentido que puede darse a las palabras del Tribunal de Justicia, cuando en su Sentencia de 9 de junio de 2009 afirma que «la cooperación entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público» (Cfr. apdo. 47).

Recordemos que, en aquel caso, el contenido material del acuerdo de cooperación no se identificaba con el propio de un contrato público, pues algunos de sus términos excedía de los propios de una relación contractual ordinaria:

- los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo no asumen en modo alguno la responsabilidad de la explotación de dicha instalación y no ofrecen ninguna garantía a este respecto. En caso de paralización o mal funcionamiento de la instalación, sus obligaciones se limitan a ofrecer capacidades de reemplazo, obligación condicionada, sin embargo, por dos circunstancias. Por un lado, la eliminación de residuos de la ciudad de Hamburgo debe garantizarse de manera prioritaria y, por otro, deben estar disponibles capacidades en otras instalaciones a las que tengan acceso los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo (apdo 39).
- del contrato resulta que los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, que disponen del derecho a percibir una indemnización por daños y

perjuicios frente al titular de la citada instalación, se comprometen, en caso de que dichos Landkreise hubiesen sufrido un perjuicio, a defender sus intereses frente al titular de la instalación incluso mediante un recurso judicial, llegado el caso (apdo. 40)

- los cuatro Landkreise ponen a disposición de los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo las capacidades de vertido que ellos mismos no utilizan con el fin de paliar la falta de capacidades de vertido de la ciudad de Hamburgo. Del mismo modo se comprometen a aceptar en sus vertederos una cantidad de escorias de incineración no valorizables proporcional a la cantidad de residuos que han aportado (apdo 41).
- las partes contratantes deben, si fuera necesario, prestarse asistencia en el marco de la ejecución de su obligación legal de eliminación de residuos. En particular, está previsto que en determinadas circunstancias, como la sobrecarga puntual de la instalación en cuestión, los cuatro Landkreise de que se trata se comprometen a reducir la cantidad de residuos aportada y aceptan, así, limitar su derecho de acceso a la incineradora (apdo. 42)

En base a los anteriores indicadores puede decirse que el contrato celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los Landkreise constituía la culminación de una acción de cooperación intermunicipal entre las partes del mismo que no obedecía a la lógica contractual.

En el mismo sentido, y por cuanto respecta al ámbito geográfico de desarrollo de la cooperación interadministrativa, para quedar excluida de la aplicación de las normas sobre adjudicación de contratos públicos, debería ceñirse al propio de las entidades cooperadoras, descartando la posibilidad de intervención en otros ajenos a su ámbito de competencia territorial.

En conclusión, parece que el requisito relativo al objeto de la cooperación de que se proyecte sobre una prestación que esté fuera del mercado determina la imposibilidad de que con base en el acuerdo de colaboración se presten servicios a terceros, pues

ello desviaría la atención de la persecución de objetivos de interés público que es la finalidad que justifica su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos. Puede decirse en este sentido que se trata de una condición mucho más estricta que la que se predica en relación con los encargos a medios propios, donde se permite la actuación del medio propio con terceros siempre que la parte esencial de su actividad tenga como destinatario al ente o entes que lo controlan.

- La causa del vínculo entre las entidades cooperantes no puede ser el pago de un precio.

En último lugar, debe estudiarse el tipo de conexión entre las entidades cooperantes. En el caso de los encargos a medios propios, es la presencia de un control conjunto sobre el medio propio, análogo al ejercido sobre los propios servicios, lo que determina (en concurrencia con el vínculo de destino de la actividad) la exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación. Si no existe ese control, por no tratarse de una cooperación interadministrativa horizontal, y para distinguir el supuesto de un contrato público normal, la propia Comisión ha señalado que parece necesario que del vínculo se deduzcan derechos y obligaciones recíprocos «que vayan más allá de la realización de una tarea a cambio de una remuneración»⁹⁴. En este sentido, puede decirse que para quedar excluido del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos la causa del vínculo entre las partes no puede ser la propia de los contratos (la remuneración), sino que ha de consistir en algo distinto.

En el caso de la Sentencia de 9 de junio de 2009, y en relación con los derechos económicos de las partes, el Tribunal de Justicia certificó que la prestación de servicios de eliminación de residuos únicamente daba lugar al pago de un precio al titular de la instalación. De las estipulaciones del acuerdo de cooperación se deducía que, entre las entidades cooperantes, no había otros movimientos financieros que los correspondientes al reembolso a los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo

⁹⁴ Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente (COM(2011) 15 final), págs. 24-25.

por parte de los Landkreise de la parte de los gastos que les correspondían (Cfr. apdo. 43), que posteriormente eran transferidos al operador de la central de valorización térmica. Los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo no percibían, por tanto, ningún precio de los Landkreise. Llama la atención que la nueva Directiva, en su versión final, no ha recogido este requisito relativo a las transferencias económicas entre las partes contratantes, limitadas al reembolso de los costes reales de las obras, servicios o suministros objeto de la cooperación (sí lo recogía el texto de la Propuesta de Directiva).

C).- La ejecución de contratos con medios propios.

La utilización de medios propios para la ejecución de prestaciones propias de los contratos públicos (realización de obras, suministros o servicios) también puede considerarse una decisión de tipo organizativo, que escapa a la lógica contractual. El fundamento de este tipo de negocios jurídicos radica en la inexistencia de un vínculo contractual entre las partes, debido, precisamente, a la inexistencia de dos partes. El hecho de que ambos sujetos ostenten personalidad jurídica diferenciada para nada altera este análisis, pues tal diferenciación juega únicamente en el plano formal, es decir, afecta sólo a la Administración, y resulta irrelevante en el plano de las relaciones intersubjetivas⁹⁵. No es por lo tanto el dato de la personalidad jurídica sino la falta de autonomía decisional de uno de los Entes respecto del otro la razón que impide la existencia de un contrato entre dichos Entes⁹⁶. Nos encontramos ante supuestos en los que la Administración se sirve de un aparato instrumental para proveer obras públicas, suministros o para prestar servicios, de manera que la dependencia funcional que el proveedor o prestador presenta respecto de la Administración debe llevarnos a entender que la relación que se establece entre ambos obedece,

⁹⁵ HUERGO LORA, A.: "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas", RAP núm. 154, Enero/Abril 2001, pág. 130.

⁹⁶ Como señala AMOEDO SOUTO, la independencia derivada de la personalidad jurídica de los entes instrumentales pasa a un segundo plano, y cobra protagonismo en su configuración jurídica el rasgo funcional de su instrumentalidad administrativa, "El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas, RAP núm. 170, Mayo-Agosto 2006, pág. 264.

más que a la lógica contractual, a una decisión de tipo organizativo de la Administración. Debe entenderse por tanto que las sociedades públicas, o cualesquiera otras formas de personificación, son simples opciones de organización, y el reconocimiento de una personalidad jurídica lo es sólo a efectos instrumentales o auxiliares, pero que en modo alguno pueden ostentar la consideración de terceros respecto de esa misma Administración⁹⁷.

Los requisitos fueron establecidos por el Tribunal de Justicia en su célebre Sentencia *Teckal*, punto de partida de la jurisprudencia que especifica los requisitos que justifican la adjudicación directa de un contrato público⁹⁸. Según se indicaba en dicha Sentencia, la adjudicación directa de un contrato está justificada, aunque el adjudicatario sea formalmente una persona jurídica distinta de la entidad adjudicadora, en el supuesto de que, a la vez, la entidad territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad

⁹⁷ SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª Ed. Civitas, Madrid, 2004, pág. 167. Para REBOLLO PUIG, los entes institucionales deben realizar lo que se les encargue sin que puedan negarse; su voluntad no importa y su consentimiento no es necesario. Ni en el origen hay un contrato ni la relación que surge entre Administración matriz y el ente institucional es contractual, ni hay prestaciones y contraprestaciones, aunque naturalmente sí supone un gasto para aquélla y un ingreso para éste, con todo lo que ello comporta de requisitos y fiscalización, "Los Entes Institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", RAP núm 161, Mayo-Agosto 2003, pág. 377.

⁹⁸ Sentencia de 18 de noviembre de 1999, (As. C-107/98, *Teckal*, apartado 50). La nueva Directiva sobre contratación pública viene a positivizar esa doctrina del Tribunal de Justicia, recogiendo en el apartado 1 del art. 11 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos *Teckal*:

«1.- Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica 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 al menos el 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador;

c).- que no exista participación privada en la persona jurídica controlada...»

con la entidad o entidades que la controlan⁹⁹. En tal supuesto, en efecto, no cabe considerar que la persona en cuestión tenga la condición de tercero con respecto a la entidad adjudicadora.

En realidad, el uso de la terminología sajona *in house* no hace sino esconder un tipo de adjudicación *directa* de contratos públicos, si bien dicha forma de adjudicación encuentra su legitimación al considerarse que no interviene un tercero en la provisión de la obra o del suministro, o en la prestación del servicio, sino que es la propia Administración, a través de la entidad que nace de una decisión organizativa, la que produce o presta el servicio por sí misma¹⁰⁰.

Es, insistimos, la falta de autonomía decisional de uno de los Entes respecto del otro la razón que impide la existencia de un contrato entre ambos, que articulan su relación en base a encargos u órdenes de ejecución obligatoria para el Ente dependiente, que consecuentemente no puede rechazar o condicionar en base a esa, como decimos, falta de autonomía¹⁰¹.

La admisibilidad de dicha técnica ha sido frecuentemente puesta en cuestión en el supuesto en el que el pretendido medio propio adopta una forma empresarial, por cuanto puede suponer el falseamiento de la competencia. De hecho recientemente (julio

⁹⁹ Sobre la configuración general de los requisitos necesarios para la admisibilidad de los encargos a medios propios, Vid. con carácter general los estudios monográficos de J. PERNAS GARCÍA *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008, E. MONTOYA MARTÍN: *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público : su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009; J. PASCUAL GARCÍA: *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público y más recientemente*, Madrid, BOE, 2010, y más recientemente M. VILALTA REIXACH: *La encomienda de gestión: entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Aranzadi, 2012.

¹⁰⁰ Nos encontramos pues, como señala GIMENO FELIÚ, ante un sistema de autoprovisión o autoprestación. *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas para su reforma*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 144.

¹⁰¹ En palabras de SOSA WAGNER, el reconocimiento de una personalidad jurídica independiente es tan sólo una herramienta que ni significa ni puede implicar la desvinculación de la organización empresarial de la entidad pública de la que trae causa, "El empleo de recursos propios por las Administraciones Locales", en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 1317.

de 2013) ha visto la luz un informe de la Comisión Nacional de Competencia sobre medios propios y encomiendas de gestión, en el que se analizan las implicaciones para la competencia que se derivan de la utilización por parte de las Administraciones Públicas de las encomiendas de gestión a sus medios propios y servicios técnicos¹⁰². Señala dicho informe que el uso de las encomiendas de gestión puede impactar sobre la competencia, ya que al considerarse relaciones internas, suponen encargos directos a la entidad instrumental y con ello se sustraen de los procedimientos de contratación pública que rigen para el aprovisionamiento mediante operadores privados. La ausencia de tensión competitiva, concluye la CNC, resulta inherente a la utilización de este mecanismo y constituye, justificada o no, una restricción a la competencia, puesto que por definición se encarga una prestación de bienes y servicios a una entidad pública sin que exista concurrencia.

Esta restricción, se advierte en el informe, se ha visto potenciada en algunas ocasiones, como consecuencia de la incorrecta delimitación de las encomiendas: cuando se trata de un gran número de prestaciones, de una formulación general de la encomienda o de un plazo innecesariamente amplio. En estas ocasiones se fortalece el cierre dinámico del mercado. Incluso si parte de la prestación se subcontrata a operadores privados, las encomiendas a entidades instrumentales del sector público relajan normalmente los requisitos jurídicos de publicidad y concurrencia en la celebración de dicha subcontratación por las licenciatarias, en relación con los que deben observarse si la licitación tiene lugar por el ente encomendante.

A lo anterior debe unirse la posibilidad de que surjan estas restricciones a la competencia se incrementa por la falta de centralización de la información y ausencia de publicidad de esta práctica administrativa. Este déficit de información en la encomienda a medios propios no incentiva al demandante público a comparar las modalidades de aprovisionamiento disponibles, ni permite el conocimiento estático y dinámico de la eficiencia en el desempeño de los medios propios.

¹⁰² Este informe es continuación de la Guía sobre Contratación Pública y Competencia que publicó también la CNC en el año 2011, en la que se recogían una serie de consideraciones en relación con estas figuras.

Esas restricciones a la competencia implican ciertos riesgos para el resultado de la provisión de bienes y servicios de las Administraciones Públicas y para la estructura de la oferta y la neutralidad competitiva en diversos mercados, que según la CNC serían:

- la fijación de tarifas y condiciones en las encomiendas, normalmente previa a los encargos, no permite la interacción competitiva que, en principio, se produce en los procedimientos de licitación. La principal consecuencia de lo anterior es la menor capacidad de la encomienda para reducir las asimetrías de información existentes entre el demandante y el proveedor. Ello aumenta el riesgo de ineficiencias en la determinación de las condiciones comerciales, en particular del precio.
- el recurso a estas encomiendas, en particular cuando es sistemático, puede limitar a terceros operadores la posibilidad de acceder o expandirse en mercado, así como incidir sobre la neutralidad competitiva entre los medios propios y sus competidores privados ya presentes. Este riesgo es mayor si las Administraciones Públicas son compradores significativos en el mercado o si los medios propios cuentan con una posición preeminente como oferentes.

No obstante lo anterior, nadie pone en duda que toda Administración pública tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden *con sus propios medios* administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, aspecto este que ha sido incluso consagrado por la jurisprudencia comunitaria¹⁰³.

De este modo, debe entenderse que la libertad de empresa no incluye un deber de los poderes públicos de garantizar un determinado mercado a los empresarios, y menos aún el deber de garantizar un determinado nivel de contratación a través del

¹⁰³ Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2005, (As. C-26/03, *Stadt Halle*), apartado 48.

poder de compra de las Administraciones públicas¹⁰⁴. Así pues, en ese hipotético conflicto entre el derecho a la libertad de empresa y la potestad de autoorganización de la Administración debe romperse una lanza a favor de esta última, admitiéndose, no sin condiciones, la posibilidad de que ciertas adjudicaciones escapen a la aplicación de la normativa reguladora de los contratos públicos.

a).- Requisitos que justifican la exclusión de este tipo de negocios del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos.

Como antes señalábamos, la inaplicación de la normativa sobre contratos públicos a las relaciones entre un poder adjudicador y sus medios propios exige el cumplimiento de dos requisitos: por una parte, que el poder adjudicador ostente sobre el medio propio un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios, y en segundo lugar, que el medio propio realice la parte esencial de su actividad para el ente que lo controla¹⁰⁵.

La Jurisprudencia europea se ha encargado de ir depurando esos requisitos. Respecto del requisito del control análogo, el Tribunal de Justicia señaló que ha de resultar que la entidad en cuestión está sometida a un control que permita a la autoridad pública influir en sus decisiones. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes. (Sentencia de 13 octubre de 2005, As. C-458/03, *Parking Brixen*, apartado 65)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ HUERGO LORA, "La libertad de empresa y la colaboración preferente...", pág. 154.

¹⁰⁵ Como ha señalado ARIMANY LAMOGLIA, los dos criterios *Teckal* intentan asegurar la idea de vinculación o dependencia del medio propio respecto de la Administración, evitando que se considere como medio propio la empresa pública que se comporte con autonomía o independencia real, falta de dependencia que aparecerá cuando la sociedad en cuestión actúe en el mercado de modo similar a como lo hace cualquier tercero, "Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales (crónica de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, Asunto C-458/03, *Parking Brixen GmbH*)", *Cuadernos de Derecho Local* núm. 9, Octubre 2005, pág. 54.

¹⁰⁶ En el supuesto enjuiciado, el Tribunal niega la existencia de control análogo respecto de una Sociedad Anónima que presenta las siguientes

El hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una Sociedad adjudicataria tiende a indicar, sin ser un indicio decisivo, que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha Sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, según los términos del apartado 50 de la sentencia *Teckal*.... No obstante, si el control que el poder adjudicador ejerce sobre el medio propio (en el supuesto una Sociedad mercantil) no va más allá de la capacidad de acción que el Derecho de Sociedad les reconoce a la mayoría de los socios, su capacidad para influir en las decisiones de dicho ente resulta ser considerablemente limitada. Además, si la eventual influencia en las decisiones se ejerce a través de un intermediario (p.e. una Sociedad holding) tal circunstancia debilita el eventual control ejercido por el poder adjudicador sobre una Sociedad Anónima por el mero hecho de participar en su capital. (Sentencia de 11 de mayo de 2006, As. C-340/04 *Carbotermo* apartados 37, 38 y 39). En relación también con el porcentaje de participación en el capital social que permitiría afirmar la existencia de control, el Tribunal de Justicia señaló que una participación del 0,97 % es demasiado pequeña para permitir tal control (Sentencia de 21 de julio de 2005, As. C-231/03, *CONAME*, apartado 24).

Además, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una Sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta Sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (Sentencia de 11 de enero de 2005, As. C-26/03, *Stadt Halle*, apartado 49)¹⁰⁷. La fecha relevante para

características: 1) capital íntegramente municipal, pero con la obligación legal, a corto plazo, de permitir la entrada de capital ajeno, 2) ámbito de actuación internacional, 3) previsión en los Estatutos de la facultad del consejo de administración de realizar todo acto que considere necesario para la consecución del objeto social, 4) la propia Sociedad, y no el Ayuntamiento, tiene el derecho de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración. (apartados 67 a 70 de la Sentencia).

¹⁰⁷ Los motivos que llevan al Tribunal a formular esta afirmación son dos; en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el

apreciar la existencia de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios no es únicamente la fecha en que efectivamente se realiza el encargo, sino que deben tenerse en consideración los acontecimientos ocurridos con posterioridad. Es decir, si tras la realización del encargo al medio propio se produce una entrada en el capital del mismo de agentes privados, debe negarse la existencia de ese control análogo pues en otro caso se menoscabaría el efecto útil de la Directiva (Sentencia de 10 de noviembre de 2005, As. C- C-29/04, *Comisión Vs. República de Austria*, apartado 42)¹⁰⁸.

En cuanto al segundo requisito establecido por la Sentencia *Teckal*, el TJCE delimitó su alcance fundamentalmente en su Sentencia de 11 de mayo de 2006, As. C-340/04 *Carbotermo*. Señalaba en dicha Sentencia el Tribunal de Justicia que , sólo cabe considerar que la empresa de que se trata realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, según los términos de la sentencia *Teckal*, cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal (apartado 63). Para apreciar si concurre este supuesto, el juez competente debe tomar en consideración todas las circunstancias del caso, tanto cualitativas como cuantitativas (apartado 64)¹⁰⁹. Además, cuando son varios los entes territoriales

contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (apartado 50). En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados..., ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (apartado 51).

¹⁰⁸ En el caso concreto, el Tribunal tomaba en consideración para negar la existencia de control análogo la circunstancia de que, como consecuencia de la cesión del 49% del capital a un sujeto privado, una vez realizado el encargo, la representación del pretendido medio propio recaía en dos gerentes, nombrados uno por el Ayuntamiento y otro por la empresa privada que participaba en el capital, con firma conjunta y poderes mancomunados.

¹⁰⁹ En cuanto al problema de si procede tomar en consideración únicamente el volumen de negocios realizado con el ente territorial que controla a la

que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto (apartado 70).

Respecto de este segundo requisito hemos de advertir que la nueva Directiva sobre contratos públicos ha matizado el significado de “parte esencial” de la actividad del medio propio que debe destinarse al poder adjudicador o a los poderes adjudicadores que lo controlan. La nueva Directiva exige que el 80 por ciento de las actividades del medio propio tengan como destinatarios a las entidades que lo controlan, de manera que este requisito se ha endurecido y su cumplimiento habrá de ser objeto de especial vigilancia.

Todavía habría de añadirse un requisito adicional, señalado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe núm. 65/07, de 29 de enero de 2009: la idoneidad del medio propio para ejecutar el encargo. En este sentido, advertía la Junta, el medio propio debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar las prestaciones que conformen el encargo. Este requisito de idoneidad no se ha recogido en el TRLCSP, pero sí en alguna norma autonómica sobre contratos públicos, como es la Ley Foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra. En efecto, con objeto de garantizar la idoneidad de los medios propios se aprobó una modificación del art. 8 de la Ley que limita a no más del 50% el porcentaje de subcontratación que pueden efectuar los medios propios a la hora de ejecutar la prestación objeto del encargo. Con esta acotación se pretende evitar fraudes de ley, es decir, que la función del ente instrumental se reduzca a tramitar los

empresa o el realizado en el territorio de dicho ente, el Tribunal de Justicia señaló que el volumen de negocios determinante es el que la empresa en cuestión realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que la controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones (apartado 65). Además, las actividades de la empresa adjudicataria que procede tomar en consideración son todas las que dicha empresa realiza en el marco de una adjudicación efectuada por el poder adjudicador, y ello con independencia de la identidad del beneficiario, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios (apartado 66). Carece de importancia la cuestión de quién remunera a la mencionada empresa, ya sea el ente territorial que la controla, ya los terceros usuarios de los servicios prestados en virtud de concesiones o de otras relaciones jurídicas establecidas por dicho ente territorial. También resulta irrelevante la cuestión de en qué territorio se prestan dichos servicios (apartado 67).

expedientes de contratación de los poderes adjudicadores que lo controlan, alterándose de esta manera el régimen jurídico del contrato¹¹⁰.

El TRLCSP ha recogido esta doctrina jurisprudencial en su art. 4.1.n, excluyendo de su ámbito de aplicación los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue la realización de una determinada prestación típicamente contractual a una entidad que tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo¹¹¹. Complementa dicha disposición el art. 24.6 del TRLCSP, según el cual, los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden

¹¹⁰ La modificación del art. 8 proviene del artículo 2 de la Ley Foral 3/2013, 25 febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra. La nueva redacción del art. 8 señala en su apartado 5 que:

“Los entes instrumentales deberán disponer de los medios materiales y técnicos adecuados para ejecutar la mayor parte o una parte significativa de la prestación objeto del encargo, sin perjuicio de que para poder llevar a cabo las prestaciones objeto del mismo puedan efectuar contrataciones. Estas contrataciones no podrán conllevar el traslado de la ejecución de más del 50 por 100 del precio del encargo. La adjudicación de dichos contratos quedará sometida a las normas de la presente Ley Foral. A estos efectos, no tendrán la consideración de terceros otros entes instrumentales de las entidades que realicen los encargos.

A tal efecto, el ente instrumental al que se efectúe el encargo deberá, en el plazo de cinco días desde la recepción del encargo, justificar ante el ente que realice el encargo la disponibilidad de dichos medios. Si se estimara que no dispone de ellos, la prestación objeto del encargo deberá ser licitada según los procedimientos recogidos en la presente Ley Foral.

Excepcionalmente podrá superarse tal porcentaje de contratación siempre que se justifique exhaustivamente la existencia de una justa causa tendente a la economía, eficacia o eficiencia en la ejecución del encargo como el especial conocimiento del mercado, la mejor organización empresarial para la ejecución del conjunto de la prestación o actividad, u otras que justifiquen que el encargo conllevará un valor añadido a la prestación final.

Los encargos en los que se pretenda superar dicho límite deberán ser publicados en el Portal de Contratación de Navarra”.

¹¹¹ No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos al TRLCSP, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos.

ejerger sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública. La existencia de control análogo al ejercido sobre los propios servicios se presumirá si los poderes adjudicadores pueden conferir encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para el medio propio de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan¹¹².

El cumplimiento de todos los requisitos anteriormente mencionados es el presupuesto que justifica la excepción a la aplicación de la normativa sobre contratación pública. En tanto que se trata de una excepción, su utilización debe ser restrictiva, y el cumplimiento de los requisitos apuntados debe ser susceptible de control. En este sentido, y aunque no se trata de una actuación expresamente recogida en el art. 40.1 TRLCSP, en tanto que el encargo supone la adjudicación de un contrato, dicha actuación debería ser susceptible de control por los órganos competentes para el conocimiento de los recursos especiales en materia de contratación, en aquellos casos en los que el encargo verse sobre prestaciones constitutivas de contratos sujetos a ese recurso especial¹¹³.

b).- El control sobre los medios propios ejercido de forma conjunta por varios poderes adjudicadores.

Especial desarrollo ha tenido en los últimos años la utilización de un mismo medio propio por varias entidades que ejerzan de manera conjunta sobre aquel un control que pueda

¹¹² La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

¹¹³ Así lo admite, por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su guía de procedimiento sobre el recurso administrativo especial en materia de contratación.

reputarse análogo al que dichas entidades ejercen sobre sus propios servicios.

Prototípico de este control análogo ejercido de manera conjunta fue el caso conocido por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 19 de abril de 2007 (As. *Asemfo Vs. Tragsa*). En aquella Sentencia, el Tribunal de Justicia sentó un peligroso precedente, al considerar que la empresa TRAGSA podía ser considerada medio propio del Estado y de las Comunidades Autónomas toda vez que «... el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una Sociedad adjudicataria tiende a indicar que dicho poder adjudicador ejerce sobre dicha Sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, según los términos del apartado 50 de la sentencia Teckal...». Pero en realidad, ese criterio se había establecido en un pronunciamiento anterior, en su en su Sentencia de 11 de mayo de 2006¹¹⁴, si bien con un alcance más limitado, ya que en esa ocasión el Tribunal de Justicia señalaba que ese indicio de ningún modo podía resultar decisivo. El hecho de que el Tribunal de Justicia, en el apartado 57 de la Sentencia de 19 de abril de 2007, olvide reproducir la expresión “sin ser un indicio decisivo” (referida a la participación íntegramente pública en el capital social) contenida en el párrafo 37 –original– de la Sentencia de 11 de mayo de 2006, reproduciendo textualmente el resto del párrafo, no debe conducirnos a flexibilizar la interpretación que sobre este indicio ha de hacerse¹¹⁵. El dato de la participación pública en el capital social, no es por sí solo suficiente para determinar la existencia de un control análogo al ejercido sobre los propios servicios¹¹⁶.

¹¹⁴ Sentencia de 11 de mayo de 2006, As. C-340/04, *Carbotermo*, apartado 37.

¹¹⁵ Una opinión crítica de esta Sentencia puede consultarse en mi trabajo “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones “in house” en *Revista española de derecho administrativo* núm. 137, 2008, págs. 115-138. Igualmente crítico con algunas consideraciones de esta Sentencia se muestra J. González García: “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *Revista de Administración Pública* núm. 173, págs. 217-237.

¹¹⁶ Efectivamente, la participación única en el accionariado de una entidad no se ha considerado necesaria para afirmar la existencia de un poder de

Así lo ha ratificado el Tribunal de Justicia en posteriores pronunciamientos que inciden en los requisitos que deben cumplirse para certificar que nos encontramos ante un control ejercido de manera conjunta por varias entidades. Al margen de la participación en el accionariado, que como ha acertadamente ha dicho el Tribunal de Justicia es un indicio (en modo alguno determinante) «...lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo...»¹¹⁷, debiendo atenderse para ello a factores como el nivel de presencia en los órganos de administración, dirección o supervisión, las especificaciones correspondientes en los estatutos, la propiedad, la influencia y control efectivos de las decisiones estratégicas y las decisiones aisladas de gestión.

En realidad, la posibilidad de actuación para el conjunto de entidades que controlan al medio propio ya se había admitido unos años antes, en relación con el segundo requisito *Teckal*, el relativo al vínculo de destino de la parte esencial de la actividad del medio propio para las entidades que lo controlan. Señalaba el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 11 de mayo de 2006, que «...cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto».

Esa misma «lógica» es la que con posterioridad ha proyectado el Tribunal de Justicia sobre el cumplimiento del requisito del control análogo en sus Sentencias de 10 de septiembre¹¹⁸ y 13 de noviembre de 2008¹¹⁹, y también en la más

influencia determinante sobre dicha entidad. Dicho criterio ha sido incluso trasladado a alguna regulación sectorial. Así se indica expresamente, por ejemplo, en el Reglamento (CE) núm. 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. El art. 5 de dicha norma, relativo la adjudicación directa de los contratos de servicios públicos a entidades sobre las que se ostente un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios, señala que «... la propiedad del 100 % por parte de la autoridad pública competente, ... no constituye un requisito obligatorio para determinar que existe un control sobre el medio propio análogo al ejercido sobre los propios servicios».

¹¹⁷ Sentencia de 13 de noviembre de 2008, As. C-324/07, *Coditel*, apdo. 46.

¹¹⁸ As C-573/07, *Sea Srl*.

reciente de 29 de noviembre de 2012¹²⁰. La primera de estas Sentencias se refiere a un supuesto en el que se discutía la legalidad de la adjudicación directa por parte de un Ayuntamiento de un contrato de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos a una sociedad en cuyo accionariado participaba dicho Ayuntamiento de forma conjunta con otros Ayuntamientos¹²¹. Concurría en tal supuesto la circunstancia de que, para garantizar un control sobre la sociedad, análogo al que las entidades participantes ostentaban sobre sus propios servicios, los socios (Ayuntamientos) superpusieron a la Junta General y al Consejo de administración unas estructuras de toma de decisiones con la forma de Comités (no previstas expresamente en el Derecho de sociedades), integradas por representantes de las entidades socias. Cada una de esas entidades tenía voz en el seno de dichas estructuras de decisión cualquiera que fuese el tamaño de la entidad o el número de acciones de las que fuese titular, articulándose además en los Estatutos unas amplias facultades de control y de decisión de dichas estructuras de dirección sobre la Junta General y el Consejo de Administración de la Sociedad.

Habida cuenta del alcance de las facultades de control y de decisión que atribuían a los Comités creados en los Estatutos, y de la circunstancia de que dichos Comités estaban integrados por delegados de las entidades accionistas (Ayuntamientos), el Tribunal de Justicia consideró posible que a través del ejercicio de dichas facultades las entidades accionistas pudieran ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad.

¹¹⁹ As. C-324/07, *Coditel*.

¹²⁰ Asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa*.

¹²¹ El artículo 14 de los Estatutos limitaba las facultades de la Junta General al obligarla a tener en cuenta las orientaciones e instrucciones adoptadas por los órganos de dirección y al exigir un dictamen favorable de los mismos antes de que la Junta General pudiera autorizar la realización de determinados actos por los administradores de la sociedad. Por su parte, el artículo 16 de dichos Estatutos restringía la autonomía para tomar decisiones del Consejo de administración, al obligarle a respetar las facultades reservadas a los referidos Comités y al supeditar sus decisiones al respeto de las instrucciones que éstos emiten.

Esa innecesariedad de que el control análogo sea realizado de forma individual la establece expresamente el Tribunal de Justicia en su posterior Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Se trataba en aquella ocasión de la adjudicación a una sociedad cooperativa municipal de una concesión para la gestión de una red de teledistribución. El Tribunal de Justicia sostuvo en aquella ocasión que «... en el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo sus funciones de servicio público a través de una entidad concesionaria común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de ésta, a menos que posea una participación mayoritaria en esa entidad. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que una autoridad pública tuviera intención de adherirse a un grupo, como una sociedad cooperativa intermunicipal, formado por otras autoridades públicas». Ahora bien, dicho resultado no sería acorde con el sistema de normas comunitarias en materia de contratos públicos y de concesiones, ya que nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, resultando posible que «... las autoridades públicas recurran a sus propios medios para llevar a cabo sus funciones de servicio público en colaboración con otras autoridades públicas». De esta conclusión del Tribunal de Justicia cabe inferir una expresa flexibilización del requisito del control análogo, al admitirse que la posibilidad de influir de manera determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes del medio propio pudiera realizarse de manera colectiva por varias entidades¹²².

En la Sentencia de 29 de noviembre de 2012, el Tribunal de Justicia conoce de la adjudicación directa de un contrato de gestión de sus respectivos servicios de saneamiento urbano por parte de dos Ayuntamientos (Cagno y Solbiate), a una sociedad (ASPEM SpA), creada por un tercer Ayuntamiento (de Varese) con

¹²² Así lo ha entendido J. Pernas García "La expansión de la excepción in house y la flexibilización progresiva del criterio del «control análogo». Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2008", *Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm 87, pág. 53.

el que suscribieron un convenio para incorporarse a dicha sociedad como accionistas públicos (cada uno de esos Ayuntamientos adquiriría una acción de ASPEM¹²³). Paralelamente a la adquisición de la mencionada participación, los Ayuntamientos de Cagno y de Solbiate, junto con otros ayuntamientos interesados, suscribieron un pacto de accionistas por el que se acordaba su derecho a ser consultados, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes en dicho pacto.

El Tribunal de Justicia continúa en esta Sentencia de 2012 la misma línea que las dos precedentes, admitiendo la posibilidad de un control análogo colectivo sobre un medio propio, siempre que haya una participación tanto en el capital como en los órganos de dirección¹²⁴. La cuestión, que no analiza el Tribunal de Justicia, es si el derecho a ser consultado, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otras entidades que participan permite afirmar que un accionista minoritario (con una sola acción) ostenta un control sobre una entidad, análogo al que se dispone sobre los propios servicios. El Tribunal de Justicia, concluye que «...cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia –según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de

¹²³ El capital social de ASPEM asciende a 173.785 euros, representado por un número equivalente de acciones de un valor nominal de un euro cada una. El Ayuntamiento de Varese posee la mayoría del capital, al ser titular de 173.467 acciones. Las 318 acciones restantes se reparten entre 36 ayuntamientos de la provincia de Varese, con participaciones individuales que oscilan entre una y diecinueve acciones.

¹²⁴ Resulta muy interesante la apreciación del Abogado General Sr. P. Cruz Villalón en el apartado 48 de sus Conclusiones presentadas el 19 de julio de 2012. Allí indica «...que las entidades adjudicadoras ejercerán un control análogo sobre la sociedad adjudicataria siempre que dispongan de una posición estatutaria que les permita influir conjuntamente en la adopción de las decisiones importantes y los objetivos estratégicos de dicha sociedad. En todo caso, ésta no puede estar exclusivamente controlada por la entidad pública que tiene una participación mayoritaria».

contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios– se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión». Sin embargo, el Tribunal de Justicia remite al Consiglio di Stato que plantea la cuestiones prejudiciales que dan lugar a la Sentencia para que sea dicho órgano quien determine si la celebración por los Ayuntamientos de Cagno y de Solbiate de un pacto de accionistas por el que se acordaba su derecho a ser consultados, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes en dicho pacto permite que dichos Ayuntamientos contribuyan efectivamente al control de ASPEM.

Ya hemos señalado en otro lugar que, a nuestro juicio, hay una importante diferencia entre las circunstancias que concurren en esta Sentencia de 29 de noviembre de 2012 y las que concurrían en la precedente de 10 de septiembre de 2008, de las cuales cabría deducir una respuesta distinta a la cuestión de si se da o no un control análogo ejercido de manera conjunta en cada uno de los supuestos¹²⁵.

Así, mientras la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 se refiere a un pacto de accionistas según el cual los Ayuntamientos que habían suscrito una acción en el capital social de ASPEM serían consultados, podrían nombrar a uno de los auditores de cuentas, y designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes, la Sentencia de 10 de septiembre de 2008 se refería a un supuesto en el que el ejercicio conjunto del control análogo sobre el medio propio se manifestaba en la participación de todas las entidades con un representante en órganos de dirección superpuestos a los que establece el Derecho de sociedades para el gobierno de las mismas, con independencia de su participación en el accionariado, y a través de los cuales se ejercían unas importantes facultades de control tanto de la Junta General de accionistas como del Consejo de administración. La

¹²⁵ “El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades”, Revista Contratación administrativa práctica, núm. 124, 2013, págs. 88-93.

posibilidad de influir de manera determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes de la sociedad que ponían de manifiesto -según el Tribunal de Justicia- las anteriores condiciones, no parece que pueda deducirse de igual modo del derecho de consulta (no vinculante), de nombramiento de un auditor de cuentas (que no forma parte del órgano de dirección de la entidad), o de la posibilidad de designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes (no hay participación directa de un representante de cada entidad en el órgano de dirección), por lo que, sin perjuicio de lo que pueda concluir el Consiglio di Stato italiano, la adjudicación del contrato sobre la que versa la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 debería considerarse realizada, en nuestra opinión, infringiendo las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios¹²⁶.

¹²⁶ En ese mismo sentido se pronunciaba el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón en los apartados 52 a 54 y de una manera concluyente en el apartado 60 de sus Conclusiones presentadas el 19 de julio de 2012. Así,

“... 52. En el presente caso se da, por tanto, y más allá del carácter simbólico de su participación en el capital, una cierta participación de los socios minoritarios en los órganos de gestión de la sociedad. Hay que convenir, sin embargo, en que la designación de un miembro del Consejo de administración de común acuerdo por todos los socios minoritarios (36 ayuntamientos en total), además de un miembro del Consejo de auditores también común a todos ellos, y la existencia de un abstracto «derecho de consulta» de frecuencia semestral podría no ser suficiente para apreciar que los citados ayuntamientos tienen capacidad de influir de forma efectiva sobre los «objetivos estratégicos» y las «decisiones importantes» de la sociedad ASPEM.

53. Por otro lado, no sería aventurado apreciar que la eficacia jurídica del pacto de accionistas donde se ha articulado esa participación puede resultar discutible, y que el referido «derecho de consulta» respecto del «desarrollo del servicio» no garantiza que se extienda a las «decisiones importantes» y a los «objetivos estratégicos» de la sociedad considerada en su conjunto.

54. A primera vista, por tanto, y salvo apreciación definitiva en contrario por el órgano de reenvío, la dependencia de la sociedad parece operar ante todo respecto al accionista mayoritario, con un papel muy problemático respecto de los socios minoritarios en el control de facto de aquélla.

...

Como puede observarse, al requisito del control sobre el medio propio, análogo al ejercido sobre los propios servicios, se le ha ido dotando poco a poco de un cierto carácter flexible o elástico, resultado admisible su ejercicio de forma colectiva por varias entidades. Ahora bien, no conviene olvidar que, aun conjunto, el control sobre el medio propio debe ser efectivo, y ese es precisamente el punto de tensión que marca el nivel máximo de elasticidad o flexibilidad del citado requisito. Además, no conviene perder de vista que la construcción jurisprudencial de los encargos a medios propios es una excepción a la aplicación de la normativa sobre contratos públicos a la realización de prestaciones que, desde el punto de vista objetivo, encajan perfectamente en el ámbito de aplicación de las Directivas de contratos públicos y la legislación que incorpora dichas Directivas a los Ordenamientos internos. En tanto que se trata de una excepción a la aplicación de la Directiva, sus requisitos han de ser objeto de interpretación restrictiva, correspondiendo la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a quien quiera beneficiarse de ella, como bien ha señalado el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones¹²⁷.

La nueva Directiva de contratos públicos recogerá esta construcción jurisprudencial del control análogo ejercido de manera conjunta. En su art. 10, dedicado a los “contratos entre poderes adjudicadores” se incluye un apartado (3) que condiciona la afirmación de existencia de un control conjunto al cumplimiento de las siguientes tres condiciones;

- a) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes;

60. En suma, a estas alturas debiera haber quedado claro que el problema básico no es que la participación de los Ayuntamientos de Cagno y Solbiate en el capital de ASPEM sea tan patentemente minoritaria, sino que las facultades adicionales de control que se les han otorgado podrían ser, aun ejercidas de forma conjunta, claramente insuficientes para que pueda hablarse de una influencia que pudiera calificarse de «determinante» en la toma de decisiones y en la fijación de objetivos de la sociedad y, en definitiva, de una falta de autonomía de ésta respecto de aquéllos...”.

¹²⁷ Sentencias de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle*, apartado 49, de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, apartado 63 y de 6 de abril de 2006, *ANAV*, apartado 26.

- b) que las entidades participantes puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes del medio propio, y
- c) que la persona jurídica controlada no persiga intereses distintos de los de los poderes públicos que influyen en ella;

No obstante todo lo anterior, será preciso estudiar caso a caso, si las facultades incluidas en los pactos de accionistas permiten a estos, de una manera efectiva, influir sobre los objetivos estratégicos y las decisiones estratégicas del medio propio, para entender cumplido el primer requisito *Teckal*, y en consecuencia, que los encargos queden al margen de la normativa sobre contratación pública.

3.- La profesionalización de los agentes que intervienen en la contratación.

La complejidad que caracteriza actualmente los procedimientos de contratación exige una alta especialización de los agentes que intervienen en los mismos. Esa especialización es exigible no solo al personal de las entidades contratantes, sino también al de los operadores económicos, que en ocasiones malogran sus ofertas por no tener en cuenta aspectos propios o especialidades de los procedimientos de contratación y aplicar a ellos las soluciones de la normativa sobre procedimiento administrativo común.

Es en relación con el personal de las entidades contratantes donde, de un tiempo a esta parte, se viene insistiendo en su profesionalización. Tal y como ha señalado María Asunción SANMARTÍN MORA, la eficiencia en el uso de los recursos públicos exige que se supere la visión de la contratación pública como una función fundamentalmente administrativa para considerarla una profesión estratégica, circunstancia que implica la necesidad de que los gestores encargados de los contratos se

conviertan en profesionales con un conjunto común de estándares éticos y conocimientos técnicos¹²⁸.

Uno de los problemas que plantea el vigente modelo de organización de la función contractual (no específico del ámbito local, sino compartido los ámbitos general, autonómico e incluso institucional) es la falta de profesionalización del ejercicio de dicha función, formal en todo caso, y material en muchos de ellos.

En primer lugar, en el ámbito local las competencias en materia de contratación se encuentran atribuidas a órganos de naturaleza dual, político-administrativa, aunque con una evidente predominancia del primero de esos caracteres debido a la forma de provisión de dichos órganos. Podríamos decir que la consideración de tales órganos como administrativos aparece vinculada a una cuestión formal, la necesidad de imputar a la Administración local las consecuencias de su actuación, pero nada tiene que ver con las formas de provisión aplicables a los titulares del resto de órganos administrativos, presididas por los principios de mérito y capacidad. A la falta de profesionalización de estos órganos se añade un régimen de distribución de competencias alambicado, e incompleto cuando nos referimos al régimen de alteración de su ejercicio a través del instrumento de la delegación.

Por otro lado, también se aprecia falta de profesionalización en los órganos que asisten a los órganos de contratación, debido a que al regular su composición, el TRLCSP admite que formen parte de los mismos personas que carecen de las capacidades técnicas necesarias, circunstancia que dificulta en muchas ocasiones que dichos órganos puedan desempeñar correctamente las funciones que se les atribuyen.

A).- La distribución de la competencia para contratar.

La competencia para contratar es un requisito esencial de los contratos celebrados por las Entidades del Sector público, hasta

¹²⁸ "La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea", en J.M. GIMENO FELIÚ y M.A. BERNAL BLAY (Dir/Coord.) *Observatorio de contratos públicos 2011*, Civitas, 2012, p. 407.

el punto de que puede determinar la nulidad del contrato, cuando la incompetencia lo sea de tipo material o territorial (en aplicación del art. 62.1.b de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al que remite el art. 32.a TRLCSP).

En el ámbito local, las competencias en materia de contratación vienen atribuidas por la Ley a los Alcaldes y Presidentes de las Corporaciones, al Pleno, y a la Junta de Gobierno Local en el caso de los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 LRBRL¹²⁹ (Cfr. Disposición Adicional Segunda TRLCSP)

Así, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda TRLCSP:

“1. Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, los contratos administrativos especiales, y los contratos privados cuando su importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada¹³⁰.

¹²⁹ Por cierto que, fuera de esos municipios de gran población, las competencias de la Junta de Gobierno Local en materia de contratación quedan a disposición de las delegaciones que puedan recibir de los órganos que las tienen atribuidas originariamente. Dicho órgano existe, recordemos, en todos los municipios con población superior a 5.000 habitantes y en los de menos, cuando así lo disponga su reglamento orgánico o así lo acuerde el Pleno de su ayuntamiento (art. 20.1.b LRBRL).

¹³⁰ Importante precisión es la que apunta J. COLÁS TENAS (“Las competencias en materia de contratación de los órganos de las Entidades Locales”, en el número extraordinario de la Revista de estudios locales (Agosto 2013) editado por COSITAL, pp. 195 y 196.) en relación con los contratos que no superan el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto o los seis millones de euros en los que la duración del contrato sea superior a un año e inferior a cuatro años. En este caso, y pese a que el órgano competente es el alcalde o

Asimismo corresponde a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales la adjudicación de concesiones sobre los bienes de las mismas y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando su valor no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de tres millones de euros, así como la enajenación del patrimonio, cuando su valor no supere el porcentaje ni la cuantía indicados.

2. Corresponde al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos no mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad local.

Asimismo corresponde al Pleno la adjudicación de concesiones sobre los bienes de la Corporación y la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial así como la enajenación del patrimonio cuando no estén atribuidas al Alcalde o al Presidente, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico cualquiera que sea su valor.

3. En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias que se describen en los apartados anteriores se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo”.

Presidente, conforme al apartado 1o DA 2ª TRLCSP, no debe olvidarse que el apartado o) del art. 21.1 LRBRL, atribuye la competencia al alcalde de la contratación de los proyectos de obras y servicios cuando sea competente para su aprobación y estén previstos en el presupuesto. De forma que, en este supuesto, al ser la duración del contrato superior al ejercicio y no estar previsto en los presupuestos de los ejercicios futuros, la competencia para contratar corresponde al Pleno [y así lo disponía el art. 22.1 apartado m) LRBRL]. Además, tampoco debe omitirse que el art. 174 del TRLRHL atribuye al Pleno la competencia para aprobar los gastos plurianuales y que es el Pleno el órgano competente para la aprobación de los presupuestos.

Para que el alcalde Presidente pueda celebrar estos contratos, debe ser el Pleno de la Corporación el que adopte previamente el compromiso de consignar en los Presupuestos de los ejercicios siguientes las cantidades necesarias para hacer frente a los gastos derivados del contrato a formalizar, por lo que en este caso, el alcalde aprueba el procedimiento de contratación y el gasto que ha consignado previamente el Pleno. Por tanto, si el Pleno de la Corporación adopta el compromiso de consignar en los Presupuestos de los ejercicios siguientes las cantidades necesarias para hacer frente a los gastos derivados del contrato a formalizar, la competencia para contratar es del alcalde, pues el gasto ya está previsto en el Presupuesto.

Hay que advertir que la regulación competencial que aborda la Disposición Adicional Segunda TRLCSP excede el ámbito de la contratación pública, ya que, además de la competencia respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, y los contratos administrativos especiales, las competencias reguladas en dicha disposición se proyectan también sobre los contratos privados en su totalidad, siendo que muchos de los de ésta clase quedan excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP (a título de ejemplo, es el caso de los contratos patrimoniales, expresamente excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP¹³¹).

Por otra parte, se echa de menos la referencia a otro contrato administrativo típico, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, aunque la competencia para su celebración bien puede entenderse, por analogía con el resto de contratos administrativos típicos, sujeta a las mismas reglas.

Tal y como ha señalado J. COLÁS TENAS, la competencia para contratar en el ámbito de las entidades locales se ha distribuido entre los órganos de la entidad local en función de tres parámetros: el importe o cuantía del contrato (en función de la ratio sobre los recursos ordinarios del presupuesto), y la duración de su ejecución¹³².

El primero de esos parámetros toma en consideración el importe o cuantía del contrato, puestos en relación con el porcentaje de los recursos ordinarios del presupuesto de la Entidad. Una de las cuestiones derivadas de esa confusa referencia a conceptos no equivalentes como "importe" y "valor" del contrato es la relativa a si dichas cuantías incluyen o no la correspondiente al impuesto sobre el valor añadido que resulte de aplicación. Dicha cuestión fue objeto del informe de la Junta

¹³¹ Sobre este tipo de contratos pueden verse los informes 14/2013 y 15/2013, 10/2010 y 4/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón

¹³² Señala dicho autor que la atribución de competencias sobre criterios tan difusos y fáciles de interpretación aquerenciada, acreditan las dificultades de una cuestión jurídica resuelta con tanta facilidad sobre el papel normativo como compleja en su aplicación práctica, "Las competencias en materia de contratación de los órganos de las Entidades Locales", en el número extraordinario de la Revista de estudios locales (Agosto 2013) editado por COSITAL, p. 189.

Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda núm. 38/2010, de 24 de noviembre. En dicho informe consideraba la Junta que tal impuesto ha de considerarse incluido en el importe del contrato, pues su inclusión tiene relación directa con la disposición que se ha de efectuar sobre el correspondiente crédito presupuestario que corresponde pagar al órgano de contratación.

Las conclusiones de este informe fueron incorporadas al texto original del TRLCSP gracias al reconocimiento de la facultad de regularización, aclaración y armonización de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley a favor del Gobierno para elaborar un texto refundido en materia de contratación pública (Cfr. disposición final trigésima Ley 2/2011, de Economía Sostenible). Así, ahora el apartado 14 de la Disposición Adicional Segunda TRLCSP señala que para determinar el importe de los contratos regulados en esta disposición a los efectos de determinar la competencia de los diferentes órganos se incluirá en el mismo el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido”.

El segundo de los parámetros de distribución de competencias entre los órganos de la Administración local es el relativo a la duración de los contratos. La Disposición Adicional Segunda TRLCSP se refiere a este parámetro al señalar como de competencia del Alcalde o del Presidente de la Corporación los contratos cuy duración no exceda de los cuatro años (criterio que no puede tomarse de manera aislada sino que, necesariamente, ha de combinarse con los otros parámetros cuantitativos de atribución de competencias).

Resulta obligado plantearse si en esa referencia a los cuatro años quedan incluidas las eventuales prórrogas que puedan preverse en la documentación preparatoria del contrato, cuestión a la que da respuesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el informe 38/2010 antes citado. La solución, entiende la Junta, no puede ser más sencilla si acudimos al motivo y función de la consideración de las prórrogas en la valoración del importe del contrato (no del

cálculo del valor estimado)¹³³. Y es que en todo contrato que se declara prorrogable, lo que se concierta en firme es una prestación determinada, por un periodo de tiempo concreto, que requiere para tal periodo la existencia de un crédito adecuado y suficiente. La prórroga es una previsión necesaria que se ha de citar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y que ha de acordarse, como no puede ser de otra forma, antes de la finalización del contrato. De esa manera, indica la Junta, se aprecia claramente que en el acto de aprobación de los pliegos, de aprobación del expediente y de aprobación del gasto, se está refiriendo a la contracción de una obligación determinada en actividad y tiempo y, simultáneamente, se establece una opción de prórroga, que podrá realizarse o no, opción que atribuye al contratista una expectativa de derecho de prestar la actividad durante un nuevo periodo de tiempo. De ahí podemos deducir que la acción del órgano de contratación, el alcalde o el presidente, se circunscribe a lo que se contrata y consecuentemente al crédito que se contrae y al gasto que se autoriza, no computándose en el mismo posibles opciones que, si se acuerda ejercerlas, serán adoptadas en su momento. De modo que, podemos concluir, en el cómputo de este plazo para la determinación del órgano competente no deben entenderse comprendidas las posibles prórrogas del contrato.

El ejercicio de las competencias en materia de contratación, originariamente atribuidas a los órganos anteriormente señalados, puede ser alterado a través de la fórmula de la delegación a que se refiere el art. 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o a través de la desconcentración, creando las Juntas de contratación a que se refiere el apartado 4 de la Disposición Adicional Segunda TRLCSP. A ambos supuestos se refiere expresamente el art. 51 TRLCSP.

¹³³ Recuérdese que dicho concepto, definido en el art. 88 TRLCSP, viene determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación. En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato. Igualmente, cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos se tendrá en cuenta en el cálculo del valor estimado del contrato. Y en el caso de que se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas.

El art. 22.4 LRBRL, dispone que el Pleno puede delegar el ejercicio de sus atribuciones en el alcalde y en la Junta de Gobierno Local, salvo las enunciadas en el apartado 2, párrafos a, b, c, d, e, f, g, h, i, l y p, y en el apartado 3 de este art., entre las cuales, no figura la competencia en materia de contratación¹³⁴. En el mismo sentido, el art. 33.4 LRBRL, en relación con el Pleno de la Diputación provincial. Por su parte, la Disposición Adicional novena, del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), —que no ha sido derogada expresamente por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, ni es contraria a sus previsiones—, prevé algunos supuestos de delegación de competencias, cuando dispone:

«En los supuestos en que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.1, párrafo n) y 33.2 párrafo l) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, el órgano de contratación sea el Pleno, las competencias atribuidas a dicho órgano de contratación en los artículos 73.1, 74, 78, apartados 1, 2 y 3, 80.4, 87.1, 94.1, 95, 96.3, 115, apartados 1 y 2, 118, 121, 123.1, 138, 139.4, 142.2, 144.2, 155.4 y 162.2 de este Reglamento podrán ser atribuidas por el mismo a otros órganos de la Corporación».

¹³⁴ El Informe 21/2012, de 14 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón aborda un supuesto especial de indelegabilidad que afecta a los contratos patrimoniales, que resume J. COLAS TENAS (“Las competencias en materia de contratación de los órganos de las Entidades Locales”, en el número extraordinario de la Revista de estudios locales (Agosto 2013) editado por COSITAL, p. 201.). Señala dicho autor que frente a la norma general del art. 13.7 LRJPAC que establece la posibilidad de delegación de competencias atribuidas a órganos colegiados, para cuyo ejercicio ordinario se requiera un *quórum* especial, siempre que se adopten con dicho *quórum*; el art. 22.4 LRBRL, establece la indelegabilidad de las atribuciones del Pleno municipal que requiera una mayoría especial —conforme a la letra p) del número 2, del mismo precepto—. Y entre las atribuciones que requieren una mayoría especial (*quórum* de la mayoría absoluta), se encuentran, conforme al art. 47.2 LRBRL, la concesión de bienes y servicios por más de 5 años y que supere el 20% de los recursos ordinarios del presupuesto, y la enajenación de bienes, que excedan del 20% de los recursos ordinarios. En consecuencia, y aunque la atribución de competencias al Pleno municipal para la concesión de bienes y servicios por más de 5 años, y que supere el 20% de los recursos ordinarios del presupuesto, y la enajenación de bienes, que excedan del 20% de los recursos ordinarios, se ubica ahora en el párrafo segundo de la DA 2ª TRLCSP, y no en la LRBRL, hay que entender que las mismas son indelegables por expresa aplicación de la norma del art. 47.2 LRBRL.

Los artículos 22.1, párrafo n) y 33.2 párrafo l) LBRL, a que se refiere la norma reglamentaria, eran los que fijaban el reparto de competencias en esta materia entre los alcaldes y los plenos de las entidades locales, fueron derogados por el apartado b) de la Disposición derogatoria única LCSP, y han sido sustituidos por lo dispuesto en los apartados 1 y 2 de la Disposición adicional segunda de la propia LCSP (ahora igualmente en el TRLCSP).

Del análisis de la Disposición Adicional novena RGLCAP, se desprende que procede la delegación del Pleno municipal, como órgano de contratación, de aquellas actuaciones que puedan considerarse “instrumentales” ¹³⁵, por ejemplo: inicio del expediente de contratación, publicidad potestativa de la licitación, informaciones sobre los pliegos y documentación complementaria, prórroga de plazos para presentar proposiciones, recepción del anuncio de la remisión de la oferta mediante correo, télex, fax o telegrama; resolución del procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato, contra la propuesta de adjudicación de la mesa; dirección, inspección y control de la ejecución del contrato; adopción de medidas concretas para conseguir o restablecer el buen orden en la ejecución de lo pactado, reajuste de anualidades; publicación, a título indicativo, al comienzo del ejercicio, de la relación de los contratos de obras que se proponen celebrar durante el año; redacción del estudio informativo o del anteproyecto de la misma, así como también, la clasificación de las ofertas,

¹³⁵ En su Informe 11/2011, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón analizaba la posibilidad de solicitar la documentación del artículo 135.2 LCSP (ahora 151.2 TRLCSP), mediante Decreto de Alcaldía, y ratificación posterior del Pleno municipal, cuando no existe acuerdo de delegación, ni se ha previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Señalaba la Junta en aquel caso que la solicitud, a través de una resolución de la Alcaldía, del requerimiento al licitador de la documentación a que se refiere el artículo 135.2 LCSP, aunque gozaría de la presunción de validez de los actos administrativos, que establece el artículo 57.1 LRJPAC, incurriría, formalmente, en un supuesto de invalidez, por incompetencia del órgano y, aunque no se puede calificar como incompetencia determinante de nulidad, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 63 LRJPAC, al tratarse de un supuesto de incompetencia «jerárquica», que, a su vez, podría ser objeto de convalidación, o ratificación, por el Pleno municipal en aplicación del artículo 67.2 LRJPAC, y del principio de conservación de los actos, y restricción de la invalidez.

adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación a que se refiere el art. 151 TRLCSP.

El régimen y procedimiento para la delegación de competencias del Pleno municipal viene establecido en el ROF. El Pleno puede delegar sus atribuciones, en todo o en parte, en el Alcalde y en la Junta de Gobierno. El acuerdo plenario por el que se produzca la delegación, que se adoptará por mayoría simple, surtirá efectos desde el día siguiente al de su adopción, sin perjuicio de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia. El acuerdo de delegación tiene que indicar el ámbito de los asuntos a que la misma se refiere, las facultades concretas que se delegan, así como las condiciones específicas de ejercicio de las mismas. Es indiferente, a estos efectos, que la delegación se lleve a cabo a través del acuerdo diferenciado en el que se apruebe el procedimiento de licitación, o a través de su inclusión en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

En cuanto a la desconcentración de competencias, el apartado 4 de la Disposición Adicional Segunda TRLCSP prevé la posibilidad de constituir Juntas de Contratación, que en tal caso, actuarán como órganos de contratación. Esta posibilidad de desconcentración está prevista únicamente para la adjudicación de contratos de obras que tengan por objeto trabajos de reparación simple, de conservación y de mantenimiento, contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, o en los contratos de servicios cuando su importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios de la Entidad (o cuando superen este importe las acciones estén previstas en el presupuesto del ejercicio a que corresponda y se realicen de acuerdo con lo dispuesto en las bases de ejecución de éste). En los casos de actuación de las Juntas de Contratación se prescindirá de la intervención de la Mesa de contratación.

La constitución de las Juntas de Contratación corresponde acordarla al Pleno, quien también determinará composición, respetando que deben formar parte de las mismas necesariamente el Secretario o el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación, y el Interventor de la misma. Los límites cuantitativos, que podrán ser inferiores a los señalados en el párrafo anterior, o los referentes a las características de los contratos en los que intervendrá la Junta de Contratación como órgano de

contratación, se determinarán, en las entidades locales de régimen común, por el Pleno, a propuesta del Alcalde o del Presidente cuando sean el órgano que tenga atribuida la competencia sobre dichos contratos, y por la Junta de Gobierno Local en los municipios de gran población.

Por otra parte, en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas (mediante acuerdos al efecto) por los órganos que se constituyan con carácter de centrales de contratación¹³⁶.

B).- La profesionalización de los órganos técnicos que asisten a los órganos de contratación.

Si característico de los órganos de contratación es su falta de profesionalización, llama la atención que tal característica lo sea también de los órganos de asistencia a los mismos, siendo paradigmático el caso de las mesas de contratación.

Al problema de la falta de profesionalización de las mesas de contratación sobreviene otro en aquellos casos en los que la constitución de aquellas no resulta preceptiva. La constitución de mesa de contratación únicamente resulta precisa para la adjudicación de contratos utilizando el procedimiento abierto, restringido o el negociados con publicidad a que se refiere el artículo 177.1 TRLCSP. En los procedimientos negociados en que no sea necesario publicar anuncios de licitación, la constitución de la Mesa será potestativa para el órgano de contratación, y lo mismo sucederá –aunque no esté expresamente contemplada tal previsión- cuando se utilice el contrato menor como procedimiento de adjudicación. En tales supuestos existe un evidente riesgo de que la decisión de contratación quede desprovista de un juicio técnico.

La Mesa de contratación se configura como órgano de asistencia de los órganos de contratación, teniendo encomendadas funciones esenciales de los procedimientos de adjudicación. A dichas funciones se refiere el art. 22 del Real

¹³⁶ Sobre esta previsión Vid. el artículo de I. GALLEGO CÓRCOLES “Las centrales de contratación en clave local”, en el número extraordinario de la Revista de estudios locales (Agosto 2013) editado por COSITAL, pp. 119-146.

Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y de entre ellas podemos destacar:

- Calificar la documentación acreditativa de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores,
- Determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares o por no superar el umbral mínimo de puntuación exigido para continuar en el proceso selectivo,
- Valorar las distintas proposiciones,
- Proponer al órgano de contratación la aceptación o rechazo de proposiciones respecto de las cuales se haya identificado la existencia de valores anormales o desproporcionados, luego de haber tramitado el procedimiento a que se refiere el art. 152.3 TRLCSP.
- Proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato

Una característica común a todas las funciones anteriores es que para su ejercicio resulta necesario un alto nivel de conocimientos especializados, en unos casos de tipo jurídico, o de naturaleza técnica en otros. Es cierto que la falta de una determinada capacidad técnica puede ser suplida, en casos puntuales, mediante la solicitud de informes externos. Ahora bien, la eminente naturaleza técnica de las funciones que se atribuyen a la mesa de contratación debe guardar relación con la designación de sus miembros, que debería realizarse precisamente, atendiendo a las capacidades técnicas que posean o puedan acreditar. Y en este sentido, las disposiciones del TRLCSP que regulan la composición de las mesas de contratación no atienden a esa necesidad de profesionalización de los miembros que las integran. No existe una reserva de "profesionalización" de las funciones de la mesa de contratación.

Según dispone el apartado 10 de la Disposición adicional segunda TRLCSP,

«...10. La Mesa de contratación estará presidida por un miembro de la Corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el Secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el Interventor, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la Corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres. Actuará como Secretario un funcionario de la Corporación.

En las entidades locales municipales podrán integrarse en la Mesa personal al servicio de las correspondientes Diputaciones Provinciales o Comunidades Autónomas uniprovinciales...¹³⁷».

Desde nuestro punto de vista, resulta muy importante garantizar que la composición de las Mesas de contratación se ajusta a criterios de especialización técnica, y se garantiza además su independencia.

El modelo a seguir, proponemos, para la composición de las mesas de contratación, podría ser el de la composición de los órganos de selección de personal que regula el art. 60 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público:

“1. Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre.

2. El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección”.

La imparcialidad y profesionalidad, entendida ésta en sentido técnico, entendemos que garantizaría la correcta realización de las funciones que tienen atribuidas las Mesas de contratación y que han sido apuntadas anteriormente.

¹³⁷ De manera complementaria a esta disposición, y debido al particular régimen de entidades locales intermedias de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Disposición adicional octava de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón señala en su inciso final que en las entidades locales municipales, también podrá integrarse en la Mesa personal al servicio de las correspondientes Comarcas.

Obviamente, somos conscientes de que esta propuesta choca con una “práctica” extendida en algunas Administraciones, que en los casos más extremos, llegan a reproducir en la Mesa de contratación la composición del Pleno, al que se une el Secretario¹³⁸ y el Interventor como miembros natos por exigencia de la Disposición adicional segunda TRLCSP, apdo. 10. En otros casos, forman parte de la Mesa de contratación algunos concejales o diputados, normalmente pertenecientes al Grupo político que sustenta al Gobierno de la Entidad, aunque también se suele permitir la participación de concejales o diputados de la oposición. Sin embargo, esta composición política de las Mesas de contratación, cuando sus integrantes carecen de los conocimientos técnicos, no parece que pueda cumplir de manera adecuada con las importantes funciones que se atribuyen a la Mesa.

Por eso, siguiendo el ejemplo de las comisiones de selección de personal, entendemos que el personal de elección o de designación política no debería en tal condición formar parte de las Mesas de contratación. Pero insistimos una vez más. La crítica no debe entenderse a la composición política de las Mesas de contratación, sino a la participación en las mismas de personal (político o no) que no cuente con la capacidad técnica necesaria para cumplir las funciones atribuidas a un órgano (técnico) de asistencia al órgano de contratación.

Respecto de la participación del personal eventual en las Mesas de contratación, al igual que sucede con el personal interino, es la propia Disposición adicional segunda TRLCSP la que parece excluir tal posibilidad. Recuérdese que los funcionarios interinos son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios por razones

¹³⁸ Se hace preciso también clarificar las funciones que están llamados a desempeñar los Secretarios de la Administración Local en materia de contratación de las Entidades Locales. Así lo ha apuntado J. COLÁS TENAS en su trabajo “El itinerario de la contratación pública: de Cádiz a nuestros días” incluido en E. ORDUÑA REBOLLO y V. MERINO ESTRADA (Dir.) *Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local, Doscientos años al servicio de la ciudadanía*, COSITAL, Madrid, 2012. Señala dicho autor al respecto el vacío legal resultante de la derogación por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, del artículo 92 de la LRBRL y el artículo 162 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/ 1986, de 18 de abril, que regulaban las funciones de los Secretarios, sin que su contenido haya sido objeto de una nueva regulación.

expresamente justificadas de necesidad y urgencia, y que su nombramiento queda revocado cuando se superan esas razones¹³⁹. Personal eventual lo es el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial¹⁴⁰. Pues bien, tal y como han señalado a este respecto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el informe 49/2008, de 29 de enero de 2009, y también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Cataluña en su informe 10/2009, de 30 de julio, vista la dicción literal de la actual regulación de la composición de las mesas de contratación en el ámbito local contenida en la disposición adicional segunda TRLCSP que se refiere a "funcionarios de carrera", y a diferencia de lo que sucedía con la anterior referencia a "funcionarios" que se contenía en el TRLCAP —con la cual no era pacífica la cuestión de si el personal eventual o los funcionarios interinos podía ser vocal de las mesas de contratación en el ámbito local¹⁴¹—, hay que concluir ahora que ni el personal eventual ni los funcionarios interinos pueden formar parte como vocal de las mesas de contratación de las entidades locales¹⁴².

¹³⁹ Recordemos que el art. 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) justifica la contratación de funcionarios interinos para atender a alguna de las siguientes causas a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera; b) La sustitución transitoria de los titulares; c) La ejecución de programas de carácter temporal, y d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

¹⁴⁰ Aunque al personal eventual le resulta de aplicación, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, su nombramiento y cese son libres, aunque el cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento (Cfr. art. 10.3 y .5 EBEP).

¹⁴¹ Así, respecto del personal eventual, mientras que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en su informe 1/2004, de 15 de abril, y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares, en su informe 2/2001, de 22 de febrero, habían considerado que el personal eventual podía formar parte como vocal de las mesas de contratación de las entidades locales, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el informe 13/2001, de 3 de julio, había afirmado el contrario.

¹⁴² No obstante lo anterior, y de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 21.5 del Real decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, la participación de este tipo de personal en las mesas de contratación

podrá tener lugar ahora con su incorporación a las reuniones de las mesas actuando, con voz pero sin voto, como asesores o asesoras especializados en caso de que resulte necesario, según la naturaleza de los asuntos a tratar, y ello sin perjuicio de la posibilidad que tienen también de asesorar a las mesas de contratación mediante la emisión de informes técnicos.

IV.- Una consideración final de orden sistemático.

Las previsiones de adaptación del régimen de contratación de las Entidades locales deberían recogerse en la normativa de contratos del sector público sistematizadas de una manera más coherente a como lo están ahora.

La normativa estatal sobre contratación pública ha señalado tradicionalmente ciertas «normas específicas de contratación de las Entidades Locales». Entre los textos más modernos puede citarse la Disposición Adicional novena de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que luego se mantendría en el Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, así como, más recientemente, la Disposición Adicional segunda de la LCSP que hoy mantiene la misma numeración en el TRLCSP. Entender que las especialidades de la contratación de las Entidades locales se agota en dicha disposición supone desconocer por completo la realidad de la contratación. Existen, dispersas por su articulado, otras especialidades de la contratación de las Entidades Locales, como son la posibilidad de aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales (art. 114.3 TRLCSP), la publicidad sustitutoria de los anuncios de licitación en el Boletín Oficial de la respectiva provincia (art. 142.1 TRLCSP), la posibilidad de constituir las garantías que sean precisas, en efectivo y mediante certificados de inmovilización de los valores de Deuda Pública, mediante su depósito en la Caja de depósitos de la Entidad Local contratante (art. 96.a, 98.2 y 103.3 TRLCSP), o la posibilidad de que se atribuya la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación interpuestos en relación con contratos de una Entidad Local a un órgano distinto de aquél que conoce de los recursos interpuestos contra contratos de la Comunidad autónoma en cuyo territorio se integre dicha Entidad, como es la regla general (art. 41.4 TRLCSP), la creación de centrales de contratación por las Diputaciones Provinciales (art. 204.2 TRLCSP) o su adhesión a sistemas externos de contratación centralizada (art. 205 y Disposición Adicional vigésimo octava TRLCSP)

Las opciones de ordenación sistemática que sigue la normativa española son dos. Por una parte, la opción unificada, que sigue el TRLCSP, de manera que la normativa general sobre

contratos públicos ejerce una *vis atractiva* sobre las especialidades de los sujetos contratantes. El segundo modelo, seguido por ejemplo por la normativa foral de contratos públicos, opta por incluir las especialidades de la contratación de las Entidades Locales en la norma de cabecera que ordena su organización, régimen competencial y de organización de las Entidades Locales. Así, junto a la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio de Contratos Públicos, modificada recientemente por Ley Foral 3/2013 de 25 de febrero, encontramos un completo título (el VI) en la Ley Foral 6/1990 de la Administración Local de Navarra (también modificado recientemente por la Ley Foral 4/2013 de 25 de febrero) que recoge las especialidades de los contratos de las entidades locales de Navarra o subvencionadas por éstas que se encuentren sujetos a la legislación foral de contratos públicos.

Desde el punto de vista sistemático nuestra propuesta es la de abandonar el modelo que sigue actualmente el TRLCSP, que incluye tales especialidades en una Disposición Adicional¹⁴³. Nuestra propuesta de ordenación sistemática se alinea con la opción ya sugerida por el propio Consejo de Estado en su Informe 514/2006, de 25 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público:



«...incluir en la legislación sobre contratos las especialidades de la contratación local, no parece que la ubicación más adecuada para ello sea una disposición adicional. Frente a ello cabrían dos posibilidades: o bien se podría incluir una nueva división en la ley que en su rúbrica hiciese referencia a las especialidades de la contratación local y en la que figurase, desglosado en artículos, el contenido de la actual disposición adicional segunda; o bien se podrían ir introduciendo las especialidades de la contratación local al hilo de los distintos aspectos del régimen de la

¹⁴³ J. COLÁS TENAS señaló incluso la posible incompatibilidad de dicha opción con una correcta técnica normativa: Según el artículo 39 de la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las directrices de técnica normativa (BOE de 29 de julio de 2005), “en las disposiciones adicionales suelen acomodarse los regímenes jurídicos especiales que no pueden situarse en el texto articulado, los mandatos y autorizaciones de contenido no normativo y los preceptos residuales que no pueden ubicarse en ningún otro lugar de la Ley”, “La contratación en las entidades locales tras la Ley de contratos del sector público: aspectos prácticos e informes de las juntas consultivas”, Cuadernos de Derecho Local núm. 21 (2009), pág. 41.

contratación del sector público. En opinión de este Consejo sería preferible la primera opción.»

Es decir, lo que, a nuestro juicio debería hacerse, es recoger en un Título de la Ley, rubricado como “contratos de la Administración local”, todas las especialidades relativas a organización y procedimiento que caracterizan los contratos públicos celebrados por las Entidades locales, procediendo a su desarrollo posterior en el articulado de la norma (y no en una disposición adicional). Y quizás, como medida complementaria, no estaría de más devolver a su ubicación original, la Ley de Bases de régimen local, las reglas de distribución de competencias para contratar entre los diferentes órganos que forman parte de la Administración local.

ANEXO I.- Códigos NUTS (Reglamento núm. 1059/2003) en España.

NUTS 1		NUTS 2		NUTS 3	
Área	Código	Área	Código	Área	Código
 NOROESTE	ES1	Galicia	ES11	A Coruña	ES111
				Lugo	ES112
				Orense	ES113
				Pontevedra	ES114
		Principado de Asturias	ES12	Asturias	ES120
Cantabria	ES13	Cantabria	ES130		
 NORESTE	ES2	País Vasco	ES21	Álava	ES211
				Guipúzcoa	ES212
				Vizcaya	ES213
		Comunidad Foral de Navarra	ES22	Navarra	ES220
		La Rioja	ES23	La Rioja	ES230
		Aragón	ES24	Huesca	ES241
				Teruel	ES242
Zaragoza	ES243				

NUTS 1		NUTS 2		NUTS 3	
Área	Código	Área	Código	Área	Código
 <p>COM. DE MADRID</p>	ES3	Comunidad de Madrid	ES30	Madrid	ES300
 <p>CENTRO</p>	ES4	Castilla y León	ES41	<p>Ávila</p> <p>Burgos</p> <p>León</p> <p>Palencia</p> <p>Salamanca</p> <p>Segovia</p>	<p>ES411</p> <p>ES412</p> <p>ES413</p> <p>ES414</p> <p>ES415</p> <p>ES416</p>

NUTS 1		NUTS 2		NUTS 3	
Área	Código	Área	Código	Área	Código
				Soria	ES417
				Valladolid	ES418
				Zamora	ES419
		Castilla-La Mancha	ES42	Albacete	ES421
				Ciudad Real	ES422
				Cuenca	ES423
				Guadalajara	ES424
				Toledo	ES425
		Extremadura	ES43	Badajoz	ES431
				Cáceres	ES432
			ES5	Cataluña	ES51
Gerona	ES512				
Lérida	ES513				
Tarragona	ES514				
Comunidad Valenciana	ES52			Alicante	ES521
				Castellón	ES522
				Valencia	ES523
Islas Baleares	ES53			Islas Baleares	ES530

NUTS 1		NUTS 2		NUTS 3	
Área	Código	Área	Código	Área	Código
 SUR	ES6	Andalucía	ES61	Almería	ES611
				Cádiz	ES612
				Córdoba	ES613
				Granada	ES614
				Huelva	ES615
				Jaén	ES616
				Málaga	ES617
				Sevilla	ES618
		Región de Murcia	ES62	Murcia	ES621
		Ciudad Autónoma de Ceuta	ES63	Ceuta	ES630
Ciudad Autónoma de Melilla	ES64	Melilla	ES640		
 CANARIAS	ES7	Canarias	ES70	Las Palmas	ES701
				Santa Cruz de Tenerife	ES702

