

La nueva regulación de la contratación en los sectores especiales y su incidencia práctica. Novedades del Real Decreto-ley 3/2020¹

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.
gimenof@unizar.es
orcid.org/0000-0001-6760-9222
WoS Researcher ID: AAA-4228-2019

- 1. Introducción**
- 2. Objeto y estructura de la LPCSE**
 - 2.1. Objeto de la LPCSE
 - 2.2. Estructura de la LPCSE
- 3. Los principios aplicables: hacia la calidad de la prestación**
 - 3.1. El principio de interpretación conforme al derecho europeo
 - 3.2. Principio de confidencialidad
 - 3.3. Protección de los secretos empresariales
 - 3.4. El principio de libre competencia
 - 3.5. El principio de integridad
 - 3.6. El principio de calidad: del precio al valor
- 4. Sobre el ámbito subjetivo de aplicación**
 - 4.1. Ámbito subjetivo de aplicación
 - 4.2. Alcance del concepto de derechos exclusivos o especiales en la redacción de la Directiva

Artículo recibido el 26/05/2020; aceptado el 11/07/2020.

1. Este texto era la ponencia a presentar en las Jornadas organizadas por la Diputación de Barcelona, para el día 16 de marzo de 2020, sobre el contenido del Real Decreto-ley 3/2020, suspendidas por la crisis de “Coronavirus 2019”. En la revisión se ha realizado cierta actualización del contenido inicial.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza”, Referencia: PID2019-109128RB-C21”.

- 4.3. Régimen jurídico de los contratos celebrados
- 5. Negocios excluidos: delimitación conceptual**
 - 5.1. Exclusión de actividades sometidas directamente a la competencia
 - 5.2. Contratos excluidos por razón de su finalidad
 - 5.3. Exclusiones en los ámbitos del agua y la energía
 - 5.4. Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios y de concesión de servicios
 - 5.5. Encargos a medios propios y relaciones entre empresas del mismo *holding*
- 6. Del ámbito objetivo “especial”. Las actividades reguladas**
- 7. Novedades en el sistema de control administrativo: problemas prácticos de la invalidez**
 - 7.1. La invalidez en estos contratos especiales
 - 7.2. El recurso especial
 - 7.3. El control jurisdiccional
 - 7.4. El arbitraje
- 8. Sobre la ejecución de los contratos. Especialidades**
 - 8.1. La subcontratación
 - 8.2. Pago directo a subcontratistas
 - 8.3. El régimen de las modificaciones contractuales
- 9. Conclusiones**

Resumen

Se analiza el nuevo régimen de contratación en los denominados sectores especiales, como resultado de la transposición de la Directiva 2014/25, explicando las consecuencias prácticas.

Palabras clave: *contratación pública; contratación en sectores especiales.*

The new regulation on public procurement: special sectors and its practical consequences. New developments in the Royal Decree Law 3/2020

Abstract

The article studies the new public procurement framework regarding special sectors which was adopted because of the transposition of the Directive 2014/25. The article explores all the practical consequences of the new framework.

Keywords: public procurement; special sectors.

1 Introducción

La LCSP de 2017 solo transpuso la Directiva 2014/24 y parcialmente la Directiva 2014/23, advirtiendo de que esta materia de contratación en los sectores especiales se regularía por una ley propia².

El incumplimiento de la obligación de transposición de las directivas de contratación 23 y 25 de 2014 en lo relativo a la contratación en los denominados sectores especiales (donde todavía continuaba vigente la Ley 31/2017, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales)³ ha justificado la aprobación del Real Decreto-ley 3/2020 (en adelante LPCSE), para proceder a una rápida transposición⁴. Este incumplimiento, pendiente de la posible sanción por parte del TJUE (como ha reseñado J. A. Moreno Molina, la Comisión Europea propuso en diciembre de 2017, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la imposición de una multa diaria a España de 123 928,64 euros por la no transposición de la Directiva 2014/25/UE), aconsejaba una rápida actuación legislativa para cumplir con la exigencia de transposición y evitar una innecesaria inseguridad jurídica en sectores de marcado carácter estratégico⁵.

Convalidado el Real Decreto-ley por el Congreso, se está tramitando como proyecto de ley, lo que ha de permitir los necesarios ajustes/mejoras

2. Vid. V. LÓPEZ-IBOR MAYOR, “La contratación en los sectores especiales”, en AA. VV., *Tratado de Contratos del Sector Público*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2875-2927.

3. Sobre el contenido de esta Ley 31/2017 es de interés el trabajo de J. BERMEJO VERA, “El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales”, *RAP*, núm. 176, 2008, pp. 115-159.

4. Si preocupante es la tendencia a huir del derecho público y sus principios mediante la creación de entes instrumentales, no lo es menos la utilización de conceptos como urgencia y extraordinaria necesidad como “carro de supermercado” donde cabe todo, lo que justifica la claramente indebida utilización de la técnica del real decreto-ley (sirva de ejemplo el Real Decreto-ley 3/2020), pensada y regulada en nuestra Constitución como algo excepcional (como consecuencia del principio de separación de poderes) y que se ha convertido en lo ordinario en todo Consejo de Ministros. El fraude constitucional es evidente y el escenario derivado un indicador de grave riesgo de calidad democrática. A ello se ha sumado la “reinterpretación” del concepto de emergencia, vinculado a asuntos catastróficos o de grave peligro y que ha servido para no cumplir con la normativa de los contratos públicos en relación con la campaña electoral de este mes (alegando que el breve plazo desde que se convocaron es un grave peligro de que no se celebren) o para la construcción de infraestructuras en claro deterioro, cuando no ha existido mantenimiento ni adecuada planificación para su sustitución. Nuevamente la excusa de la necesaria eficacia de la gestión política pretende justificar estas prácticas, claramente peligrosas y que suponen una manipulación de los conceptos.

5. J. A. MORENO MOLINA, “Grave incumplimiento español del derecho de la UE por la falta de transposición de la Directiva de contratos públicos en los sectores especiales”, en www.obcp.es

técnicas⁶. De la nueva regulación, que pretende una “homogeneización de contenidos” con la LCSP (en ocasiones supone, en mi opinión, un exceso de “administrativización” innecesaria)⁷, procede destacar, como elementos singulares diferentes al contenido de la LCSP, los siguientes⁸.

2

Objeto y estructura de la LPCSE

Tal y como se manifestaba en la anterior Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, y su sucesora, la Ley 31/2007, el derecho de la Unión Europea ha previsto para la contratación en el ámbito de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales un régimen normativo distinto al aplicable a los demás contratos públicos, cuyas directivas reguladoras fueron objeto de transposición por las leyes de contratos del sector público⁹. Este régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual, entre ellos la selección del contratista, es menos estricto y rígido que el establecido en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública, asegurando en todo caso los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los

6. El Boletín del Congreso de 22 de mayo contiene las numerosas enmiendas técnicas para mejorar el texto, a la vez que se proponen también modificaciones al articulado LCSP (lo que puede generar cierta confusión jurídica por esta falta de estabilidad de la norma).

7. Sobre el contenido de la LCSP 2017 me remito ahora a AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

8. Esta norma se dicta al amparo de la competencia estatal en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, establecida en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución, y en consecuencia, es de aplicación general a todas las Administraciones públicas y organismos y entidades dependientes de ellas. No obstante, no tendrán carácter básico los siguientes artículos: 31.4; 33.4; 61, apartados 9.d) y 10; 65.1, párrafo cuarto; 73, segundo párrafo del apartado 1, apartado 2 y apartado 4; 107.8; disposición adicional décima; disposición final segunda; y disposición final decimocuarta (disposición final séptima).

9. Para entender el origen y la finalidad de esta normativa europea resulta de especial interés V. LÓPEZ-IBOR (dir.), *La nueva normativa de contratación para los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1997. También el estudio de F. DIEZ MORENO, “Los denominados sectores excluidos: agua, energía, transporte y telecomunicaciones”, en AA. VV., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 927-970, y el trabajo de A. RUIZ CASTAÑEDA, “La contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones”, en AA. VV., *Contratos de las Administraciones Públicas*, Abella, 2000, pp. 1028 y ss.

principios que se derivan de estos, como los de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad, transparencia, publicidad y libre competencia.

La Comisión Europea manifestó en su “Informe de evaluación: Impacto y eficacia de la legislación de la Unión Europea sobre contratación pública”, de 27 de junio de 2011, que le parecía adecuado mantener normas en materia de contratación por las entidades que operaban en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, puesto que las autoridades nacionales seguían pudiendo influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión. Otra razón para seguir regulando la contratación en esos sectores era el carácter cerrado de los mercados en que operaban las entidades en dichos sectores, debido a la concesión por los Estados miembros de la Unión Europea de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se tratara. La regulación de la contratación en estos sectores persigue garantizar su apertura a la competencia.

La LPCSE realiza la transposición de la nueva Directiva 2014/25/UE, de contratación en sectores especiales, y las disposiciones correspondientes a los contratos de concesión, contenidas dentro de la Directiva 2014/23/UE, solo cuando se dan en los sectores y actividades comprendidos dentro de la presente Ley, y solo respecto de las entidades que configuran su ámbito subjetivo de aplicación, denominadas “entidades contratantes” de forma genérica, encontrándose el resto de las disposiciones de esta última Directiva incorporadas y transpuestas en la Ley de Contratos del Sector Público¹⁰. En esta finalidad de adaptar el derecho europeo a nuestra legislación, la LPCSE recoge en el Título preliminar su objeto y las definiciones que respeten las interpretaciones comunitarias originarias de la Directiva 2014/25/UE.

El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley y que, en comparación con el de su antecesora, la Ley 31/2007, es más extenso, en gran medida por imperativo de las directivas comunitarias que transpone, completa lo dispuesto dentro de la Ley de Contratos del Sector

10. Como ha explicado el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1115/2015, de 10 de marzo de 2016, relativo al Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales: “lo que prima a la hora de determinar el ámbito de aplicación de este grupo normativo es el poder de mercado atribuido a ciertos operadores que pueden tener –y de hecho tienen en múltiples ocasiones– y cuya configuración jurídica, institucional y organizativa es diversa. La singular posición de estos sujetos en el mercado a resultas de la gestión o explotación de una red o la producción de bienes y servicios en régimen de acceso restringido ha justificado la articulación de unos criterios y medidas encaminadas a evitar situaciones de abuso que deriven de aquella singular posición”.

Público, a la cual se hacen diversas remisiones a lo largo del articulado, y pretende aclarar las normas vigentes en aras de una mayor seguridad jurídica¹¹. Sin embargo, se trata de una norma compleja y de no fácil comprensión, de la que, al igual que con la LCSP, puede realizarse una crítica formal¹².

Por otra parte, al igual que la LCSP, trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYMES, y todo ello garantizando la eficiencia en el gasto público y respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad, libre competencia, integridad, o garantía de la unidad de mercado¹³. El propio ámbito material de aplicación de esta Ley pone de relieve la especial transcendencia de los criterios verdes, que deberían ser seña de identidad de la contratación en estos sectores¹⁴.

2.1

Objeto de la LPCSE

La LPCSE (art. 1) tiene como objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, de suministro y de servicios, cuando contraten las entidades públicas y privadas a que se refiere el artículo 5.1, en el ámbito de una o más actividades contenidas en los artículos 8 a 14 de esta Ley, siempre que su valor estimado sea igual o superior a los siguientes umbrales:

a) 1 000 000 de euros en los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el Anexo I.

11. En mi opinión, quizá hubiera sido más oportuno codificar en un único texto legal toda la contratación pública, lo que habría evitado ciertas “repeticiones” de contenido y, en ocasiones, problemas de interpretación, al no alinearse correctamente las soluciones de estos textos legales.

12. Vid. T. CANO CAMPOS, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 48, 2028, pp. 15 a 19. Igualmente crítico era ya, en relación con la “movilidad” de la normativa de contratación pública, el profesor J. A. SANTAMARÍA PASTOR, en “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, *RAP*, núm. 159, 2013, pp. 25 y ss.

13. Vid. por todos, ahora, J. M.^a GIMENO FELIU, “La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad”, *Revista Economía Industrial*, núm. 415, 2020, pp. 13-21.

14. Sobre esta cuestión de compra “ambiental” me remito al completo libro: X. LAZO VITORIA (dir.), *Compra Pública Verde*, Atelier, Barcelona, 2018, y al trabajo de Í. SANZ RUBIALES, “La protección del ambiente en la nueva Ley de contratos: del Estado meramente ‘comprador’ al Estado ‘ordenador’”, *RAP*, núm. 205, 2018, pp. 49 y ss.

b) 443 000 euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos.

c) 5 548 000 euros en los contratos de obras.

Asimismo, esta Ley, frente a su predecesora, será de aplicación a los procedimientos de adjudicación de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que liciten las entidades a que se refiere el artículo 5.1, cuando refiriéndose estos contratos a una o más de las actividades recogidas en los artículos 9 a 14 de esta Ley, los mismos tengan un valor estimado que sea igual o superior al umbral de 5 548 000 de euros.

En todo caso quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Ley los siguientes contratos de concesión:

a) Los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se refieran a las actividades en el sector del agua que relaciona el artículo 8 en sus apartados 1 y 2.

b) Los contratos de concesión de servicios que se refieran a los servicios de lotería comprendidos en el código CPV 92351100-7, adjudicados por una entidad contratante a un operador económico sobre la base de un derecho exclusivo. La atribución de un derecho exclusivo de este tipo deberá ser objeto de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. A estos efectos el concepto de derecho exclusivo no incluye los derechos exclusivos a que se refiere el artículo 6.2.

c) Los contratos de concesión de servicios que sean adjudicados por una entidad contratante a un operador económico sobre la base de un derecho exclusivo del que dicho operador goce con arreglo a una norma, un reglamento o una disposición administrativa que resulte de aplicación, y cuya concesión se ajuste al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a los actos jurídicos de la Unión Europea que establecen normas comunes de acceso al mercado, aplicables a las actividades contempladas en los artículos 9 a 14 de esta Ley¹⁵.

d) Los contratos de concesión de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento n.º 1370/2007, del Parlamento Europeo y del

¹⁵. Si la legislación sectorial de la Unión no prevé obligaciones de transparencia, se aplicará lo relativo al anuncio de formalización. Si la entidad contratante concede a un operador económico un derecho exclusivo para el ejercicio de una de las actividades contempladas en los artículos 9 a 14 de esta Ley, deberá informar de ello a la Comisión Europea en el plazo de un mes contado a partir del día en que se concedió dicho derecho.

Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo.

En los **contratos no cubiertos por el importe son de aplicación los principios del Tratado en materia de contratos públicos**, lo que impide la libertad absoluta de contratar.

2.2

Estructura de la LPCSE

Como explica la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2020, la estructura de la LPCSE es, sucintamente, la siguiente, destacando los aspectos más singulares de la regulación:

a) En el Libro primero, en su Título I, se contienen su **objeto** y las **definiciones** adecuadas a los diferentes conceptos manejados a lo largo del Libro primero del presente Real Decreto-ley, de tal manera que se respeten las interpretaciones comunitarias originarias de la Directiva 2014/25/UE. Cabe destacar que por primera vez se regulan los procedimientos de adjudicación que convoquen las “entidades contratantes” de contratos de concesión de obras o de concesión de servicios en los sectores de la energía, los transportes y los servicios postales.

b) El **ámbito subjetivo** se prevé en el Libro primero, Capítulo II de su Título I, que se proyecta sobre los poderes adjudicadores, las empresas públicas y las entidades privadas que tengan atribuidos derechos especiales o exclusivos, exceptuándose sin embargo las Administraciones públicas, que quedan sujetas a la regulación más estricta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, por razones de disciplina y control de su funcionamiento, aspectos estos que parece aconsejable primar, respetando los umbrales establecidos en la Directiva 2014/25/UE a efectos de determinar qué contratos tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada, en coherencia con lo establecido en la disposición adicional octava de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Ello es plenamente compatible con el derecho de la Unión Europea, ya que esta opción garantiza obviamente los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación en materia contractual, al exigirse estos con mayor rigor en el ámbito de la contratación pública sujeta a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

c) En el Capítulo III del Título I del Libro primero se define, con estricta fidelidad al contenido de la Directiva 2014/25/UE, el **ámbito objetivo de aplicación**, concretando tanto la naturaleza de los contratos que regula como

el contenido material de los mismos. El presente Real Decreto-ley, en comparación con la Ley 31/2007, de 30 de octubre, hace una regulación más amplia y pormenorizada de las exclusiones de su ámbito objetivo de aplicación, de los contratos mixtos y de los contratos destinados a la realización de varias actividades, y ello tanto por imperativo de las directivas comunitarias como para delimitar correctamente el ámbito de aplicación de este Real Decreto-ley no solo respecto de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, sino también respecto de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, la cual se aprobó con posterioridad a la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Por otra parte, se regulan por primera vez los encargos a medios propios personificados por parte de entidades contratantes que sean poderes adjudicadores, así como los convenios que se celebren entre entidades contratantes pertenecientes al sector público. Asimismo, como novedad, se revisa la regulación que hacía la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de los contratos con empresas asociadas y con empresas conjuntas, para garantizar un uso adecuado de los mismos acuerdos con el principio de libre competencia.

d) El Capítulo IV del Título I del Libro primero señala como **principios que han de regir la contratación** los ya tradicionales principios de no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, igualdad de trato y transparencia; a los que, como novedad, este Real Decreto-ley añade: el principio de libre competencia, con una formulación amplia, de manera que el mismo aparece asociado tanto al elemento intencional como al objeto y a los efectos de la práctica o medida potencialmente restrictiva; y los principios de garantía de la unidad de mercado que se recogen en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Este elenco de principios se acompaña de un mandato legal inequívoco a la entidad contratante para que incorpore de manera transversal, tanto en la configuración como en la sustanciación del procedimiento, consideraciones de naturaleza social, medioambiental y de apoyo a las pequeñas y medianas empresas. De conformidad con esta visión de “contratación pública estratégica”, se impone a las entidades contratantes la obligación de tomar medidas para garantizar que en la ejecución de sus contratos las empresas cumplan las obligaciones de tipo medioambiental, social y laboral, pudiendo llegar a imponer penalidades por incumplimiento de estas obligaciones.

e) En su Título II se establecen los **requisitos relativos a la capacidad y clasificación de los operadores económicos**. Como novedad se impone la aplicación de las prohibiciones para contratar, que regula la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, respecto de todas las entidades contratantes, y no solo respecto de los antes denominados organismos de derecho público y de las

empresas públicas, como hacía la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Asimismo, se mantienen los sistemas potestativos de clasificación de contratistas, cuyo objetivo o finalidad seguirá siendo definido por las entidades contratantes que voluntariamente los establezcan y gestionen, aunque continúen estando llamados tanto a facilitar la selección del contratista como a simplificar el propio procedimiento cuando opere como medio de convocatoria.

f) En el Título III del Libro primero se **precisan las exigencias y particularidades de la preparación y la documentación de los contratos**, e introduce importantes novedades respecto de la anterior Ley 31/2007, de 30 de octubre. Se regulan por primera vez las consultas al mercado que hagan las entidades contratantes, tanto para planificar sus licitaciones como para informar al mercado de sus planes de contratación, junto con las necesarias cautelas para garantizar una libre y leal competencia, en especial a través de la publicidad en el perfil del contratante de la entidad correspondiente; se obliga a las entidades contratantes a dejar constancia, en la documentación preparatoria del procedimiento de contratación, de las necesidades a las que pretenden dar satisfacción con el mismo; se regula cómo debe ser calculado el presupuesto base de licitación por parte de las entidades contratantes pertenecientes al sector público; se detalla más pormenorizadamente el contenido mínimo de los pliegos; y se introduce una regulación más extensa y detallada de las etiquetas, los informes de pruebas, las certificaciones y otros medios de prueba, con el objeto de acreditar que los bienes, productos o servicios cumplen las prescripciones técnicas exigidas, los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución del contrato que en cada caso establezcan los pliegos de condiciones.

g) El Título IV del Libro primero por primera vez regula **el contenido mínimo de los contratos, así como la duración de los mismos**, la cual, para los contratos de entidades contratantes pertenecientes al Sector Público, se sujetará a las mismas limitaciones que establece la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, velándose así por que los contratos se sometan periódicamente a concurrencia.

h) El Título IV del Libro primero, **adicionalmente, regula los requisitos de los candidatos y licitadores, las normas generales que deberán regir los procedimientos de adjudicación**, los medios de publicidad de los mismos y los tipos de procedimientos. Con carácter general se exige que se dé acceso a los pliegos de condiciones y a las prescripciones técnicas por medios electrónicos a través del perfil de contratante; e impone con carácter obligatorio a las entidades contratantes la tenencia de un perfil de contratante, que deberá alojarse bien en la Plataforma de Contratación del Sector Público o bien en otra plataforma equivalente, según el tipo de entidad contratante. La

regulación del perfil de contratante se asemeja mucho a la establecida por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, convirtiéndose en el principal canal para dar publicidad unificada a la práctica totalidad de los anuncios, las actuaciones, los actos y las resoluciones que recaen a lo largo del procedimiento de contratación e, incluso, durante la ejecución del contrato. Al regular todo lo relativo a los **medios de comunicación electrónicos, como novedad impone su utilización con carácter obligatorio**, salvo excepciones tasadas. Asimismo, se hacen todos los ajustes necesarios a lo largo de la regulación del procedimiento de licitación para adaptarlo a las nuevas exigencias que trae consigo la contratación electrónica.

i) El Título IV del Libro primero presenta otras novedades, entre las que cabe destacar las siguientes: se regula por primera vez **el objeto del contrato**, exigiéndose su determinación, prohibiéndose su fraccionamiento fraudulento; imponiéndose con **carácter general la obligación de dividir en lotes** el objeto del contrato siempre que la naturaleza del mismo lo permita, debiéndose justificar en el expediente la decisión contraria; y haciéndose una expresa referencia a las ofertas que combinen varios lotes o todos los lotes, comúnmente conocidas como “ofertas integradoras”.

j) El Título IV del Libro primero regula los **criterios de adjudicación**, introduciendo un gran número de novedades, a destacar: la sustitución del principio de la oferta económicamente más ventajosa por el principio de la mejor oferta, determinada preferentemente con arreglo a criterios basados en la mejor relación calidad-precio. La tradicional vinculación de los criterios de adjudicación no debe ser “directa”, y por ello propone la consideración de un mayor número de aspectos sociales, laborales, medioambientales y de innovación y desarrollo por parte de las entidades contratantes; y se exige que al valorar las ofertas en las licitaciones de determinados contratos en los que el legislador ha considerado que debería primar la calidad, como son los contratos de servicios de carácter intelectual, los criterios cualitativos representen el 51 por ciento o más de la puntuación asignable.

k) El Título VI del Libro primero tiene por objeto **regular la ejecución y extinción de los contratos**, de forma análoga a la contenida dentro de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, particularmente en cuanto a las principales novedades de esta: se impulsa la incorporación de consideraciones sociales, laborales, medioambientales y de innovación y desarrollo en las condiciones de ejecución, de dos formas. En primer lugar, se establece la obligación de introducir al menos una de las consideraciones de esta naturaleza que lista el artículo 105, entre las cuales están incluidas aquellas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, favorezcan la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida fami-

liar; y, en segundo lugar, la introducción de estas condiciones se ve favorecida porque el requisito de vinculación al objeto del contrato se beneficia de la misma flexibilidad que los criterios de adjudicación. Se regula igualmente la subcontratación y se elimina el límite a la misma de conformidad a la jurisprudencia del TJUE, en su sentencia Wroclaw, de 14 de julio de 2016.

En materia de modificaciones de los contratos se introducen por primera vez limitaciones, exigiéndose la publicación de un anuncio de modificación y de las alegaciones e informes recabados; se introduce la posibilidad de resolver contratos durante su vigencia cuando no se den los requisitos legalmente establecidos que permitan su modificación; y se introduce la necesaria autorización, previo dictamen del Consejo de Estado, del Ministerio de tutela o adscripción para modificaciones no previstas superiores al 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, en el caso de que las mismas afecten a contratos de entidades contratantes pertenecientes al sector público.

l) El Título VII del Libro primero **regula la invalidez y la reclamación en materia de contratación (hubiera sido mejor “homogeneizar” los términos y hablar de recurso especial)**. Al hacerlo el mismo introduce una regulación muy pareja a la que se recoge en esta materia en la LCSP, si bien destaca que se permite la solución extrajudicial de conflictos y la utilización del arbitraje. Se incluye entre las causas de nulidad, comprendiendo ahora también el incumplimiento grave de derecho de la Unión Europea previo pronunciamiento en este sentido del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Adicionalmente, se incluyen entre las causas de anulabilidad el incumplimiento de las circunstancias y los requisitos exigidos para la modificación de los contratos sujetos a esta norma, o la realización de encargos para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios o la celebración de contratos con empresas asociadas o conjuntas cuando no se cumplan los requisitos para ello.

m) Por último, **sobre gobernanza**, se mantiene el esquema de tres órganos colegiados con competencias en materia de contratación pública que establece la LCSP, y que está integrado por la Oficina Independiente de Regulación y de Supervisión de la Contratación, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (que será quien facilite la información a la Comisión Europea) y el Comité de Cooperación en materia de contratación pública¹⁶.

16. Existe una enmienda para configurar a la OIRESCON como entidad con personalidad jurídico-pública independiente (un modelo similar a la AIREF). Esta opción conlleva desplazar las funciones de la ONE a otro órgano (se propone la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado), dado que encajan mal en la arquitectura de un órgano de regulación y supervisión funciones de carácter ejecutivo como las que desarrolla la ONE. Sobre esta cuestión de la gobernanza son de especial interés las reflexiones de D. CANALS AMETLLER, “O

3

Los principios aplicables: hacia la calidad de la prestación

Sin ánimo de exhaustividad conviene recordar cómo funcionan los principios jurídicos en el ámbito de la LPCSE.

3.1

El principio de interpretación conforme al derecho europeo

En todo caso, en la interpretación de esta norma, como sucede con la LCSP, es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCÍA (sin olvidar que existe reiterada jurisprudencia al respecto: en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, apartados 108, 109 y 111), una interpretación de la norma nacional –y de los conceptos e instituciones– conforme al derecho europeo¹⁷.

Las previsiones de la normativa europea, y en especial de las directivas de la contratación pública, obligan a la “relectura” de la normativa nacional, que deberá ser aplicada sin desconocer las previsiones directas de la Directiva, que serán parámetro de legalidad ordinaria a controlar por los tribunales administrativos y la jurisdicción, ya que el conocido –e incuestionable– principio de primacía del ordenamiento de la Unión Europea obliga a que la norma nacional no se aplique si contraviene a este. Criterio confirmado por jurisprudencia constante del TJUE. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho, son, en

sistema administrativo de control interno e de supervisión da contratación pública”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 55, 2018, pp. 426-428. Este completo trabajo analiza con detalle el actual modelo y propone pensar en el modelo de Agencia Anticorrupción para el caso de España, así como en la opción de crear una Autoridad Europea de Supervisión de la Contratación Pública, de modo similar a las existentes en otros sectores económicos de referencia en el mercado común europeo.

17. R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del derecho de los Estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 28, 2008, pp. 385-410. Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO, de los imperativos propios del derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo (“La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los ordenamientos internos”, *Revista andaluza de administración pública*, núm. 7, 1991, pp. 9-38).

la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos. Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina TJUE –un derecho pretoriano– que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)¹⁸. Esto explica por qué los órganos de control nacionales, en cuanto “juez comunitario”, aplican esta doctrina (sirvan de ejemplo los acuerdos 75 y 117 de 2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

3.2

Principio de confidencialidad

La confidencialidad implica que los poderes adjudicadores no pueden facilitar información sobre secretos técnicos o comerciales ni los aspectos comerciales de las distintas ofertas. De tal forma que, sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad respecto de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, los poderes adjudicadores deberán respetar el carácter confidencial que puede reconocerse a ciertos datos comunicados por los operadores económicos. **El principio de confidencialidad es el contrapunto del principio de transparencia.** Pese a la relevancia del principio de transparencia como principio capital para lograr la conformación

18. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “La ‘codificación’ de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *REDA*, núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CÓRCOLES, “Las relaciones ‘contractuales’ entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en M. ALMEIDA e I. MARTIN (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. M. COZZIO, “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013, pp. 89-116. Más recientemente, G. A. BENACCHIO, M. COZZIO y F. TITOMANLIO, *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea*, tomo I, Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, Universidad de Trento, 2016. De especial interés el trabajo de D. BERBEROFF AYUDA, “La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 163-200.

de un mercado único de la contratación pública, el legislador europeo ha sabido apreciar la importancia de que ciertos datos e información que puedan facilitar los operadores económicos que participen en una licitación puedan quedar amparados por la protección que confiere la confidencialidad.

En este sentido, resulta fundamental mantener un equilibrio adecuado entre ambos principios, transparencia y confidencialidad. Como recuerda el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias 4/2005, a partir de la licitación pública las proposiciones presentadas, tanto en lo que se refiere a la oferta económica como en lo referente a los criterios no económicos de adjudicación, dejan de ser secretas.

Hay que reseñar que solo los interesados en el procedimiento de adjudicación (candidatos rechazados y licitadores admitidos) pueden solicitar información sobre las características de la oferta que hayan sido determinantes para su elección como adjudicataria del contrato. El TJUE, en su sentencia de 14 de febrero de 2008, Varec, ha declarado lo siguiente: “el organismo responsable de los procedimientos de recurso previstos en dicho artículo 1, apartado 1, debe garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en los expedientes que le comuniquen las partes en la causa, en particular, la entidad adjudicadora, sin perjuicio de que el propio organismo pueda conocer y tomar en consideración dicha información. Corresponde a dicho organismo decidir cómo y en qué medida es preciso garantizar la confidencialidad y el secreto de dicha información, habida cuenta de las exigencias de la protección jurídica efectiva y del respeto al derecho de defensa de las partes en el litigio y, en el supuesto de un recurso judicial o de un recurso ante un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, a fin de que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un proceso justo”.

Es decir, el órgano de contratación deberá solicitar previamente autorización al licitador para que un competidor pueda acceder a su oferta, concretando qué extremos tienen carácter confidencial. Con ello, se trata de preservar la buena fe de las relaciones entre empresas¹⁹.

19. Muy especialmente deben respetarse las exigencias de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE, 15 de junio de 2016). El artículo 2 de esta Directiva define el concepto de secreto comercial: se caracteriza por ser información desconocida para la generalidad de los círculos relevantes; que posea valor comercial; y que haya sido objeto de medidas para mantenerla en secreto, que si bien no alude a los secretos de carácter industrial nada impide entender que quedan excluidos, por lo que cabrá entender que el secreto empresarial engloba el comercial y el industrial. Sobre el principio de confidencialidad resulta de especial interés el trabajo de M. RAZQUIN LIZARRAGA, “El principio de

La confidencialidad, por tanto, exige adoptar medidas e interpretaciones que preserven, de modo útil, su contenido, lo que limita el derecho al libre acceso a toda la documentación de las ofertas de los licitadores competidores, pues como advierte la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), de 29 de enero de 2013, Cosepuri Soc. Coop. p.A. contra Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), la materia de contratos públicos se fundamenta en una competencia no falseada. Y para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores. Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa de la Unión en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Estos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que estas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores²⁰.

3.3

Protección de los secretos empresariales

La normativa comunitaria sobre secretos empresariales ha sido incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. Como se señala en la exposición de motivos de esta norma, el elemento esencial de la nueva regulación es la protección de la innovación, que, como es evidente, es un elemento característico de la industria farmacéutica. En este sentido, se afirma:

“Las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual y utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial, de transferencia de conocimiento público-privada y de la innovación en investigación, con el objetivo de proteger información que abarca no

confidencialidad en la contratación pública”, en J. M.^a GIMENO (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 867-898.

20. Téngase en cuenta que el TJUE ha reconocido la protección de los secretos comerciales como un principio general (véase la Sentencia de 24 de junio de 1986, AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión, apartado 28, y la STJCE de 19 de mayo de 1994, SEP/Comisión, apartado 37).

solo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado”.

El secreto comercial se define, también en la exposición de motivos (que se incorpora a la parte dispositiva de la norma en el art. 1), como “aquella información que sea secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible para estas; tenga un valor comercial por su carácter secreto, y haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control”. En todo caso, vulnera la protección legítima de un secreto comercial no solo quien lo obtiene de forma ilícita, sino quien vulnera un “acuerdo de confidencialidad o cualquier otra obligación de no revelar el secreto empresarial” (art. 3.2).

3.4

El principio de libre competencia

La contratación pública de los distintos poderes públicos debe ir, ineludiblemente, vinculada a la protección de la libre competencia en el ejercicio de actividades socioeconómicas. Y así se reconoce en el artículo 3 del TUE, al afirmar que la satisfacción de los objetivos comunitarios deberá respetar “el principio de una economía de mercado y de libre competencia”²¹. En efecto, el análisis de la libre competencia debe realizarse teniendo en cuenta su carácter no solo de principio informador de la contratación pública, sino del mercado único –arts. 101 y 102 del TFUE–, por lo que los Estados deben respetar en sus procesos públicos de compras la interpretación que se haga de

21. Se trata de un principio esencialmente ligado a la realización del “Mercado único de la contratación pública”. En el considerando 1 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE se trasluce este principio. Dicho considerando indica que “la adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Ahora bien, para los contratos públicos por encima de determinado valor, deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales a fin de asegurar que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia”.

las normas de los tratados, incluso cuando sus actividades no están totalmente cubiertas por las directivas. Muy importante también es explicar las consecuencias prácticas de los Acuerdo GATT de contratación pública de 1994 (de directa aplicación en cuanto norma internacional con fuerza de ley), con especial atención a la posibilidad de exclusión de aquellas empresas de países extranjeros no signatarios de dicho Acuerdo. Así lo advierte, por lo demás, la Comisión Europea en su Comunicación: *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE* –Bruselas, 24 de julio de 2019, C(2019) 5494 final²². Y en relación con esa visión internacional de la compra pública debe analizarse la indigencia práctica de los ODS 2030 de Naciones Unidas.

De ello se deriva que los órganos de contratación, a través de la adopción de la decisión discrecional de abrir un procedimiento de contratación, de la definición de la necesidad a satisfacer mediante la actividad contractual, de la determinación del procedimiento contractual y de la decisión de adjudicar el contrato a uno u otro licitador en función de las determinaciones fijadas en el expediente, sean quienes determinen el estándar mínimo aplicativo de dicho principio en la contratación pública, siendo insuficiente que el principio se contemple en la normativa, sino que su efectiva aplicación requiere una actitud procompetitiva de los sujetos intervinientes.

La consecuencia más inmediata que se deriva de lo anterior es que la apertura a la concurrencia del mercado de la contratación pública exige velar por el cumplimiento real de las libertades comunitarias, de tal manera que resultan contrarias a estas las especificaciones técnicas que posean un efecto discriminatorio, tal y como expresamente se ha reconocido en la STJCE de 9 de julio de 1987, al afirmar que los Estados miembros tienen la libertad de dictar –o conservar– normas materiales o procedimentales sobre contratos públicos, siempre y cuando sean respetadas las normas comunitarias y, muy especialmente, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios en la medida en que se conectan con el principio de libre competencia.

El derecho a la libre competencia, al igual que sucede con las libertades de circulación, establecimiento y prestación de servicios, tiene por finalidad garantizar el funcionamiento de una economía de mercado, transformando a este en un auténtico espacio económico único, lo que condi-

²². Hay que recordar igualmente la importante Comunicación de la Comisión Europea: *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*, Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017, COM (2017) 572 final.

ciona las políticas económicas de la Comunidad y de los Estados miembros, pues las mismas deberán estar dirigidas a la obtención de una integración económica que repercuta favorablemente sobre el contexto socioeconómico, y deberán estar articuladas sobre la base de la libre competencia entre los distintos operadores económicos.

En consecuencia, la política de contratación pública está orientada, ciertamente, a la consecución de objetivos de eficiencia económica, pero también, y esto conviene resaltarlo especialmente, a la consecución de objetivos sociales y medioambientales (configuradas como políticas propias en el Tratado). Es decir, debe tener como principal objetivo institucionalizar un modelo de competencia funcional, eficaz y practicable que debe tomar en consideración los costes sociales reales que el propio sistema competitivo genera, ya que en el marco de la construcción del mercado único europeo conviene dar a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos, y, por tanto, ambos deben ser desarrollados de forma equilibrada.

La Unión Europea es un ente que tiene una alta vocación social, motivo por el que la Comunidad Europea, a través de sus concretas políticas y regulaciones, no solo debe tender a la búsqueda de la eficacia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población comunitaria. Y tal exigencia deriva del propio contenido de los artículos 2 y 3 TCE, ya que la función social del mercado interior debe servir en definitiva para mejorar las condiciones sociales y medioambientales del ciudadano. Y de conformidad a esta exigencia se ha desarrollado la actuación de la Comisión, que ha realizado un esfuerzo de coordinación de la política de competencia con el resto de las políticas económicas y sociales, siendo uno de sus principales objetivos desarrollar una política de competencia acorde con una política de defensa del empleo, de la productividad, de los intereses de los consumidores y usuarios, y de respeto al medio ambiente. Y es que la eficacia económica no puede ir desligada de los intereses concretos de los ciudadanos-consumidores, pues estos conforman una pieza clave del sistema económico, y como tal deberán ser considerados.

Y esto tiene su trascendencia en el caso que ahora nos ocupa, pues cualquier decisión sobre contratación pública, además de orientada a la búsqueda de una mayor eficiencia económica, deberá también servir a los intereses sociales.

Por otra parte, no cabe duda de la intersección que se produce en muchas ocasiones entre distintas ramas o subramas del ordenamiento jurídico a la hora de delimitar las normas relevantes al objeto de regular los distintos aspectos que tienen relevancia respecto de una cierta situación jurídica. Aunque el objetivo principal o primario del “derecho de la contratación pública

y de contratación en los sectores especiales” es regular las adquisiciones que realiza el sector público o entidades contratantes, no puede perderse de vista que quienes participan en los procedimientos de contratación son empresas que ofrecen bienes y servicios en un mercado y que los comportamientos que desarrollan y tienen incidencia en un procedimiento de contratación pública podrían incurrir en cualquiera de las prácticas prohibidas que busca erradicar el “Derecho Antitrust”.

3.5

El principio de integridad

Como ya se ha venido explicando, el principio de integridad es un principio jurídico que debe preservar la existencia de corrupción en la contratación pública y permitir una contratación garante del derecho a una buena administración²³. Este principio general del derecho es aplicable también en la contratación de los sectores especiales. El objetivo de integridad –reconocido en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción– forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio)²⁴. Y por integridad habrá que entender que “el uso de los fondos, los recursos, los activos y las autorizaciones es conforme a los objetivos oficiales inicialmente establecidos”, y “que de dicho uso se informa adecuadamente, que es conforme al interés público y que está debidamente armonizado con los principios generales del buen gobierno” (Recomendación del Consejo OCDE sobre contratación pública [C(2015)2])²⁵.

23. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “Corrupción y seguridad jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y de transparencia”, en AA. VV., *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, Marcial Pons, Barcelona, 2018, pp. 117-134.

24. Vid. A. CERRILLO I MARTÍNEZ, *El principio de integridad en la contratación pública: mecanismos para la prevención de los conflictos de interés y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014 (hay segunda edición de 2018). La OCDE, en 2012 (*Progress Made in Implementing the OECD Recommendation on Enhancing Integrity in Public Procurement*, París), ya propuso un conjunto de normas y reglas de integridad, así como instrumentos para su análisis y evaluación. Asimismo, ha impulsado diversos procesos de evaluación de varios países para ayudarles a adoptar buenas prácticas e implementar los principios de integridad.

25. J. MIRANZO DÍAZ, *Hacia la configuración de una estrategia eficiente de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, 2020.

Sobre estas cuestiones debe insistirse en varias ideas básicas. La primera, que resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma, y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores respondan a los criterios aplicables al contrato de que se trate.

Por otra parte, que hay que **prevenir la existencia de conflictos de intereses**²⁶. El concepto de conflicto de intereses (también contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción)²⁷ comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento, tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que comprometa su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

La percepción de objetividad es un elemento necesario de cara a la credibilidad del modelo, por lo que, con carácter preventivo y didáctico, deben tenerse muy en cuenta los conflictos de interés²⁸. No en vano, está en juego el

26. Según la jurisprudencia europea, la facultad de un licitador de influir en las condiciones de licitación en un sentido que le sea favorable, aunque sea involuntariamente, es constitutiva de una situación de conflicto de intereses. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2005, apartado 53, *Fabricom*, C-21/03 y C-34/03, apartados 29 y 30, y las sentencias del Tribunal General de 17 de marzo de 2005, *AFCon Management Consultants y otros/Comisión*, T-160/03, apartado 74, y de 20 de marzo de 2013, *Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy*, T-415/10, apartado 114. En la doctrina, *vid.* T. MEDINA ARNAIZ, “Los conflictos de intereses llegan a las directivas sobre contratación pública”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2013, 2014*, pp. 271-300.

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

28. Los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores. Por tanto, deben instaurarse mecanismos eficaces para prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses. Es necesario implementar un mapa de riesgos –y las señales de alerta– en la tramitación de las distintas fases de la contratación pública, y “monitorizar” dichas fases de forma activa para evitar conductas patológicas. A estos efectos resulta de interés el Informe anual del

principio de igualdad de trato, como bien advierte la STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, ya que implica el “riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho” (apartado 35).

3.6

El principio de calidad: del precio al valor

La justificación de la contratación pública como estrategia obliga a repensar la política de compras (lo que se ha puesto de relieve con motivo de la pandemia COVID-19), que debe atender a la correcta satisfacción de la necesidad que se pretende cumplir vía contrato público, y donde, lógicamente, la mejor calidad debe ser un principio irrenunciable de la decisión a adoptar. Difícilmente se puede considerar una decisión contractual como correcta desde la perspectiva de la buena administración cuando no se han tenido en cuenta los aspectos cualitativos de la prestación y del contrato.

Esta perspectiva cualitativa de la prestación y del contrato se integra, por ejemplo, con la finalidad exigida por la LPCSE (art. 27) de que objetivos sociales, ambientales o de investigación sean un elemento intrínseco y de especial valor, 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 planteamientos excesivamente burocráticos o formales.

La calidad no es un mayor gasto, ni cuestiona en sí misma el funcionamiento del principio de eficiencia exigible en toda licitación pública (no hay que confundir precio con valor)²⁹. El principio de eficiencia no puede ser interpretado desde modelos exclusivamente economicistas, sino que debe velarse (y valorarse) por el más adecuado estándar de calidad en la prestación del servicio. Es decir, el principio de eficiencia se debe articular atendiendo

Tribunal de Cuentas europeo relativo al ejercicio 2011 (DOUE C344, de 12 de noviembre de 2012). En este Informe se identifican incumplimientos de la normativa nacional y de la UE en materia de contratación pública en cuanto a la utilización de adjudicaciones directas sin justificación; adjudicaciones directas de obras adicionales en ausencia de circunstancias imprevisibles; adjudicación del contrato a un único licitador sin obtener reducción del precio durante las negociaciones; división artificial de las ofertas; incumplimiento de requisitos de información y publicidad (así como la publicación tardía de los anuncios de adjudicación); deficiencias en los pliegos de condiciones e insuficiencias en la aplicación de criterios de selección y adjudicación.

²⁹. Al respecto me remito a mi libro *La Ley de Contratos del Sector Público...*, ob. cit., pp. 102-112.

a objetivos de calidad en la prestación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Así, la mejor calidad se interrelaciona claramente con la mejor eficiencia (y, en consecuencia, con la buena administración como derecho fundamental). La calidad de la prestación es, por tanto, un elemento irrenunciable tanto en la planificación contractual como en la propia gestión del concreto contrato público. Pues, sin un estándar homogéneo de calidad, se rompe la regla de comparación de ofertas conforme a criterios de comparabilidad homogéneos, lo que quebraría el principio de igualdad de trato. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta.

Para cumplir este objetivo es necesario, además de un cambio de “cultura” (superar la “presión política” de hacer más por menos y a corto plazo), disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos adjudicar contratos transparentes y cualitativamente competitivos lo más fácilmente posible, en función de la mejor relación calidad/precio (*value for money*), con la finalidad de “acabar con la práctica de comprar en función del precio más bajo” (W. Dening).

Este factor cualitativo de la prestación se puede tener en cuenta en varias fases y presenta distintas posibilidades. En primer lugar, es muy importante “valorar” este aspecto cualitativo a la hora de determinar la necesidad a satisfacer y, en concreto, al fijar el objeto de la licitación y calcular su valor estimado. Una inadecuada dimensión de cualquiera de estos dos aspectos impedirá cumplir de forma correcta el objetivo de la licitación. De ahí la importancia de conocer el mercado, tanto en su estado técnico como en su dimensión económica, para evitar adquirir productos, servicios u obras que se resienten en su aspecto de calidad y que cumplen peor con los fines públicos.

La perspectiva “cualitativa” de la contratación pública aconseja, por ejemplo, que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas, ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente “asumibles”, en clave de rentabilidad (pues esta debe analizarse desde la óptica efectiva del cumplimiento de objetivos públicos esenciales de nuestro país). Estas exigencias de “calidad”, con respeto a los principios europeos de la contratación pública, pueden servir para evitar la precarización de las condiciones laborales y desincentivar la deslocalización empresarial (pueden

servir para no penalizar a las empresas europeas, ni a las pymes, y ayudar al fomento de los objetivos europeos de la economía circular).

Establecer umbrales a superar en los aspectos técnicos, regla general en procedimientos negociados y dialogo competitivo, resulta posible (y conveniente) en los procedimientos abiertos. Así lo acaba de declarar la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de septiembre de 2018, Montte SL contra Musikene, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante resolución de 21 de octubre de 2016, en relación con la normativa española, al admitir que en los procedimientos abiertos se pueden incorporar fases para valorar aspectos técnicos que de no superar el umbral permiten la exclusión de la oferta. Esta Sentencia avala, por tanto, el elemento cualitativo de toda oferta como un elemento determinante de la contratación pública, y evita que ofertas técnicas deficientes puedan ser adjudicatarias en virtud del peso del criterio precio.

La calidad debe **servir para la “discriminación de ofertas”, y generar una adecuada tensión competitiva, tanto a nivel de fijar una solvencia empresarial adecuada** como de fijar los criterios de adjudicación. El cambio es de gran relevancia y explica que la nueva regulación sobre contratación pública ya no incluya el concepto precio como concepto principal, sino el de costes o rentabilidad, así como que se pongan en valor los servicios intelectuales (opción reclamada desde los servicios de ingeniería y arquitectura). En consecuencia, las entidades contratantes 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. Esto excluye los requisitos no relacionados con el proceso de producción de los productos, las obras o los servicios a los que se refiera la contratación, como los requisitos generales de responsabilidad social corporativa que afectan a toda la actividad del contratista (en tanto son criterios de solvencia).

Igualmente, los poderes adjudicadores podrán exigir que las obras, los suministros o los servicios lleven etiquetas específicas que certifiquen determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo, siempre que acepten también etiquetas equivalentes. Esto se aplica, por ejemplo, a las etiquetas ecológicas europeas o plurinacionales o a las etiquetas que certifican que un producto se ha fabricado sin trabajo infantil. Pero se podría aplicar a otros aspectos vinculados a una mejor calidad. Obviamente, estos regímenes de certificación deben referirse a características vinculadas

al objeto del contrato y estar basados en información científica, establecida en un procedimiento abierto y transparente y accesible para todas las partes interesadas. Con este sistema se pretende introducir un modelo de certificación sobre criterios de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos (ya admitido y fomentado por la Comunicación de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 15 de octubre de 2001 –COM(2001) 566 final–), y protección del medio ambiente (admitido como válido por la Comunicación de la Comisión sobre contratación pública y cuestiones medioambientales, de 28 de noviembre de 2001 –COM(2001) 274 final–).

Por último, la calidad en la prestación aconseja también estudiar la conveniencia de nuevos sistemas de retribución de los contratistas, como incentivos a una mejor ejecución. Así, por ejemplo, el sistema de retribución vinculado al pago por resultados (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*), puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles.

4

Sobre el ámbito subjetivo de aplicación

Un aspecto que hay que resaltar es que las previsiones de esta Ley van más allá de lo que es el concepto amplio de “sector público”, en cuanto se aplican a entidades que no son poder adjudicador ni empresa pública porque se entiende que hay influencia del poder público (derechos exclusivos o derechos especiales). Los motivos se reflejan claramente en el Trabajo de los servicios de la Comisión de 27 de junio de 2011 titulado “Informe de evaluación: Impacto y eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública”: parece adecuado mantener normas en materia de contratación por las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, puesto que las autoridades nacionales siguen pudiendo influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión. Otra razón para seguir regulando la contratación en esos sectores es el carácter cerrado de los mercados en que operan las entidades en dichos sectores, debido a la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate.

En consecuencia, el ámbito de la Directiva 2014/25 se extiende a empresas privadas que ejerzan actividades en alguno de los campos comprendidos en la misma y “gozan de derechos especiales o exclusivos expedidos por una autoridad competente de un Estado miembro”, siendo la causa de dicha “extensión” la influencia (o tutela) que dichas Administraciones ejercen sobre las mismas. Sin embargo, se aprecia una incorrecta transposición en cuanto al contenido de derechos exclusivos o especiales. Una vez alcanzada una efectiva liberalización de la actividad en cada concreto Estado, deja de ser de aplicación esta Ley. Es lo que ya había sucedido con las telecomunicaciones, excepcionadas ya de la LPCSE de 2007.

4.1

Ámbito subjetivo de aplicación

El ámbito subjetivo tiene peculiaridades que deben ser reseñadas, destacando que se utiliza un concepto más amplio que el del poder adjudicador para determinar el alcance de aplicación, lo que le diferencia de la LCSP³⁰.

Una primera advertencia es que **la LPCSE, en su artículo 5.3, establece que, cuando el ente contratante es una Administración pública, debe aplicarse la LCSP** como norma cabecera y propia de estas. Así, esta LPCSE es solo de aplicación a supuestos de descentralización funcional y empresas privadas con derechos especiales o exclusivos. A estos efectos hay que recordar que la LCSP entiende que tienen consideración de Administración pública:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local.
- b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- c) Los organismos autónomos.
- d) Las universidades públicas.
- e) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- f) Los consorcios y otras entidades de derecho público que, dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser

30. Sobre la interpretación subjetiva me remito ahora a mi trabajo: “Ser o no ser poder adjudicador. ¡¡Esa no es la cuestión!!”, en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2017*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 29-55; y al estudio de F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador. Las entidades del sector público no administración pública”, *REDA*, núm. 198, 2019, pp. 165-188.

considerados poder adjudicador, y estando vinculados a una o varias Administraciones públicas o siendo dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

g) Las diputaciones forales y las juntas generales de los territorios históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

En consecuencia, quien tenga condición de Administración pública no se someterá a las previsiones singulares de la LPCSE, sino a las reglas ordinarias de la LCSP (únicamente se les aplicará la LPCSE para determinar si los contratos que celebren estas deben considerarse sujetos a regulación armonizada).

La LPCSE utiliza como criterio delimitador para su aplicación subjetiva el de entidades contratantes. A los efectos de la LPCSE se entenderá por:

a) “Entidad contratante”: los poderes adjudicadores que no sean Administración pública de conformidad con la Ley de Contratos del Sector Público, las empresas públicas, así como otras entidades distintas de las anteriores que tengan derechos especiales o exclusivos según se establece en el artículo 6.

b) “Poder adjudicador”: las entidades que tengan esta consideración de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público.

c) “Empresa pública”: las sociedades mercantiles de carácter público y toda aquella entidad u organismo sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen.

Y se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirecta, sobre una empresa, cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.^a– Que tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa.
- 2.^a– Que dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa.
- 3.^a– Que puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

Igualmente se considera que una entidad contratante goza de derechos especiales o exclusivos en el sentido definido en el artículo 2, letras y) y z), cuando estos sean concedidos por los órganos competentes de una Administración pública en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que, siendo compatible con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tenga como efecto limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 8 a 14, y que afecte sustan-

cialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad. Los derechos que se hayan concedido mediante un procedimiento que haya sido objeto de una publicidad adecuada, con arreglo a criterios objetivos y que no contravengan el derecho de la Unión Europea, no constituirán derechos especiales o exclusivos a los efectos de esta Ley.

4.2

Alcance del concepto de derechos exclusivos o especiales en la redacción de la Directiva

La cuestión clave es determinar cuando una empresa privada tiene o no hechos exclusivos o especiales. La actual regulación presenta cambios frente al régimen anterior. La Directiva 2004/17 incluía ya una definición adecuada de la noción de derechos especiales y exclusivos³¹. Dicha definición tiene como consecuencia que el hecho de que, con el fin de construir las redes o las instalaciones portuarias o aeroportuarias, una entidad pueda recurrir a un procedimiento de expropiación, o utilizar el suelo, el subsuelo y el espacio situado sobre la vía pública para instalar los equipos de las redes, no constituye en sí mismo un derecho exclusivo o especial a efectos de la presente Directiva. El hecho de que una entidad suministre agua potable, electricidad, gas o calefacción a una red que a su vez sea explotada por una entidad que goce de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente del Estado miembro correspondiente tampoco constituye en sí mismo un derecho exclusivo o especial a efectos de la presente Directiva. Del mismo modo, los derechos que un Estado miembro reconozca, de cualquier forma, incluso mediante actos de concesión, a un número limitado de empresas basándose en criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, que ofrezcan a todos los interesados que puedan cumplirlos la posibilidad de beneficiarse de los mismos, no deben considerarse como derechos especiales o exclusivos.

Se producía una limitación de los sujetos sometidos frente a la legislación estatal de 1998 al reducirse las causas o motivos de su extensión, dado que solo se entenderá que concurren estos derechos cuando afecten a las demás empresas competidoras en sus capacidades para desarrollar esta actividad.

La nueva LPCSE incorpora la definición de derechos exclusivos y especiales en el artículo 6.1, afirmando que “A los efectos de esta Ley se considera que una entidad contratante goza de derechos especiales o exclusivos en el

31. Sobre esta cuestión resulta de interés el Informe 12/2016, de 21 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

sentido definido en el artículo 2, letras y) y z), cuando estos sean concedidos por los órganos competentes de una Administración pública en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que siendo compatible con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea tenga como efecto limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 8 a 14, y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad”.

Y establece la salvaguarda de que los derechos que se hayan concedido mediante un procedimiento que haya sido objeto de una publicidad adecuada, con arreglo a criterios objetivos, y que no contravenga el derecho de la Unión Europea, no constituirán derechos especiales o exclusivos a los efectos de esta Ley (art. 6.2).

Sin embargo, no se incorpora el matiz de la Directiva 2014/25, que, al respecto, indica que tales procedimientos son, en particular:

a) los procedimientos de contratación con convocatoria de licitación previa, de conformidad con la Directiva 2014/24/UE, la Directiva 2009/81/CE, la Directiva 2014/23/UE o la presente Directiva;

b) los procedimientos regulados por otros actos jurídicos de la Unión, enumerados en el Anexo II, que garanticen una transparencia previa adecuada para la concesión de autorizaciones con arreglo a criterios objetivos.

Y el referido Anexo II indica en qué procedimientos se extiende que ya no hay derechos especiales o exclusivos; a efectos del artículo 4 de la presente Directiva:

a) la concesión de autorización para explotar instalaciones de gas natural, de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2009/73/CE;

b) la autorización o una invitación a licitar para la construcción de nuevas instalaciones de producción de electricidad, de conformidad con la Directiva 2009/72/CE;

c) la concesión de autorizaciones, de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 9 de la Directiva 97/67/CE, en relación con un servicio postal que no esté o no estará reservado;

d) un procedimiento de concesión de una autorización para ejercer una actividad que implique la explotación de hidrocarburos, de conformidad con la Directiva 94/22/CE;

e) contratos de servicios públicos en el sentido del Reglamento (CE) n.º 1370/2007, para la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros por autobús, tranvía, ferrocarril o metro que se hayan adjudicado sobre la base de un procedimiento de licitación, de conformidad con su artículo 5,

apartado 3, siempre que su duración sea conforme con el artículo 4, apartados 3 o 4, de dicho Reglamento.

En consecuencia, de no cumplirse estas concretas reglas, aun existiendo un procedimiento de licitación para obtener derechos exclusivos o especiales las entidades contratantes deberán aplicar las previsiones de esta LPCSE. Así, por ejemplo, en un contrato de transporte de viajeros por autobús o tranvía que supere el plazo de 10 años referido en el Reglamento europeo la entidad privada concesionaria (o sociedad de economía mixta) deberá aplicar la LPCSE.

Se constata, en definitiva, que existen problemas prácticos e interpretativos, derivados de que el legislador estatal (en concreto, el Ejecutivo) no ha aclarado bien cuál es el alcance de estos derechos exclusivos o especiales (la lista no se considera exhaustiva en la Directiva europea), lo que puede crear indeseada inseguridad jurídica en sectores estratégicos. Quizá el trámite de enmiendas permita resolver adecuadamente esta cuestión.

4.3

Régimen jurídico de los contratos celebrados

Los contratos públicos sometidos a la LPCSE que celebran los diversos entes se encuentran sometidos en todo caso a las normas de derecho privado en cuanto a su regulación, efectos y extinción. Este régimen es aplicable a poderes adjudicadores no Administración pública, empresas públicas y entidades privadas con derechos exclusivos o especiales.

Los contratos que celebren estas entidades contratantes se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, el cumplimiento y la extinción de los contratos privados, con la excepción de las normas específicas de obligada aplicación relativas a subcontratación, modificación del contrato, resolución y ciertas condiciones de ejecución y obligaciones fiscales, ambientales y laborales (en concreto, art. 105, condiciones sociales y ambientales de ejecución; art. 107, subcontratación; arts. 109 a 112, sobre modificaciones contractuales; art. 113, de la resolución del contrato).

Cuestiones que podrán ser en su caso susceptibles de reclamación administrativa.

El orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.

5

Negocios excluidos: delimitación conceptual

La normativa de contratación pública se aplica a prestaciones o negocios jurídicos que puedan ser calificados como contratos públicos típicos. El artículo 2 de la Directiva 2014/24 afirma que se considera “Contratos públicos” a “los contratos onerosos celebrados 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”. En consecuencia, no toda relación jurídica onerosa, aun contractual, tiene la calificación de contrato público. Sirva de ejemplo la STJUE de 1 de marzo de 2018, Maria Tirkkonen, donde se afirma que “no constituye un contrato público, en el sentido de dicha Directiva, un sistema de asesoramiento a las explotaciones agrarias, como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual una entidad pública selecciona a todos los operadores económicos interesados que cumplan los requisitos de aptitud establecidos en la convocatoria de licitación y hayan superado el examen mencionado en dicha convocatoria, aun cuando durante el período limitado de vigencia de ese sistema no pueda admitirse a ningún nuevo operador”³².

5.1

Exclusión de actividades sometidas directamente a la competencia

La LPCSE no se aplicará a los contratos destinados a hacer posible la prestación de una actividad contemplada en los artículos 8 a 14 LPCSE, siempre

32. Interesa delimitar y determinar qué negocios jurídicos están incluidos. *Vid.* J. M.^a GIMENO FELIU, “Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo”, *REDA*, núm. 205, 2020.

que tal actividad esté sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado. Tampoco se aplicará a los concursos de proyectos que se organicen para el ejercicio de esa actividad (art. 17).

5.2

Contratos excluidos por razón de su finalidad

La LPCSE (art. 18) no se aplica a los contratos que las entidades contratantes adjudiquen para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 8 a 14, ni para la realización de dichas actividades en un país tercero, en circunstancias que no supongan la explotación física de una red o de un área geográfica dentro de la Unión Europea, ni a concursos de proyectos organizados para tales fines.

Para ello, las entidades contratantes comunicarán a la Comisión Europea, a petición de esta, todas las categorías de productos y actividades que consideren excluidas en virtud del apartado 1.

Quedan fuera, asimismo, del ámbito de aplicación los contratos que se adjudiquen a efectos de reventa o arrendamiento financiero a terceros, siempre y cuando la entidad contratante no goce de derechos especiales o exclusivos de venta o arrendamiento del objeto de dichos contratos, y existan otras entidades que puedan venderlo o arrendarlo libremente en las mismas condiciones que la entidad contratante. Las entidades contratantes comunicarán a la Comisión Europea, a petición de esta, todas las categorías de productos y actividades que consideren excluidas en virtud de este apartado.

5.3

Exclusiones en los ámbitos del agua y la energía

Existe una especialidad sectorial que se debe reseñar. La LPCSE tampoco se aplica a los siguientes contratos:

- a) Los contratos para la compra de agua siempre que sean adjudicados por entidades contratantes que ejerzan alguna de las actividades relacionadas con el agua potable contempladas en el artículo 8.1.
- b) Los contratos adjudicados por entidades contratantes que operen en el sector de la energía ejerciendo una actividad contemplada en el artículo 9.1, 10.1, o el artículo 14, en relación con el suministro de energía o de combustibles destinados a la generación de energía.

5.4

Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios y de concesión de servicios

La LPCSE (al igual que sucede con la LCSP 2017) no se aplicará a aquellos contratos que tengan por objeto lo siguiente (art. 20 LPCSE):

a) La adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes.

b) Servicios de arbitraje y de conciliación.

c) Alguno de los siguientes servicios jurídicos:

1.º– La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o en una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado, o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.

2.º– El asesoramiento jurídico prestado como preparación de uno de los procedimientos mencionados en el apartado anterior de la presente letra, o cuando exista una probabilidad alta de que el asunto sobre el que se asesora será objeto de dichos procedimientos, siempre que el asesoramiento lo preste un abogado.

3.º– Los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público.

4.º– Los servicios jurídicos prestados por administradores, tutores u otros servicios jurídicos cuyos prestadores sean designados por un órgano jurisdiccional o designados por ley para desempeñar funciones específicas bajo la supervisión de dichos órganos jurisdiccionales.

5.º– Otros servicios jurídicos que estén relacionados, incluso de forma ocasional, con el ejercicio del poder público.

Es decir, los servicios de defensa jurisdiccional se pueden contratar directamente. Así lo ha admitido el TJUE y ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 6 de junio de 2019 (asunto C-264/18). Para el TJUE no hay dudas de que esta relación jurídica esta excluida de las normas de contratación pública porque no estamos en presencia de un contrato público de servicios. Lo mismo sucede con los servicios de procuradores, en cuanto se retribuyen por aranceles fijados por el Ministerio de Justicia³³.

33. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “Análisis sobre la aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público; especial referencia a los artículos más complejos en su tramitación”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 52, 2020, pp. 12-103.

d) La emisión, compra, venta y transferencia de títulos o de otros instrumentos financieros, a tenor de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, así como las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad.

e) Los préstamos, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros.

f) Contratos regulados en la legislación laboral.

g) Servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril o en metro, así como las concesiones de servicios de transporte de viajeros, sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (UE) n.º 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo.

h) Los contratos que tengan por objeto servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro e incluidos en los siguientes códigos CPV: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 y 85143000-3, salvo los servicios de transporte en ambulancia de paciente.

i) Los que tengan por objeto la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, o los relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica. A efectos de la presente letra, por “servicio de comunicación audiovisual” y “proveedor del servicio de comunicación” se entenderá, respectivamente, lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letras a) y d), de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual. Por “programa” se entenderá lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, si bien se incluirán también los programas radiofónicos y los contenidos de los programas radiofónicos. Además, a efectos de la presente disposición, “contenidos del programa” tendrá el mismo significado que “programa”.

j) Los servicios de investigación y desarrollo, excepto aquellos que además de estar incluidos en los códigos CPV 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 y 73430000-5 cumplan las dos condiciones siguientes: a) que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad; b) que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador. En tanto se cumplieran estos requisitos, a estos servicios no les resultarían de aplicación los procedimientos de la LCSP. Y ello porque se trata de prestaciones que se encuentran fuera de la lógica de la prestación de una concreta necesidad pública en régimen de competencia o explotación en el mercado

k) Los contratos de servicios que tengan por objeto la realización de actividades de compra centralizada siempre y cuando el contrato sea adjudicado por una entidad contratante a una central de compras; pudiendo incluir también la realización de actividades de compra auxiliares en el sentido definido en el artículo 2.n). Aquí nos encontramos ante un supuesto de autoorganización administrativa donde no concurren las notas del contrato público.

l) Aquellos contratos de concesiones cuyo objeto principal sea permitir a las entidades contratantes la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones, o la prestación al público de uno o varios servicios de comunicaciones electrónicas. A efectos del presente apartado, “red pública de comunicaciones” y “servicios de comunicaciones electrónicas” tendrán el mismo significado que el que figura en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

5.5

Encargos a medios propios y relaciones entre empresas del mismo *holding*

El artículo 25 LPCSE indica que las entidades contratantes que sean poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que no impliquen el ejercicio de una potestad pública, a cambio de una compensación tarifaria, valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, ya sea de derecho público o de derecho privado, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley de Contratos del Sector Público. Deben ser objeto de publicación en el perfil de contratante

(art. 74.6 LPCSE), lo que supone su publicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público (art. 76 LPCSE).

Esto significa que esta previsión no se aplica ni a las empresas públicas que no son poder adjudicador (caso de Correos) ni a las empresas privadas con derechos exclusivos o especiales. Dado que la LPCSE remite a la LCSP, procede advertir la regulación de los medios propios. Los entes que tengan consideración de medios propios deben contar con los medios idóneos³⁴.

Una cuestión práctica de interés es la relativa a **las relaciones entre las empresas de un mismo grupo y el significado del artículo 42 del Código de Comercio. Cuestión a diferenciar de los encargos a medios propios (aplicable solo a poderes adjudicadores)**. Es cierto que es habitual que sociedades que configuran un determinado grupo empresarial acudan de forma separada a una misma licitación pública. Si bien es cierto que esta circunstancia no debe comportar un rechazo automático de sus ofertas, no lo es menos que el órgano de contratación deberá de “radiografiar” a dichas personas jurídicas, al objeto de determinar si verdaderamente son licitadores independientes o, por el contrario, se trata del mismo sujeto. La jurisprudencia, al respecto, es clara:

“Así las cosas esta situación de creación, posesión de la totalidad de capital social y administración por una sociedad matriz de otra sociedad filial que tiene el mismo objeto social que la sociedad matriz y lleva a cabo por tanto sus mismas actividades, permite concluir sin margen alguno para la duda, que la sociedad filial, aunque goce de personalidad jurídica y patrimonio distinto de la sociedad matriz, no

34. El criterio defendido en el Informe 65/07, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –“Consideración de medio propio de un ayuntamiento y de sus organismos autónomos de una sociedad municipal y procedimiento de encomienda de gestión”–, añade a los requisitos mencionados el de la idoneidad del ente para recibir y prestar el encargo, afirmando: “Habrá que añadir un último requisito, como es la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión y en tal sentido debe disponer de personal y medios materiales y técnicos necesarios para ejecutar la encomienda”. Sobre la nueva regulación en la LCSP, por todos, pueden consultarse los trabajos de C. AMOEDO SOUTO, “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, en AA. VV., *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 369-410; *ibidem*, “La colaboración público-público en el ámbito local tras la Ley 9/2017, de contratos del sector público”, *Anuario del Gobierno Local 2018*, IDP y Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2019, pp. 263-298; B. LOZANO CUTANDA, “Encargos a medios propios personificados y sistemas de cooperación pública horizontal”, en AA. VV., *Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, 2018, pp. 45-55; B. NOGUERA DE LA MUELA, “Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, en AA. VV., *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, vol. I, pp. 667-712; y V. TENA PIAZUELO, “¿El recurso a los medios propios personificados como alternativa? La llamada cooperación vertical entre entidades del sector público”, en AA. VV., *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*, 2018, pp. 297-324.

es más que un instrumento en manos de esta que carece de cualquier autonomía de decisión y funcionamiento, y que tal instrumento se dedica a las mismas actividades que la sociedad dominante, de forma que desde el punto de vista económico y patrimonial las dos sociedades son en realidad una misma empresa, y que los objetivos, la estrategia, la actividad industrial y la mercantil de la sociedad filial son los que fija la sociedad matriz, o, en otras palabras, que la sociedad filiar existe en la medida en que así lo ha querido la sociedad matriz, que la constituyó por razones económicas, estratégicas, fiscales o de otro tipo, y que por esta misma razón puede desaparecer cuando la sociedad matriz lo considere conveniente, en cuyo momento la actividad de la sociedad filial— sus bienes y derechos, su clientela (fondo de comercio), pasarán de forma automática a la sociedad dominante” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 709/2007, de 29 de octubre, RJCA 2008\72).

Así, cuando una empresa del grupo empresarial no tiene vocación empresarial propia y carece de autonomía decisional, debe considerarse que estamos ante una única empresa. Esta identidad única de empresa no puede ser objeto de interpretación “singular” por la Administración pública, dado que las previsiones del derecho mercantil exigen aplicar sus reglas y principios propios.

Al respecto, conviene recordar que la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea, modificó el artículo 42.1 del Código de Comercio en sintonía con la definición de grupo de sociedades regulado en las normas internacionales de contabilidad, cuya principal consecuencia fue la eliminación de la obligación de consolidar para los denominados “grupos de coordinación”, integrados por las empresas sometidas a una misma unidad de decisión, concepto jurídico que permitía identificar la obligación de consolidar cuando varias sociedades estaban controladas por terceros no obligados a consolidar, por carecer de la forma societaria mercantil.

La actual redacción del artículo 42.1, 2.º párrafo, del Código de Comercio señala: “Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras”.

El mecanismo para entender que existe control, al igual que ocurría cuando se hablaba de unidad de decisión, es relacionar una serie de supuestos en los que se presume que existe ese control:

Cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.*

Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las empresas del grupo Correos (que no es poder adjudicador), que se crean con una finalidad empresarial de mejor gestión y no de diversificación empresarial. La estrategia es única porque, en puridad, solo hay una empresa. **Los medios de cualquiera de las empresas del grupo están al servicio de la única voluntad y proyecto mercantil del ente matriz. Existe, por ello, una única identidad de empresa y sus medios son siempre propios.**

La formación de grupos de sociedades viene determinada por la propia evolución de la economía, que da lugar a la creación de distintas sociedades, cada una con su personalidad jurídica, pero que actúan en el mercado con objetivos comunes y una dirección común. Esta diversidad de sociedades tiene su fundamento en distintos motivos que pueden ser de carácter geográfico, técnico, histórico, etc. En todo caso debemos recordar que la contabilidad tiene como principal objetivo mostrar la imagen fiel de la empresa. Este objetivo, cuando nos encontramos ante esta realidad de diversas sociedades, pero con esta dirección común, requiere de la contabilidad un tratamiento específico. Esta necesidad implica una nueva obligación para estas sociedades que se establece en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 42.1, primer párrafo: “Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección”.

Se establece así una obligación de proporcionar esa información contable pero agregada respecto a todas las entidades que forman el grupo. Esta obligación, no obstante, no libera de la obligación de proporcionar la información individual de cada sociedad, como establece el artículo 42.2 del Código de Comercio que a continuación reproducimos:

“42. 2. La obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico”.

Abunda en esta afirmación la propia regulación contable, que sirve para una interpretación correcta del supuesto. La reforma contable acometida en 2007 definió dos conceptos de grupo de sociedades: por un lado, los denominados grupos verticales o de subordinación, basados en la “existencia o posibilidad de control” (concepto inglés), constituidos por una sociedad dominante y otra u otras dependientes controladas por la primera, y regulados en el artículo 42 del Código de Comercio; y por otro, los conocidos como grupos horizontales o de coordinación, basados en la noción de “unidad de decisión” (concepto germánico), integrados por empresas controladas por cualquier medio por una o varias personas, físicas o jurídicas, que actúan conjuntamente o se hallan bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, y previstos en el artículo 260 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Dicha reforma establecía la obligación de consolidar únicamente a los grupos de subordinación. De este modo, se rompió con la normativa de consolidación anterior a 2007, en la que la obligación de consolidar venía dictada por la existencia de personas físicas o jurídicas que, a través de una unidad de decisión, cohesionaban a las sociedades que constituían el grupo, sin necesidad de existencia de relaciones de control entre las mismas.

Las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas (NOFCAC) aprobadas en 2010, en línea con lo que constituyó la reforma contable de 2007, mantuvieron la exclusión de los grupos de coordinación de la obligación de formular cuentas consolidadas, sin que estos desapareciesen, al ser necesarios, entre otros motivos, a los efectos de proporcionar información relativa a dichos grupos en las cuentas anuales individuales de las sociedades.

Por tanto, el “control” definido por la propia norma como “el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades”, es el **aspecto clave para identificar la relación dominante (dependiente) y, en consecuencia, la obligación de consolidar. Y ello porque existiría una**

única identidad decisional empresarial. O lo que es lo mismo, una única empresa.

Tanto en el artículo 42 del Código de Comercio como en el artículo 2.1 de las NOFCAC (Real Decreto 1159/2010 sobre normas de consolidación y modificaciones al Plan General de Contabilidad) se citan cuatro situaciones en las que se presume existe control por parte de la dominante sobre la/s dependiente/s, que pueden resumirse en dos:

a) Poseer la mayoría de los derechos de voto, ya sea por sí misma o por medio de pactos o acuerdos con otros socios.

b) Poseer la mayoría en el órgano de administración, bien por haber nombrado a la mayoría o por poderla nombrar o sustituir.

Resulta evidente que, siguiendo con el ejemplo, Correos es un ejemplo de grupo vertical o de decisión. Por ello, mercantil y contablemente, se entiende que estamos ante una única empresa. No es posible otra interpretación, pues se limitaría de forma indebida e ilegítima lo que son opciones de estrategia mercantil validadas por las normas legales, que pondrían en cuestión el mismo modelo de competencia. El derecho administrativo, o mejor, su interpretación, encuentra un límite infranqueable en las reglas mercantiles, que son el elemento de referencia para resolver cuando existe o no una única empresa, aunque exista, por motivos empresariales legítimos, una estructura diversificada a través del grupo de empresas³⁵.

Esta argumentación tiene, además, fundamento europeo. Una entidad contratante no poder adjudicador puede utilizar la capacidad económica, financiera o técnica de otras sociedades del grupo en apoyo de su solicitud de inscripción y de constatación de solvencia adecuada suficiente. Según jurisprudencia europea reiterada, las directivas sobre contratos públicos no exigen que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda recibir la calificación de contratista de un contrato público de obras (en este sentido, las sentencias de 14 de abril de 1994, *Ballast Nedam Groep*, C-389/1992, apartado 13, y de 2 de diciembre de 1999, *Holst Italia*, C-176/1998, apartado 26)³⁶.

35. Opción que es bien distinta de la acreditación de solvencia con medios externos, pues estos son siempre ajenos a la propia empresa (en sentido amplio) que los incorpora. Sirva de ejemplo la doctrina del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, en su Resolución 18/2014, donde admite, con fundamento en el artículo 42 del Código de Comercio, a efectos de considerar un elemento tan relevante como la clasificación empresarial, que “la clasificación aportada por FCC Ámbito acredita la clasificación de FCC en el subgrupo S3A para celebración del contrato a que licita”.

36. Este criterio, utilizado para delimitar cuándo se es operador económico, ha sido confirmado por la Sentencia TJUE de 10 de octubre de 2013, *Swm Costruzioni 2 SpA*, asunto C-94/12.

Resulta de especial interés, por ser *leading case*, la STJUE de 14 de abril de 1994, *Ballast Nedam Groep*, C-389/1992, pues su objeto se refiere a la solicitud de clasificación por persona jurídica que domina un grupo. Y la respuesta es clara:

“Procede, pues, responder a la cuestión prejudicial planteada que la Directiva 71/304/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales, y la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, deben interpretarse en el sentido de que permiten, para apreciar los criterios a que debe responder un contratista, al examinar una solicitud de clasificación presentada por una persona jurídica que domine un grupo, tener en cuenta a sociedades que pertenezcan al grupo, siempre y cuando la persona jurídica de que se trate acredite que tiene efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades que sean necesarios para la ejecución de los contratos. Corresponde al juez nacional apreciar si se aporta tal prueba en el asunto principal”³⁷.

Hasta tal punto es así que, a efectos de derecho de la competencia y las posibles sanciones, el TJUE admite esta interpretación de unidad empresarial. Así, en la Sentencia *Ballast Nedam/Comisión* (T-361/06), en relación con una sanción al grupo empresarial, declara lo siguiente:

“68 En el pliego de cargos la Comisión recordó, en primer lugar, que cada grupo de sociedades afectado constituía una sola empresa y que la sociedad matriz del grupo podía ejercer una influencia decisiva en el comportamiento de sus filiales (apartado 324). Seguidamente, señaló que la demandante había participado en el cartel a través del director de BNGW [apartado (235) del pliego de cargos], y posteriormente de BN Infra (apartado 339 del pliego de cargos) y que, debido a que la demandante controlaba la totalidad del capital de BN Infra (anteriormente *Ballast Nedam Wegenbouw BV* y *BNGW*) a través de la entidad intermedia *Ballast Nedam Nederland*, presumía el ejercicio de una influencia decisiva de la sociedad matriz en el comportamiento de esas dos filiales. Por último, la Comisión aportó algunos datos adicionales acerca de la exis-

37. Esta jurisprudencia ha sido aplicada por la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), en Sentencia de 16 de marzo de 2011, rec. 71/2010, al recordar que, “de conformidad con la interpretación que dimana de la Sentencia de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de abril de 1994 (asunto C-389/92), es admisible acreditar la solvencia técnica y económica a través del grupo de empresas”.

tencia de una empresa unitaria entre la demandante y BN Infra (apartado 340 del pliego de cargos). Habida cuenta de todas estas consideraciones, la Comisión decidió que debía dirigir el pliego de cargos a BN Infra por su participación directa en los acuerdos (y la de sus predecesores) y a la demandante por su participación mediante el ejercicio efectivo de una influencia decisiva en el comportamiento de BN”.

Por ello, **un grupo empresarial que acredite que tiene efectivamente a su disposición los medios de sus filiales que sean necesarios para la ejecución de los contratos no está obligado a aplicar ninguna licitación, ni se aplica la técnica de los medios propios si no es poder adjudicador**³⁸.

6

Del ámbito objetivo “especial”. Las actividades reguladas

Esta LPCSE se aplica a contratos públicos de entidades contratantes cuando exista la “especial actividad que justifica su regulación” y que son las siguientes:

1.– Agua:

El artículo 8 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva para el sector del agua:

a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable.

b) El suministro de agua potable a dichas redes.

La LPCSE se aplica, asimismo, a los contratos y a los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades que ejerzan una actividad

³⁸. Avala esta argumentación la doctrina de órganos consultivos en contratación administrativa que citan jurisprudencia del TJUE. Se puede recordar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha dedicado varios informes a estudiar la incidencia de los grupos de empresas en la solvencia exigible en los contratos públicos, pudiendo resumir por todos ellos el contenido del Informe 45/02, de 28 de febrero de 2013, que, recogiendo la doctrina jurisprudencial del TJUE, entiende que puede tenerse en cuenta a las sociedades pertenecientes a un grupo de empresas a efectos de acreditación de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional de la persona jurídica predominante. Igualmente, el Informe 6/2010, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre acreditación de la habilitación empresarial o profesional con medios externos, concluye que el empresario podrá complementar la acreditación de la habilitación empresarial o profesional que precisa para ejecutar el contrato basándose en la habilitación y los medios de una sociedad de su grupo de empresas, e interpreta que entre empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades no es exigible la subcontratación, por no tener la consideración de tercero.

contemplada en el apartado 1, siempre y cuando tales contratos estén relacionados con alguna de las actividades siguientes:

a) Proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, a condición de que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 por ciento del volumen de agua total disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje.

b) La evacuación o el tratamiento de aguas residuales.

No se considerará como una actividad regulada el suministro de agua potable a redes destinadas a prestar un servicio al público por parte de una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores, cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

a) Que la producción de agua potable por parte de la entidad de que se trate se realice porque su consumo sea necesario para el ejercicio de una actividad distinta de las contempladas en los artículos 8 a 11 LPCSE.

b) Que la alimentación de la red pública dependa exclusivamente del propio consumo de la entidad contratante y no haya superado el 30 por ciento de la producción total de agua potable de la entidad contratante, tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en curso.

2.- Gas y calefacción:

El artículo 9 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva para el sector de gas y calefacción:

a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de gas o calefacción.

b) El suministro de gas o calefacción a dichas redes.

No se considerará una actividad regulada el suministro de gas o calefacción a redes destinadas a prestar un servicio al público por una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

a) Que la producción de gas o de calefacción por la entidad de que se trate sea una consecuencia inevitable del ejercicio de una actividad distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo o en los artículos 8 y 10 a 14 de esta Ley.

b) Que la alimentación de la red pública tenga el único propósito de explotar en forma económica dicha producción y corresponda, como máximo, al 20 % del volumen de negocios de la entidad contratante, tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en curso.

3.- Puertos y aeropuertos:

El artículo 12 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva; se aplicará a las actividades de explotación de una zona geográfica determina-

da con el fin de poner aeropuertos, puertos marítimos o interiores, u otras terminales de transporte a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales.

Esta previsión supone un importante cambio regulatorio al aplicar esta normativa contractual frente a situaciones previas reguladas desde la óptica de contratos patrimoniales o contratos privados.

4.- Servicios postales:

El artículo 13 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva para los servicios postales, que se aplicará a las actividades relacionadas con la prestación de los siguientes servicios:

a) Servicios postales en el sentido definido en el artículo 2.x).

b) Servicios distintos de los servicios postales, siempre y cuando estos últimos los preste una entidad que preste igualmente servicios postales, y no se trate de una actividad sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado en los términos indicados en el artículo 17.

A los efectos de esta Ley tendrán la consideración de “servicios distintos de los servicios postales” los siguientes:

a) Los servicios de gestión de servicios de correo. Tanto los servicios previos al envío como los posteriores a él, incluidos los servicios de gestión de salas de correo.

b) Los servicios relativos a envíos postales no incluidos en la definición del artículo 2.w), como la publicidad directa sin indicación del destinatario.

c) Los servicios financieros que incluyan en particular los giros y las transferencias postales, excepto aquellos que se excluyen en virtud del artículo 20.d).

d) Los servicios filatélicos.

e) Los servicios logísticos, entendiéndose por tales aquellos servicios que combinan la distribución física y la lista de correos con otras funciones no postales.

f) Los servicios de valor añadido vinculados a medios electrónicos y prestados íntegramente por esa vía, incluidos la transmisión segura de documentos codificados por vía electrónica, los servicios de gestión de direcciones y la transmisión de correo certificado.

5.- Prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos:

El artículo 14 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva para la prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos. Y se aplicará a las actividades de explotación de una zona geográfica determinada con alguna de las siguientes finalidades:

a) La extracción de petróleo o gas.

b) La prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos.

6.– Transporte:

El artículo 11 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva para el sector del transporte, que se aplicará a las actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio al público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable (lo que afecta a las estaciones de esquí).

Se considerará que existe una red en los servicios de transporte cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones operativas establecidas por la autoridad competente. Estas condiciones harán referencia a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible, a la frecuencia y puntualidad del servicio, a sus infraestructuras, sus vehículos y combustibles, y a la incorporación en el transporte de los sistemas inteligentes de transportes (ITS), entre otros.

7.– Electricidad:

El artículo 10 LPCSE describe el ámbito de aplicación objetiva para el sector de la electricidad:

a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de electricidad.

b) El suministro de electricidad a dichas redes.

Como indica el considerando 23 de la Directiva 2014/25, “Sin ampliar en modo alguno el ámbito de aplicación de la presente Directiva, es preciso aclarar que la producción, la venta al por mayor y la venta al por menor de electricidad quedan contempladas cuando la presente Directiva se refiere al suministro de electricidad”.

No se considerará una actividad regulada el suministro de electricidad a redes destinadas a proporcionar un servicio al público por parte de una entidad contratante distinta de los poderes adjudicadores cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

a) Que la producción de electricidad por parte de la entidad contratante de que se trate se realice porque su consumo sea necesario para el ejercicio de una actividad distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo o en los artículos 8, 9 y 11 de esta Ley.

b) Que la alimentación de la red pública dependa exclusivamente del propio consumo de la entidad contratante y no haya superado el 30 por ciento de la producción total de energía de la entidad contratante, tomando en consideración la media de los tres últimos años, incluido el año en curso.

7

Novedades en el sistema de control administrativo: problemas prácticos de la invalidez

En esta materia, la LPCSE pretende cierta “armonización” con los contenidos de la LCSP, lo que plantea algunos problemas prácticos.

7.1

La invalidez en estos contratos especiales

La nueva LPCSE introduce un régimen de invalidez similar al contenido en la LCSP 2017. Este régimen de invalidez pivota en torno a la regulación de causas de nulidad y anulabilidad de derecho administrativo, de un lado, y de causas de invalidez de derecho civil, de otro lado³⁹. Además, el legislador prevé los efectos que han de derivarse de la invalidez. En la LPCSE se prevé qué contratos serán inválidos:

a) Cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil.

b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas a que se refieren los artículos 115 y 116 LPCSE.

c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado.

Por la **intención de “armonizar” con la LCSP se introducen supuestos de nulidad de derecho administrativo** (lo que avalaría la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa): el contrato será inválido si concurren algunas causas de nulidad reguladas en el artículo 47.1 LPAP. Se trata del listado clásico de causas de nulidad de los actos administrativos: a) lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; b) incompetencia manifiesta del órgano por razón del territorio o la materia; c) contenido imposible; d) actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ella; e) actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; f) actos expresos

³⁹. Sobre la problemática del régimen de invalidez contractual son de especial interés las reflexiones de T. CANO CAMPOS, “La invalidez de los contratos públicos y su control”, en A. HUERGO (dir.), *Nuevas perspectivas en la defensa de los ciudadanos frente a las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2018, pp. 101 y ss.

o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando no se cumplan los requisitos esenciales para su adquisición; g) cualquier otra causa establecida en una norma con rango legal.

Junto a estas causas generales de nulidad, el legislador introduce otras específicamente para el ámbito contractual:

Serán igualmente nulos los contratos celebrados por las entidades contratantes en los que concurra alguna de las causas siguientes:

a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o el estar este último incurso en alguna de las prohibiciones para contratar que establece el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

b) La falta de publicación del anuncio que sirva de convocatoria de licitación en el perfil de contratante, en el “Diario Oficial de la Unión Europea” o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con lo establecido en la LPCSE.

c) La inobservancia, por parte de la entidad contratante, del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 73.2 para la formalización del contrato, siempre que concurran los dos siguientes requisitos:

1.º– Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer reclamación en materia de contratación contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación.

2.º– Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.

d) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto la reclamación en materia de contratación, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer de la reclamación que se hubiera interpuesto.

e) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador.

f) El incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El artículo 116 LPCSE se refiere a las causas de anulabilidad. Además, se remite a las causas de anulabilidad contenidas en el artículo 48 de la LPAP –actualizando, así, la remisión que previamente se refería al artículo 63 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico del Sector Público y del Procedimiento Administrativo Común–.

En todo caso serán causas de anulabilidad las siguientes:

a) El incumplimiento de las circunstancias y los requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 110 y 111 LPCSE.

b) Los encargos que acuerden las entidades contratantes que sean poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, relativos a la condición de medio propio.

c) Los contratos que se hubieren celebrado sin sujeción a la LPCSE con empresas asociadas y con empresas conjuntas, cuando no se observe alguno de los requisitos establecidos en el artículo 24 LPCSE.

La LPCSE también indica que el ámbito de aplicación de las causas de invalidez civil se amplía a todos los contratos celebrados por las entidades contratantes (art. 117 LPCSE). En esos casos se aplican los requisitos y plazos de ejercicio de acciones propios del ordenamiento civil. Ahora bien, cuando el contrato se haya celebrado por una Administración pública, la Ley señala que deberá seguirse “lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables”.

Los supuestos de nulidad de derecho civil serían los siguientes: a) la falta de consentimiento, de acuerdo con los artículos 1261 y 1262 CC; b) el carácter imposible, ilícito o indeterminable del objeto del contrato (art. 1273 CC); c) la inexistencia o ilicitud de la causa (art. 1275 CC); d) la contravención de una ley imperativa o del orden público (art. 1255 CC); y e) la insuficiencia de poder del firmante de la proposición (art. 1259 CC) –aunque este trámite puede subsanarse al comienzo de la licitación y, tras la adjudicación, pasaría a ser un vicio de invalidez de derecho administrativo–.

Las causas de anulabilidad serían: a) la falta de capacidad del licitador, distinta de la capacidad de obrar, que se regula como causa de nulidad de derecho administrativo (arts. 1263-1264 CC); b) el error como vicio en el consentimiento padecido por el licitador o el ente adjudicador (arts. 1265-1266 CC); c) el dolo, si una de las partes induce a la otra a celebrar un contrato que no habría celebrado (arts. 1265, 1269 y 1270 CC); y d) la violencia e intimidación al licitador a la hora de presentar su proposición (arts. 1265, 1267 y 1268 CC).

Por último, hay que destacar, en cuanto a los efectos de la invalidez, que el artículo 117 LPCSE señala que la declaración de nulidad de los actos

preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo, y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. En consecuencia, la nulidad de los actos que no sean preparatorios solo afectará a estos y sus consecuencias.

En todo caso, si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

7.2

El recurso especial

La contratación en estos sectores se encuentra sometida a las previsiones de la Directiva 89/665, “recursos” de contratación pública⁴⁰. La incorporación de la solución se efectúa a través del artículo 121 LPCSE, que remite a las reglas generales de la LCSP 2017. Así, el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (RCL 2015, 1477), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (PACAP).

Señala el artículo 51 LCSP que el procedimiento se iniciará mediante escrito en el que se harán constar el acto recurrido, el motivo en que se fundamenta el recurso, los medios de prueba de que pretenda valerse el recurrente y, en su caso, las medidas de la misma naturaleza que las provisionales cuya adopción solicite. A este escrito deberán acompañarse los documentos que con carácter general deben acompañarse en el ejercicio de toda clase de acciones, como los documentos que acrediten la legitimación del recurrente y la representación del compareciente, copia o traslado del acto expreso que se recurra o documento o documentos en que funde su derecho, y añade el artículo 51 LCSP la exigencia de “una dirección de correo electrónico “habilitada” a la que enviar, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta, las comunicaciones y notificaciones”, dada la tramitación electrónica del recurso que impone la LCSP.

⁴⁰. Vid. B. NOGUERA DE LA MUELA, “Las directivas comunitarias de sectores excluidos y la Ley 48/98, de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimientos de aplicación”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 205, 2002, pp. 121-138.

La LPCSE (art. 119) remite al mismo sistema de control que la LCSP 2017. Opción lógica en tanto se transpone la misma normativa europea. Interesa destacar la necesaria ampliación del objeto del recurso especial (artículo 44 LCSP), que incluye ya, además de los anuncios de licitación, los pliegos y otros documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, así como los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, los encargos a medios propios y también ciertos actos relativos de la ejecución del contrato y, en especial, las modificaciones contractuales o el rescate de concesiones. Así, el recurso especial ya no es solo precontractual y alcanza a la fase de ejecución y extinción. Sin embargo, se olvida, al igual que la LCSP, de la exigencia de la Directiva europea de recursos (89/665, modificada por la Directiva 2007/66), cuyo ámbito de aplicación tiene ya el efecto directo de incluir en el ámbito del recurso especial las cuestiones de subcontratación y la resolución del contrato o concesión.

En todo caso debe tenerse en cuenta el concepto amplio de “decisión” al que se refiere la STJUE de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo, S.L., y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que recuerda el efecto directo de las directivas “recursos” (criterio ya aplicado por órganos de recursos contractuales: por ejemplo, los acuerdos 75/2017 y 117/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). Esto significa que el recurso especial alcanza, lógicamente, a cualquier decisión en sentido amplio, sin limitarse en exclusiva a los actos adjudicatarios (se trata de una interpretación ya asentada en el derecho comunitario europeo). Son impugnables todas las decisiones de los poderes adjudicadores sujetas al derecho comunitario europeo sin ninguna restricción por lo que se refiere a su naturaleza y contenido (STJUE de 19 de junio de 2003, GAT), esto es, el recurso es susceptible en la medida en que la decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos que confiere el derecho comunitario en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público (STJUE de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki). En particular, además del acto de adjudicación, también pueden recurrirse la cancelación de una licitación para la adjudicación del contrato con posterioridad a la presentación o apertura de las ofertas (SSTJUE de 18 de junio de 2002, HI, y de 2 de junio de 2005, Koppensteiner), las decisiones adoptadas sin procedimiento formal –como sucede con convenios y encargos directos sin cumplir los requisitos– (SSTJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, y de 18 de enero de 2007, Auroux), o los actos o resoluciones que excluyen una oferta antes de la selección de la mejor (STJUE de 19 de junio de 2003, Hackermüller). También los casos de ausencia de indicación, en el anuncio

relativo a un contrato, de la cantidad o la extensión global de tal contrato (STJUE de 11 de octubre de 2007, *Lämmerzahl*), y en los que se incorporan cláusulas de licitación incompatibles con la normativa comunitaria (STJUE de 18 de marzo de 2004, *Siemens y ARGE*).

Obviamente, este recurso, de fundamento comunitario, debe interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, *HI Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik PlanungsgesmbH*), o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, *GAT*). Y lo serán también aquellos modificados que devengan ilegales en tanto sean considerados una nueva adjudicación, tal y como ha interpretado la STJUE de 19 de junio de 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GMBH*: constituye una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la STJUE de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia*, apartados 44 y 46).

La nulidad de un criterio de adjudicación implica la nulidad del procedimiento de licitación, tal y como ha advertido el TJUE en la STJUE de 4 de diciembre de 2003, as. C-448/01, EVN AG, que se refiere a la hipótesis de la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato. La duda que se plantea es si en estos supuestos procede adjudicar el contrato –haciendo abstracción del criterio anulado– o, por el contrario, es preciso convocar una nueva licitación. Pues bien, el Tribunal concluye que solo la segunda de las alternativas se ajusta al derecho europeo. Y es que:

“[...] los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia *SIAC Construction*, antes citada, apartado 43). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abs-

tracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”.

En definitiva, la anulación de un criterio de adjudicación por parte del órgano de recurso debe conducir, inexorablemente, a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.

Hay que reseñar que, frente al carácter obligatorio de este recurso en la Ley 31/2007, ahora (por inercia) será gratuito y potestativo. Esta opción abre la problemática de la dualidad jurisdiccional, pues las entidades contratantes que sean privadas están excluidas, al menos formalmente, de la LJ 98. Así, frente a la resolución del recurso especial se deberá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 122 LPCSE). Pero si, como es potestativo, se pretende acudir a la vía jurisdiccional, la competencia recaerá en el orden civil. Se reabre, así, un problema que se superó con la Ley de sectores especiales de 2007.

El artículo 122.3 LPCSE señala que “los órganos competentes para la resolución del recurso podrán rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso”.

Por último, hay que recordar que el órgano de recursos contractuales, en el caso de estimar el recurso, **podrá apreciar en su resolución, a instancia del interesado, la obligación de indemnizarle por los daños y perjuicios derivados** del recurso, y dicha indemnización deberá resarcir al reclamante cuando menos de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. Entre los daños indemnizables podrán incluirse los gastos necesariamente originados por la intervención en el procedimiento de recurso, incluidos los derivados de la práctica de prueba. En todo caso deberá tratarse de daños y perjuicios reales, efectivos y evaluables económicamente. Cuando proceda la indemnización, esta se fijará atendiendo en lo posible a los criterios fijados en los apartados 2 y 3 del artículo 34 de la LRJSP.

Y por otro lado, cuando el Tribunal aprecie –de oficio o a instancia de parte– temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente, cuyo importe podrá oscilar entre 1000 y 30 000 euros (la LCSP ha elevado la cuantía de la multa de 15 000 a 30 000 euros), determinándose en función de la mala fe apreciada y del perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, “así como del cálculo de los beneficios obtenidos”, ingresándose la multa impuesta en el Tesoro Público.

7.3 El control jurisdiccional

Dado que son personificaciones privadas, las cuestiones no sometidas a esta Ley se residenciarán ante la jurisdicción civil, salvo que exista una actuación materialmente administrativa. En las cuestiones LPCSE, tras el recurso especial, potestativo, se acude ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si no se interpone recurso especial, habrá que acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa si la entidad contratante es poder adjudicador, en coherencia con la solución adoptada por el actual artículo 2 b) LJ de 1998, que establece la regla de que todas las cuestiones de preparación y adjudicación de cualquier poder adjudicador se deben residenciar en sede contenciosa.

Sin embargo, la LPCSE no dice nada en los casos de contratos de empresas públicas y entidades con derechos exclusivos o especiales (hay que advertir que la Ley 31/2007, sobre esta cuestión, declaraba obligatorio el recuso especial para que existiera un acto administrativo impugnabile en todo caso)⁴¹. Lo lógico, por la materia (y porque en la invalidez que regula la LPCSE existen motivos de derecho administrativo), sería pensar que la competencia recae en lo contencioso-administrativo, pero convendría un ajuste legal. Es –y debe ser– el criterio funcional de poder adjudicador, y no el formal de Administración pública, el que determina ante qué orden jurisdiccional se residencia la competencia⁴². Máxime cuando el artículo 2 LJ viene admitiendo la categoría de los actos “materialmente” administrativos. En definitiva, en una actividad como la de los contratos en sectores especiales, tan sensible desde una perspectiva económica, es necesario dotar a la arquitectura jurídica del control de la necesaria coherencia, que garantice el máximo de seguridad jurídica y favorezca la predictibilidad⁴³. Y, por cuanto resulta evidente que en la fase de preparación y adjudicación de cualquier contrato público (incluyendo las modificaciones ilegales), sea o no realizado por una Administración

41. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 338-346.

42. Se explica de forma excelente en el trabajo de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público”, en AA. VV., *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 237-277.

43. A favor de esta opción, con la Ley anterior de 1998, se posicionan J. L. MEILÁN GIL y C. AYMERICH, en su trabajo: “Contratación pública en los sectores especiales”, en AA. VV., *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998, p. 146. En términos similares, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1994, p. 171.

pública, hay un interés público relevante, debe corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa su fiscalización⁴⁴.

7.4 El arbitraje

La LPCSE (art. 123) prevé de forma expresa la posibilidad de aplicar las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, para la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, el cumplimiento y la extinción de los contratos que se celebren⁴⁵. Las principales ventajas serían: plazo rápido de resolución del conflicto y su no judicialización posterior, menores costes procesales, especialización de los árbitros, y mayor confidencialidad.

Se pretende dotar de agilidad en la resolución de eventuales conflictos, evitando su posterior judicialización. Esta opción puede resultar más conveniente, sobre todo en procedimientos complejos como la compra de innovación. De hecho, la Ley 3/2012 de Aragón ya introdujo un nuevo artículo 22 en la Ley 3/2011, de medidas de contratos del Sector Público de Aragón, dedicado al “Arbitraje”, que permitía a las Administraciones públicas de Aragón recurrir al arbitraje –*ex* artículo 50 LCSP, que no prohíbe esta posibilidad– en las cuestiones de ejecución del contrato.

El pliego de condición de ejecución de estos contratos deberá incluir expresamente esta posibilidad, que deberá ser aceptada por el licitador, tal y como advirtió el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 30 de junio de 1996. Para evitar posteriores problemas el pliego debe contener ya las personas designadas para este eventual arbitraje, así como los plazos y la retribución (art. 123.2 LPCSE).

Hay que destacar que, si el pliego no ha previsto nada, el artículo 123.3 LPCSE señala que la competencia para resolver el arbitraje corresponderá al

44. Por otra parte, desde la lógica de la arquitectura de los principios procesales sobre los que se fija la competencia, básicamente sujetos y objeto, con causa de interés público, resulta incomprensible que el criterio cuantía pueda determinar un cambio de orden jurisdiccional, posibilidad contraria al buen funcionamiento del Estado de derecho y de la necesaria seguridad jurídica, pues la dualidad jurisdiccional en asuntos de la misma materia y sujetos quiebra los mismos. Critican por ello, entre otros, la opción del artículo 21 TRLCSP los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 2013, p. 622).

45. Al respecto, por todos, me remito a los trabajos de C. BALLESTEROS PANIZO, “El arbitraje en la contratación pública”, *REDA*, núm. 200, 2019, pp. 191-218, y V. ESCARTÍN ESCUDÉ, “El arbitraje y otros medios de resolución de conflictos en derecho administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 39-40, 2012, pp. 101 a 163.

órgano competente para la resolución de la reclamación en materia de contratación (es decir, los órganos de recursos contractuales, a los que se les amplía de esta manera su competencia). Hay que advertir que en este caso estos tribunales administrativos funcionarán como corte de arbitraje, dictando un laudo definitivo solo impugnable por los motivos tasados de la Ley de Arbitraje.

8

Sobre la ejecución de los contratos. Especialidades

La LPCSE, frente a su predecesora, que dejaba en manos del derecho civil estas cuestiones, ha introducido precisiones importantes vinculadas al fin de la correcta prestación de la necesidad licitada.

8.1

La subcontratación

La LPCSE (art. 107) regula la subcontratación con un régimen similar al de la LCSP⁴⁶. Elimina el límite a la misma que, en defecto de previsión en el pliego,

46. La subcontratación en la ejecución de los contratos públicos es una cuestión clave para entender el funcionamiento del mercado y la posición de las pymes en el mismo. En modo alguno es una cuestión que pueda ser considerada ajena para la Administración o los distintos entes contratantes, y aconseja ciertas reflexiones previas de carácter general que permitan entender el vigente marco normativo y las alternativas prácticas en la gestión de los contratos. La subcontratación obedece, principalmente, a la lógica de un mercado no regulado, pero que permite posicionamientos activos de los distintos órganos de contratación, en aras tanto de una mejor ejecución del contrato como de la implantación o articulación de una concreta política pública de reorientación de ese mercado y de estímulo a las pymes. En la regulación y el desarrollo práctico de esta materia se mezclan tres cuestiones: el interés de la Administración en garantizar la adecuada ejecución del contrato, el derecho del empresario a la subcontratación, y los derechos de los empresarios subcontratistas. A ello se debe añadir la tendencia progresiva de todos los sectores a ampliar la utilización de esta figura como sistema de mejora de la productividad y de la competitividad, y el ser un mecanismo que permite la participación en el mercado público de las pequeñas y medianas empresas. Sobre la función de la subcontratación me remito, por todos, a los trabajos de M. FUERTES LÓPEZ, *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, y “La deficiente regulación de la subcontratación en los contratos de las Administraciones públicas”, *REDA*, núm. 109, 2001, pp. 62 y ss. También al trabajo de E. MARÍN ALBARRÁN, “La subcontratación y la contratación pública: algunas consideraciones sobre la evolución normativa reciente y su contexto. Referencia a ciertas dificultades que plantea la aplicación de la subcontratación en el ámbito de la contratación pública”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013, 2014*, pp. 465-491. Sobre esta regulación en la LCSP puede consultarse J. JORDANO, “Luces y sombras en la reforma operada sobre la subcontratación por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, en Í. DEL GUAYO CASTIELLA y A. FERNÁNDEZ CARBALLAL (coords.), *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI: libro conmemorativo*

establecía la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en el 60 por ciento del importe de adjudicación del contrato, siguiendo el criterio sentado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de julio de 2016, Wroclaw⁴⁷. En ningún caso la prohibición de subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia. El pliego debe determinar el alcance de la posible subcontratación (ya no por importe, sino por unidades). Los subcontratos tendrán en todo caso naturaleza privada (art. 107.7 LPCSE).

Como regla general, los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la entidad contratante, con arreglo estricto a los pliegos de condiciones y a los términos del contrato, incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 27.4 LPCSE. El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones o autorizaciones no alterará la responsabilidad exclusiva del contratista principal.

Como reseña el artículo 105.4 LPCSE, todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo.

La celebración de las subcontratas estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos (art. 107.2 LPCSE):

a) Si así se prevé en los pliegos de condiciones, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a los criterios de selección cualitativa de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b) En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, a la entidad contratante la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditan-

del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, 2019, pp. 515-532.

⁴⁷. Habrá que respetar las exigencias fijadas en la Sentencia TJUE de 14 de julio de 2016, Wroclaw, que recuerda que un poder adjudicador no puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo. Criterio avalado por la Sentencia TJUE de 5 de abril de 2017, Borta, que admite como posibilidad, respetando el principio de proporcionalidad, que se pueda restringir la opción de la subcontratación.

do que el mismo no se encuentra incurso en ninguna de las prohibiciones de contratar que establece la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

El contratista principal deberá notificar por escrito a la entidad contratante cualquier modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas. La acreditación de la aptitud del subcontratista podrá realizarse inmediatamente después de la celebración del subcontrato, si la misma es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

c) Si los pliegos de condiciones hubiesen impuesto a los licitadores la obligación de comunicar las circunstancias señaladas en la letra a) del presente apartado, los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones a que se refiere la letra b) de este apartado, siempre que la entidad contratante no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos. Este régimen será igualmente aplicable si los subcontratistas hubiesen sido identificados en la oferta mediante la descripción de su perfil profesional. Bajo la responsabilidad del contratista, los subcontratos podrán concluirse sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de veinte días, si su celebración es necesaria para atender a una situación de emergencia o que exija la adopción de medidas urgentes y así se justifica suficientemente.

d) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.3, segundo párrafo, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, las entidades contratantes podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en la documentación preparatoria de la contratación.

e) El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.

f) En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico, o con personas incursas en prohibición de contratar de acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Esta previsión se ajusta a la doctrina de la STJUE de 20 de noviembre de 2019 (figura expresamente como prohibición de contratar en los artículos 36, 56.3 y 57.4 LPCSE).

La infracción de las condiciones establecidas para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar, cuando así se hubiera previsto en los pliegos de condiciones, a alguna de las siguientes consecuencias:

- a) La imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por ciento del importe del subcontrato.
- b) La resolución del contrato.

8.2

Pago directo a subcontratistas

El derecho europeo alienta el régimen de pagos a subcontratistas (la Directiva 2014/24/UE, en su considerando 78, indica que los Estados miembros “deben gozar también de la libertad de facilitar mecanismos para efectuar pagos directos a los subcontratistas”). Así, el artículo 71.3 prevé que los Estados miembros podrán disponer que el poder adjudicador “transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden”, y que las disposiciones nacionales “podrán” incluir mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los “pagos indebidos”. Hay que advertir que aquí, en los sectores especiales, a diferencia del contrato administrativo (donde el artículo 227, “Subcontratación”, del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece lo siguiente: “8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos”), las relaciones jurídicas son privadas. Por ello, resultaría de aplicación directa la acción directa del artículo 1597 del Código Civil. Y la jurisprudencia civil ha venido siempre reconociendo la procedencia de esta acción en subcontratos generados en expedientes de contratación (*cf.* STS 2015\2014 y STS 633\2017)⁴⁸.

Sin embargo, la LPCSE (disposición adicional séptima), restringiendo el derecho expuesto (por desconocimiento), indica la posibilidad de pagos direc-

48. La STS de 17 de marzo de 2016 (Sala de lo Civil, rec. 3/2014) ha tenido ocasión de aclarar desde qué momento surte efectos la exclusión de la acción directa en el ámbito de la contratación pública. La acción directa es ejercitable cuando el subcontrato se hubiese celebrado antes de la entrada en vigor de la Ley 24/2011 (lo que se produjo el 3 de noviembre de 2011). La misma Sentencia recuerda que el requerimiento, incluso extrajudicial, del subcontratista al dueño de la obra, impone a este la prohibición de efectuar el pago del crédito objeto del contrato de obra.

tos a los subcontratistas cuando así lo hubieran previsto los pliegos y se cuente con la conformidad del contratista principal. En consecuencia, con que el pliego no diga nada la LPCSE ha eliminado la acción directa que tenían los subcontratistas, lo que, en mi opinión, perjudica notablemente a estos y las pymes.

Las reglas, en su caso, serían las siguientes:

1. El subcontratista que cuente con la conformidad para percibir pagos directos podrá ceder sus derechos de cobro.

2. Los pagos efectuados a favor del subcontratista se entenderán realizados por cuenta del contratista principal, manteniendo en relación con la entidad contratante la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que la de las certificaciones de obra.

3. En ningún caso será imputable a la entidad contratante el retraso en el pago derivado de la falta de conformidad del contratista principal con la factura presentada por el subcontratista.

Por otra parte, hay que recordar que el subcontratista puede siempre proceder, concurriendo las condiciones procesales oportunas, al embargo ejecutivo (art. 551.3.1.o de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC–) o cautelar (art. 727.1.o LEC) del crédito del contratista contra la entidad contratante, produciéndose de esta forma la retención del crédito del contratista en poder de la entidad contratante (art. 621.3 LEC). El embargo funciona como una cesión limitada del crédito.

Esta regulación –que copia por inercia la opción de la LCSP– es un paso atrás en la lucha de extender la acción directa del derecho privado a todo contrato público, pues ahora, en sectores especiales, pasa a ser potestativo, cuando antes era obligatorio⁴⁹. Existe, en todo caso, un conflicto normativo claro, pues no se ha modificado el artículo 1597 del Código Civil, lo que planteará problemas prácticos evidentes, al poder defenderse que la LPCSE no puede desplazar al Código Civil.

8.3

El régimen de las modificaciones contractuales

Procede una sucinta referencia al régimen de modificación contractual, que se alinea con el sistema de la LCSP. Los artículos 109 a 112 regulan la modificación contractual, alejando esta cuestión de las reglas del derecho privado.

⁴⁹. Cuestión que fue de especial análisis por F. BLANCO LÓPEZ en su muy interesante trabajo: “La subcontratación administrativa y el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 38, 2011, pp. 221-258.

El régimen es casi similar al de la LCSP, aunque quizás más “pegado” a la letra de la Directiva 2014/25. En todo caso, la jurisprudencia del TJUE sobre esta materia sigue siendo de aplicación (considerando 107 de la Directiva 2014/24)⁵⁰. En ningún caso las entidades contratantes podrán prever en el pliego de la licitación modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera esta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. Y, por exigencia europea (al igual que de la LCSP), se incorpora la obligación de publicar las modificaciones y se abre la posibilidad de impugnarlas, en tanto puedan suponer una adjudicación ilegal.

9

Conclusiones

La nueva regulación de la LPCSE pretende dar cumplimiento a la obligación de transposición de la Directiva 2014/25. A diferencia de la anterior normativa que deroga, pretende incorporar las mismas soluciones adoptadas en la LCSP 2017, sin advertir que en muchos casos las entidades contratantes no son ni siquiera poder adjudicador (en cuyo caso habrá que estar a las normas de competencia).

El texto, desde una perspectiva formal, presenta una correcta sistemática que facilita su aplicación por las entidades contratantes y contratistas, donde la homogeneidad de soluciones adoptadas en relación con los procedimientos, criterios de solvencia (y acreditación), criterios de adjudicación (y su vinculación a la visión estratégica y la compra que ponga atención al valor cualitativo y no al precio) y ejecución, ayuda en la necesaria seguridad jurídica.

50. Vid. I. GALLEGO CÓRCOLES, “Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificados contractuales”, en AA. VV., *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2017, pp. 51-82. Sobre el derecho europeo como contexto de interpretación en esta materia me remito a los trabajos de I. GALLEGO CÓRCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”, en AA. VV., *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167; y de J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015. Sobre la regulación que contiene la LCSP, en cuanto puede servir de referencia, por todos, pueden consultarse los trabajos de J. M.^a BAÑO LEÓN, “El ‘modificado’ de los contratos”, en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1345-1365; y de J. M.^a GIMENO FELIU, “Corrupción y contratación pública: las soluciones de la LCSP”, en I. GALLEGO CÓRCOLES y E. GAMERO CASADO (coords.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, vol. 1, 2018, pp. 240-318 (en especial, pp. 278-284).

Sin embargo, como debilidades de la transposición pueden advertirse las siguientes: primero, la incorrecta definición/aclaración del concepto de derechos exclusivos y especiales, lo que genera dudas sobre el ámbito subjetivo de aplicación. Igualmente, habría convenido aclarar las relaciones jurídicas del mismo grupo empresarial cuando no estemos en supuestos de poder adjudicador.

Sorprende muy especialmente la regulación del pago directo a subcontratista, cuando la solución, más garantista, ya venía dada por el artículo 15876 del Código Civil. La remisión de esta opción al pliego es una limitación que no beneficia al subcontratista, y que plantea problemas de alineamiento con las técnicas directamente aplicables del derecho civil (que queda desplazado por la LPCSE).

Por otra parte, la introducción de vicios de invalidez de derecho administrativo no encaja bien con las relaciones jurídicas privadas en estos contratos, máxime cuando esta LPCSE no se aplica a Administraciones públicas. Más preocupante es la decisión de considerar al recurso especial como potestativo (por la inercia con la LCSP), lo que abre un peligroso portillo a la dualidad jurisdiccional (civil-contencioso-administrativa) que casa mal con la necesaria seguridad jurídica en estos sectores tan estratégicos⁵¹.

Asimismo, la regulación del arbitraje, de por sí positiva, ha ampliado la competencia de los órganos de recursos contractuales, que en estos casos, cuando no se haya previsto nada en el pliego, actuarán con funciones arbitrales (lo que puede generar cierta confusión procedimental).

Quizá estas debilidades puedan ser objeto de corrección en la tramitación como ley del texto del Real Decreto-ley ya convalidado. Tramitación que puede servir también para una mejora técnica de la propia LCSP no solo para “cerrar” el tema de los contratos menores (y la simplificación de los procedimientos), sino para depurar conceptualmente cuándo un negocio o una relación jurídica tiene consideración de contrato público (o no). También se debe aclarar el ámbito del recurso especial para evitar problemas interpretativos sobre su alcance y preservar el “efecto útil” del derecho europeo, así como mejorar el sistema de gobernanza de contratación pública (la OIRES-CON debe rediseñarse desde la óptica de autoridad independiente)⁵².

51. Sobre esta cuestión, por todos, me remito a la explicación de esta problemática de P. VALCÁRCEL y R. ACEVEDO, “La problemática cuestión de la competencia del orden contencioso en relación con los contratos de compra pública precomercial”, en *Las nuevas directivas de contratación pública (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Civitas, 2015, pp. 265-278.

52. Me remito a mi opinión en obcp.es: “Carta abierta a los partidos políticos” (noviembre de 2019).

Añado una última reflexión tras estos tiempos de pandemia. La experiencia de esta crisis por la COVID-19 en el modelo de compras públicas obliga a repensar soluciones jurídicas que concilien los intereses públicos en juego, diseñando procedimientos eficaces y eficientes⁵³. Para ello hay que avanzar hacia la incorporación efectiva de las nuevas tecnologías –como los modelos *blockchain*⁵⁴, que pongan el acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización empresarial. La situación actual exige más y mejor transparencia a través de los medios electrónicos⁵⁵ y de la utilización del *big data*⁵⁶. Y nuevas fórmulas de colaboración pública-privada propia de las exigencias de un Estado garante (frente a la vieja concepción del Estado prestacional)⁵⁷.

Las exigencias de calidad en las prestaciones públicas a través de la contratación aconsejan abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas, en términos de valor, de distintas experiencias, como la del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario, al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles⁵⁸.

53. Hay que conseguir el equilibrio de la regulación y la eficacia, evitando la sobre-reglamentación (cuestión en la que insisten, por ejemplo, J. BAÑO LEÓN, “La Ley de Contratos del Sector Público y gestión de lo público. ¿Regulación o sobre-regulación?”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XVIII, *La Ley de Contratos del Sector Público*, 2018, pp. 11-19, y J. TEJEDOR BIELSA, *La contratación pública en España: ¿sobre-regulación o estrategia?*, Civitas, Cizur Menor, 2018). Cuestión no sencilla, dado que la regulación incluye aspectos de preparación, adjudicación, ejecución y control administrativo y presupuestario.

54. Sobre esta cuestión es un referente en España el profesor M. Á. BERNAL BLAY. Puede consultarse su opinión en “Blockchain, Administración y contratación pública”, en www.obcp.es. Sobre esta cuestión interesa igualmente la opinión de J. VALERO en “Inteligencia Artificial y contratación del sector público”, en www.obcp.es.

55. Por todos, I. MARTÍN y J. A. MORENO (dirs.), *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, Iustel, Madrid, 2020, que analiza en profundidad el marco normativo regulador –europeo y nacional– de la contratación pública, identificando las carencias existentes y planteando posibles soluciones prácticas para avanzar hacia una contratación pública auténticamente innovadora, electrónica y transparente.

56. P. VALCÁRCEL, “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del ‘big data’”, *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Aranzadi, 2019, pp. 124-125.

57. J. ESTEVE PARDO, “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39. *Ibidem*, *Estado garante. Idea y realidad*, Innapp Investiga, Madrid, 2015. Sobre esta visión en la contratación pública me remito a F. CAAMAÑO, J. M.^a GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS, *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit, Barcelona, 2017.

58. Como indica M. Porter, la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión, lo que aconseja medidas rigurosas de valoración (de

En definitiva, necesitamos una nueva cultura de contratación pública (también en los sectores especiales): responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora. Una contratación pública y regulada estratégica y proactiva (y no meramente reactiva), que ponga en valor la calidad de la prestación. La postcrisis es la oportunidad para impulsar este modelo.

“outcomes” y costes) para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato. M. PORTER (junto con T. H. LEE) publica un interesante artículo en el número de octubre de 2013 de la *Harvard Business Review* (“The strategy that will fix health Care, HBR, octubre 2013, pp. 50-69), donde desarrolla esta idea del pago por resultado en el ámbito de la salud. Propuesta iniciada en su libro (con E. TEISBERG) *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, Harvard Business Scholl Press, 2006.