

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ_(gimenof@unizar.es)_Catedrático de Dereito Administrativo da Universidade de Zaragoza_
Presidente Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón_Director do Observatorio de Contratos Públicos, España

Reforma da normativa europea sobre contratación administrativa e transparencia na contratación por parte do sector público*

Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público

Reform of the European regulations on public procurement and transparency in the public sector

& Resumo: A Unión Europea acaba de culminar un novo proceso de adaptación da normativa de contratación pública (con data de publicación prevista no DOUE para o 28 de marzo de 2014). Trátase das Directivas de contratos públicos de cuarta xeración, que pretenden un escenario de contratación pública máis competitivo e ligado a concretas políticas públicas. Este artigo analiza esta nova regulación, que obriga a reformar a lexislación contractual española.

& Palabras clave: contratación pública, transparencia, nova regulación dos contratos públicos

& Abstract: The EU has just finished a new process of adaptation of the regulation of public contracts (to be published in the OJ on the 28th March 2014). The point is to pass to Directives on public procurement of fourth generation, which aim to established a more competitive and linked to concrete public policies public procurement setting. This article analyses this new regulation, which forces Spain to reform its procurement laws.

& Key words: public procurement, transparency, new regulation of public contracts

I. INTRODUCCIÓN. MOTIVOS DA REFORMA

A Unión Europea acaba de culminar un novo proceso de adaptación da normativa de contratación pública (con data de publicación prevista no DOUE para o 28 de marzo de 2014). Trátase das Directivas de contratos públicos de cuarta xeración, que pretenden un escenario de contratación pública máis competitivo e ligado a concretas políticas públicas. Se ben as Directivas de 2004 supuxeron un notable avance, constátase a insuficiencia da súa regulación nun contexto de crise económica e de “redefinición” de políticas públicas, o que aconsellaba un novo paquete lexislativo, que debería ser ambicioso tanto nos seus principios coma na concreta arquitectura xurídica que se propuxera para poder contribuír así á consecución dos obxectivos da estratexia Europa 2020. A revisión das directivas sobre contratación pública que iniciou a Comisión inscribíase nun programa de conxunto cuxo obxectivo é unha modernización en profundidade do sistema público de contratación na Unión Europea para ser máis eficientes e deseñar políticas que permitan un maior crecemento nun contexto de globalización económica. O que non significa unha liberalización “sen restricións” á política de contratación pública. A Resolución do Parlamento Europeo, do 12 de maio de 2011, sobre a igualdade de acceso aos mercados do sector público na UE e en terceiros países, e sobre a revisión do marco xurídico da contratación pública, incluídas as concesións (publicada no DOUE do 7 de decembro de 2012), insítese nos comentarios incluídos na súa Resolución do 18 de maio de 2010 sobre novos aspectos da política de contratación pública, no que, se ben se opón enerxicamente ás medidas proteccionistas no ámbito da contratación pública a escala mundial, cre firmemente no principio de reciprocidade e proporcionalidade no devandito ámbito e, neste sentido, pide á Comisión que realice unha análise detallada das posibles vantaxes e problemas asociados coa imposición de restricións proporcionadas e específicas ao acceso a determinados sectores dos mercados de contratación pública da UE, unha avaliación de impacto que analice cando se poden aplicar, así como unha avaliación do fundamento xurídico que requiriría este instrumento, para aqueles socios comerciais que se benefician da apertura do mercado da UE pero que non demostraron intención ningunha de abrir os seus mercados ás empresas da UE, alentando á vez os socios da UE a que ofrezan ás empresas europeas condicións de reciprocidade e proporcionais no acceso ao mercado, antes de propoñer calquera outro novo texto no ámbito da contratación pública. Así mesmo, o Parlamento pide á Comisión que avalíe os problemas asociados coas ofertas extraordinariamente baixas e que propoña solucións axeitadas; recomenda ás autoridades contratantes que faciliten información temperá e suficiente a outros licitadores en caso de ofertas anormalmente baixas, co fin de que poidan valorar se existen motivos para iniciar un procedemento de recurso; e considera urxente que a UE alcance unha maior coherencia entre a súa política comercial exterior común e a práctica existente nos Estados membros de aceptar ofertas excepcionalmente baixas de empresas cuxos países de orixe non son signatarios do Acordo de Contratación Pública (ACP), en prexuízo de empresas da Unión Europea e das normas laborais, sociais e ambientais dos Estados membros da Unión.

Neste contexto, a aproximación ao concreto alcance desta reforma comunitaria obriga a unhas precisións previas, que aínda coñecidas, merecen un comentario. A primeira, que o obxectivo principal desta normativa comunitaria garantir a eficiencia dos fondos públicos. A tal fin a obriga de transparencia é un instrumento principal que ha de garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada que permita abrir á competencia o mercado de servizos e controlar a imparcialidade dos procedementos de adjudicación (STXUE do 7 de decembro de 2000, ARGE). Este principio atopa a súa principal

manifestación práctica, en primeiro lugar, a través dunha axeitada publicidade dos contratos adxudicables no Diario Oficial da Unión Europea (DOUE) das distintas ofertas de contratos públicos, presentando a mesma unha dobre faceta: a) como mecanismo de fiscalización da Administración, a publicidade constitúe unha magnífica axuda para o xogo limpo na vida administrativa e unha oportunidade de control a disposición dos administradores e dos candidatos contractuais; b) como medio de promoción da concorrència entre os axentes económicos implicados. Publicidade que debe xerar competencia ou concorrència empresarial, como recorda a STXUE do 15 de outubro de 2009, (*Acoset*), ao afirmar que os principios de igualdade de trato e de non discriminación por razón da nacionalidade implican en particular unha obriga de transparencia, que permite que a autoridade pública concedente se asegure de que tales principios son respectados. A obriga de transparencia que recae sobre a devandita autoridade consiste en garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada que permita abrir á competencia a concesión de servizos e controlar a imparcialidade dos procedementos de adxudicación (véxase en particular a STXUE do 6 de abril de 2006, *ANAV* apartado 21). Ao respecto, é *leading case* a doutrina fixada pola STXUE do 16 de setembro de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter xeral a calquera procedemento de licitación pública:

«66 O principio de igualdade de trato entre licitadores, que non é máis que unha expresión específica do principio de igualdade de trato (véxase, neste sentido, a sentenza do Tribunal de Xustiza do 13 de outubro de 2005, Aparcadoiro Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 e 48, e a xurisprudencia alí citada; sentenza do Tribunal Xeral do 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, non publicada na Recompilación, apartado 72) e que pretende favorecer o desenvolvemento dunha competencia sa e efectiva entre as empresas que participan nunha licitación, impón que todos os licitadores dispoñan das mesmas oportunidades ao formular os termos das súas ofertas e implica, polo tanto, que estas estean sometidas ás mesmas condicións para todos os competidores (sentenza do Tribunal de Xustiza do 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). Deste modo, a entidade adxudicadora está obrigada a respectar, en cada fase do procedemento de licitación, o principio de igualdade de trato dos licitadores (sentenza do Tribunal Xeral do 17 de decembro de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), e estes deben encontrarse en igualdade de condicións tanto no momento en que preparan as súas ofertas coma no momento en que estas se someten á avaliación da entidade adxudicadora (véxanse, neste sentido, as sentenzas do Tribunal de Xustiza do 16 de decembro de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, e do 17 de febreiro de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, non publicada na Recompilación, apartado 39, e a xurisprudencia alí citada).

67 Por outra parte, o principio de igualdade de trato implica, en particular, unha obriga de transparencia para permitir á entidade adxudicadora garantir o seu respecto (véxanse as sentenzas Lombardini e Mantovani, citada no apartado 64 supra, apartado 38, e Comisión/Chipre, citada no apartado 66 supra, apartado 38, e a xurisprudencia alí citada). O principio de transparencia, que constitúe o corolario do principio de igualdade de trato, ten esencialmente por obxecto garantir que non exista risco de favoritismo e arbitrariedade por parte da entidade adxudicadora (sentenzas

Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111) e controlar a imparcialidade dos procedementos de adxudicación (véxase a sentenza Aparcadoiro Brixen, citada no apartado 66 supra, apartado 49, e a xurisprudencia alí citada). Implica que todas as condicións e modalidades do procedemento de licitación estean formuladas de forma clara, precisa e inequívoca no anuncio de licitación ou no prego de condicións, co fin de que, por unha parte, todos os licitadores razoablemente informados e normalmente dilixentes poidan comprender o seu alcance exacto e interpretalos da mesma forma e, por outra parte, a entidade adxudicadora poida comprobar que efectivamente as ofertas presentadas polos licitadores responden aos criterios aplicables ao contrato de que se trata (sentenza Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111). Por último, os principios de igualdade de trato e de transparencia constitúen a base das Directivas referentes aos procedementos de adxudicación de contratos públicos. No deber que incumbe ás entidades adxudicadoras de garantir a observancia dos devanditos principios reside a propia esencia destas Directivas (véxase a sentenza Michaniki, citada no apartado 66 supra, apartado 45, e a xurisprudencia alí citada)».

De aí a necesidade de evitar que mediante fraccionamento —que “alteran” o nivel de publicidade— se eludan os principios de publicidade e concorrencia . E o mesmo cunha inadecuada tipificación da prestación, o que aconsella a extensión da aplicación dos códigos CPV .

A segunda que a contratación pública non pode ser considerada como un fin en si mesmo senón que debe ser visualizada como unha potestade ou ferramenta xurídica ao servizo dos poderes públicos para o cumprimento efectivo dos seus fins ou as súas políticas públicas. É dicir, a contratación pode —e debe, diría— ser unha técnica que permitise conseguir obxectivos sociais, ambientais ou de investigación, na convicción de que estes comportan unha axeitada comprensión de como se deben canalizar os fondos públicos .

Isto significa que como se apuntou en anteriores traballos, os contratos públicos non constitúen exclusivamente un medio de se abastecer de materias primas ou de servizos nas condicións máis vantaxosas para o Estado, senón que, na actualidade, a través da contratación pública, os poderes públicos realizan unha política de intervención na vida económica, social e política do país, o que converte á contratación pública nun ámbito de actividade a través do cal poder orientar determinados comportamentos dos axentes económicos intervinientes: os que queiran acceder aos contratos públicos deberán cumprir necesariamente coas esixencias que determinen as entidades adxudicadoras . Esta visión instrumental da contratación pública condúcenos, como ben indica T. MEDINA, a falar da utilización da contratación pública co fin de orientar e afianzar comportamentos empresariais beneficiosos para o interese xeral sen que, necesariamente, estean conectados coa directa satisfacción funcional do contrato .

A perspectiva instrumental da contratación pública aconsella a que na fase de selección se esixa e valore o cumprimento da lexislación comunitaria de medio e de política social , pois o contrario supón abandonar unha ferramenta de consolidación de políticas públicas de grande alcance e aboar o campo a unha posible deslocalización do tecido empresarial cara a lexislacións que non recollen as devanditas políticas xa que, obviamente, se traducen en custos económicos que resultarían dificilmente rendibles . Nesta liña débese recordar que criterios relacionados coa protección do medio (ecoetiquetas, produtos reciclables, sistemas de depuración de verteduras, etc.) son admitidos como válidos pola Comunicación da Comisión do 28 de novembro de 2001 . E iso porque gardan relación coa política ambiental

prevista no artigo 2 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea e o artigo 45 da nosa Constitución. Moi especialmente —dentro do marco que posibilitan os Acordos GATT— se debe regular un sistema que evite deslocalización empresarial e que non penalice ás empresas europeas nin ás PEME. Outro tanto acontece cos criterios que integren aspectos sociais, admitidos cando estes comporten para o poder adjudicador unha vantaxe económica ligada ao produto ou servizo obxecto do contrato (Comunicación interpretativa da Comisión do 10 de novembro de 2001) , o que reflicte a idea de que a contratación pública é unha ferramenta para a efectividade de políticas públicas .

Por outra parte, a contratación pública debe ser regulada dende a óptica de consecución efectiva e eficiente da prestación demandada. Isto esixe atender con especial interese a fase de execución do contrato, que debe ser comprendido dende esta perspectiva do fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica o cumprimento dos fins públicos que debe prestar a Administración Pública. Por iso, a normativa dos contratos debe ter unha “visión completa” de todas as fases do contrato (e as novas Directivas fixan agora a súa atención nesta cuestión, regulando a modificación do contrato, a subcontratación ou a resolución).

O anteriormente exposto explica porque a reforma da lexislación sobre contratación pública constitúe unha das doce accións prioritarias inscritas na Acta do Mercado Único, adoptada en abril de 2011 (IP/11/469) . En efecto, para todos os Estados membros, a eficacia do sistema público de pedidos pasou a ser unha prioridade, tendo en conta as limitacións presupostarias actuais. Así pois, é necesario dispor de instrumentos flexibles e de uso sinxelo que permitan aos poderes públicos e aos seus provedores adjudicar contratos transparentes e competitivos o máis doadamente posible, para poder comprar coa mellor relación calidade/prezo («value for money»).

Para iniciar o trámite da reforma a Comisión publicou en xaneiro de 2011 un *Libro Verde sobre a modernización da política de contratación pública da UE*, co que puxo en marcha unha ampla consulta pública sobre os cambios legislativos que se poderían introducir para facilitar e flexibilizar a adjudicación dos contratos. A consulta pública finalizou en abril de 2011, recibindo en total 623 respostas, procedentes dunha gran variedade de grupos de partes interesadas, como Gobernos, empresas, asociacións industriais, personalidades do mundo académico, organizacións da sociedade civil (incluídos os sindicatos) e cidadáns particulares .

Posteriormente, o Parlamento Europeo dita a Resolución do 25 de outubro de 2011, sobre a modernización da contratación pública (2011/2048 (INI)), mediante a que solicita á Comisión que:

a) aclare o marco regulamentario relativo á contratación pública, en particular con respecto á fase de execución dos contratos (por exemplo, en relación coas «modificacións substanciais» dun contrato durante o seu período de vixencia, os cambios relacionados co contratista e a terminación dos contratos);

b) Lamenta que os licitadores contén unicamente con posibilidades limitadas de rectificar omisións nas súas ofertas; pide por iso á Comisión que dea detalles sobre que omisións poderían rectificar os licitadores, que axustes adicionais están permitidos e como garantir a transparencia e a igualdade de trato;

c) Pide á Comisión que aumente a sensibilización sobre a importancia de dividir os contratos en lotes, e que considere a aplicación do principio «cumprir ou explicar», que implica que as normas relativas a cuestións como a división en lotes se deben respectar ou, en caso de que non se respecten, explicar;

d) Sinala que a loita contra a corrupción e o favoritismo é un dos obxectivos das Directivas; subliña o feito de que os Estados membros afrontan diferentes retos neste aspecto e que cun

enfoque europeo máis elaborado se corre o risco de debilitar os esforzos para racionalizar e simplificar as normas e de crear máis burocracia; sinala que os principios de transparencia e competencia son claves para loitar contra a corrupción; solicita un enfoque común sobre as medidas de «autocorrección» co fin de evitar a distorsión do mercado e asegurar certeza xurídica tanto aos operadores económicos coma ás autoridades contratantes.

Tras os traballos previos de consultas e redacción do articulado, o DOUE do 5 de abril de 2012 publicaba os proxectos de novas Directivas e iniciaba a súa tramitación:

— Proposta de Directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais COM (2011) 895 final.

— Proposta de directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á contratación pública [Bruxelas, 20.12.2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD)].

— Proposta de directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á adjudicación de contratos de concesión [Bruxelas, 20.12.2011, COM (2011) 897 final. 2011/0437 (COD)].

Tras o debate parlamentario adoptáronse uns novos textos con importantes novidades, establecendo un prazo de trasposición de dous anos. Son as Directivas, 23; 24 e 25 de 2014, do 26 de febreiro, respectivamente. Son as Directivas “de cuarta xeración”, que veñen a superar a lóxica “harmonizadora” das súas predecesoras e optan, como sinala G.A. BENACCHIO por prescindir do establecemento de regras excesivamente ríxidas e invasoras en favor da promoción dos obxectivos de simplificación e eficiencia.

Detallaremos brevemente os aspectos máis destacados da nova regulación, que obrigará a reformar a nosa lexislación contractual nese prazo (abril 2016).

II. CONTIDO DA NOVA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

A nova Directiva 2014/23, relativa á contratación pública, contén 94 artigos e, por primeira vez, ocúpase de aspectos da execución do contrato relacionados coa adjudicación como son as cuestións relativas á modificación e á resolución.

Aparecen artigos totalmente novos e outros se adaptan ou modifican. Son varias as novidades; cabe destacar o artigo 12 (encargos e convenios), o 24 (conflitos de intereses), o 29 (procedemento de licitación con negociación, xeneralizando esta forma de contratación), o 31 (asociacións para a innovación, outra nova fórmula para contratar), o 34 (os catálogos electrónicos como unha forma para presentar ofertas), o 46 (división do obxecto en lotes), o 57 (declaracións responsables para acreditar a solvencia) o 59 (documento europeo de contratación para acreditar as condicións de capacidade e solvencia), o 68 (o criterio de adjudicación de custo do ciclo de vida), o 72 (modificación dos contratos), o 73 (resolución dos contratos), os artigos 74, 75 e 76 (réxime de contratación particular para os servizos sociais que permite que os estados membros poidan ter en conta a necesidade de garantir a calidade, a continuidade do servizo), os artigos 83, 84 e 85 (sobre goberno e supervisión).

Os principais cambios que parecen derivar desta nova normativa pódense sintetizar nos seguintes aspectos, seguindo o deseño explicativo do propio texto da proposta normativa:

1) Depuración conceptual, simplificación e flexibilización dos procedementos de contratación.

A Directiva de contratos públicos pretende clarificar certos conceptos que formularon dúbidas interpretativas. En concreto pódense destacar as seguintes cuestións:

a) **Precísase o concepto de organismo de dereito público**, ao incorporar a doutrina do TXUE. Así, os requisitos que se conteñen agora e que permiten unha máis doada constatación son:

1. que se crease especificamente para satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil; para tal efecto, un organismo que opera en condicións comerciais normais, ten por obxecto obter un beneficio e soporta as perdas asociadas ao exercicio da súa actividade, non ten a finalidade de satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil. É dicir, que sen risco empresarial na xestión se cumprirá sempre este requisito (interpretación fixada pola STXUE do 16 de outubro de 2003, en relación á empresa pública española SIEPSA);

2. que estea dotado de personalidade xurídica propia. Resultando, indiferente, que sexa pública ou privada, como determinou o TXUE (Así exprésase de forma clara na STXUE do 15 de maio de 2003, na que se condena ao Reino de España).

3. que estea financiado maioritariamente polo Estado, as autoridades rexionais ou locais, ou outros organismos de Dereito público; ou cuxa xestión estea suxeita á supervisión dos devanditos organismos; ou que teña un órgano de administración, de dirección ou de supervisión, no que máis da metade dos membros sexan nomeados polo Estado, as autoridades rexionais ou locais, ou outros organismos de Dereito público.

Esta nova definición permitirá corrixir certos problemas interpretativos, aclarando os que se encontran sometidos a estas prescricións. Especial interese ten, como puxo de relevo M.A. BERNAL BLAY, que no art.º 10, precepto dedicado ás “exclusións específicas relativas aos contratos de servizos”, se considera un apartado (j) no antecitado precepto segundo o cal quedarían expresamente excluídos do ámbito de aplicación obxectivo da Directiva:

“os contratos de servizos para campañas electorais identificados no Regulamento CPV cos códigos 79341400-0, 92111230-3 e 92111240-6, cando fosen adxudicados por un partido político no marco dunha campaña electoral” (Tradución propia do orixinal: *Contracts for political campaign services, falling within CPV 79341400-0, 92111230-3 and 92111240-6, when awarded by a political party in the context of an election campaign*).

E é que, como ben argumenta, “unicamente partindo da consideración dos partidos políticos como “poderes adxudicadores” ten sentido formularse con posterioridade outras cuestións que evoca a excepción á aplicación da Directiva que se contempla no apartado j) do seu artigo 10, e que gardan relación co alcance desta. A este respecto debe indicarse que a exclusión se refire a “contratos celebrados no marco dunha campaña electoral”, do cal cabe inferir que, fóra dese contexto, a celebración dos contratos de servizos relacionados no devandito precepto (servizos de campañas de publicidade, así como a produción de películas de propaganda e a produción de videocintas de propaganda) non quedaría excluída da aplicación da Directiva. A excepción pode ter sentido debido a que o tempo que duran esas campañas electorais vén legalmente determinado, resultando incompatibles os prazos de campaña cos prazos mínimos que para a presentación de ofertas ou solicitudes de participación se contemplan, en función de cada procedemento,” . Sen dúbida un cambio de indubidable interese, máxime no actual contexto de falta de transparencia da xestión política que cuestiona a propia lexitimidade das institucións administrativas.

b) Insístese na **técnica da compra conxunta** ben mediante centrais de compras ou mediante a posibilidade de que varios entes contratantes sumen as súas necesidades e tramiten un único procedemento de licitación, o que a comportar evidentes economías de escala (artigos 37 a 39) . Neste último caso, a cooperación non esixe unha estrutura estable

nin esforzo económico. Esta solución formula como vantaxe a innecesaridade de crear unha nova estrutura profesional, utilizando os servizos existentes de cada corporación local. Ademais, non obriga á súa utilización de forma ordinaria senón só para os contratos que así se conveña polos Concellos interesados. Como inconveniente é que non pode figurar como poder adxudicador a entidade mancomunada .

c) Especial interese ten a **supresión da distinción tradicional entre os servizos denominados prioritarios e non prioritarios (servizos «A» e «B»)** que se contemplan no Anexo II da Directiva 2004/18. A xuízo da Comisión xa non está xustificado restrinxir a aplicación plena da lexislación sobre contratación a un grupo limitado de servizos . A avaliación do impacto e a eficacia da lexislación sobre contratación pública da UE puxo de manifesto que os servizos sociais, de saúde e de educación teñen características específicas que fan que a aplicación dos procedementos habituais para a adxudicación de contratos públicos de servizos resulte inadecuada neses casos. Estes servizos préstanse normalmente nun contexto específico que varía moito dun Estado membro a outro, debido á existencia de distintas circunstancias administrativas, organizativas e culturais. Os servizos teñen, por natureza, unha dimensión transfronteiriza moi limitada.

Polo tanto, os Estados membros deben dispoñer de amplas facultades discrecionais para organizar a elección dos provedores de servizos. A nova Directiva teno en conta e establece un réxime específico para os contratos públicos destinados a adquirir estes servizos, cun albor máis elevado, de 1 00000 euros, impoñendo unicamente o respecto dos principios fundamentais de transparencia e igualdade de trato . Ademais, nestes contratos os pregos de condicións das licitacións poderán conter regras dirixidas a garantir a calidade, a continuidade, a accesibilidade, a alcanzabilidade, a dispoñibilidade e a exhaustividade dos servizos, as necesidades específicas das distintas categorías de usuarios, incluídos os grupos desfavorecidos e vulnerables, a implicación e a “responsabilización” dos usuarios e a innovación . En todo caso, a elección do provedor de servizos deberá ter en conta a base da oferta que presente a mellor relación calidade-prezo, ponderando criterios de calidade e de sostibilidade no caso dos servizos sociais.

d) Por outra parte, e co fin de permitir a maior concorrencia de licitadores, a nova regulación propón unha revisión e clarificación dos **motivos para a exclusión de candidatos e licitadores** (artigo 57). Os poderes adxudicadores estarán facultados para excluír aos operadores económicos que mostrasen deficiencias significativas ou persistentes na execución de contratos anteriores. A nova directiva prevé así mesmo a posibilidade de «autocorrección»: os poderes adxudicadores poderán aceptar candidatos ou licitadores aínda que exista un motivo de exclusión, se estes tomaron as medidas apropiadas para corrixir as consecuencias dun comportamento ilícito e impedir de xeito efectivo que se repita a mala conduta. Prima agora o carácter funcional e non formalista en prol de permitir unha maior concorrencia entre operadores económicos que xustifican a súa solvencia e capacidade.

Así mesmo, conforme á Directiva, un poder adxudicador poderá excluír do procedemento a operadores económicos se detecta infraccións das obrigas establecidas pola lexislación da Unión en materia social, laboral ou ambiental ou das disposicións internacionais de Dereito laboral. Ademais, cando os poderes adxudicadores constaten que unha oferta é anormalmente baixa debido a infraccións da lexislación da Unión en materia social, laboral ou ambiental, estarán obrigados a rexeitala.

e) Na liña da simplificación **procedemental —denominada “caixa de ferramentas” —**, habilitanse dous tipos básicos de procedementos xa coñecidos: aberto e restrinxido pero

acurtáronse os prazos para a participación e a presentación de ofertas, o que permite unha contratación máis rápida e máis racional.

Ademais, poderán prever, suxeitos a determinadas condicións, o procedemento de licitación con negociación, o diálogo competitivo ou a asociación para a innovación, un novo tipo de procedemento para a contratación innovadora (artigo 26). O procedemento de licitación con negociación, regulado no artigo 29, está considerado no Acordo sobre Contratación Pública da Organización Mundial do Comercio (ACP), sempre que se contemple no anuncio de licitación. Pero esta opción, como ben advirte J.A. MORENO MOLINA, debe estar supeditada á condición de que se cumpran os principios de non discriminación e procedemento xusto. As posibles vantaxes dunha maior flexibilidade e unha posible simplificación débense contraponer co aumento dos riscos de favoritismo e, máis en xeral, de que a maior discrecionalidade de que gozarán os poderes adxudicadores no procedemento negociado dea lugar a decisións demasiado subxectivas. Por iso, sería recomendable residenciar a negociación nun órgano técnico de asistencia, non nun órgano político e deixar constancia do proceso de negociación, para o cal pode ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que existiren os termos en que se desenvolve a negociación. Os elementos que en ningún caso se poderán modificar no transcurso da negociación son a descrición da contratación, a parte das especificacións técnicas que defina os requisitos mínimos e os criterios de adxudicación. Por suposto, durante a negociación, os poderes adxudicadores velarán por que todos os licitadores reciban igual trato, polo que non poderán non facilitar, de forma discriminatoria, información que poida dar vantaxes a determinados licitadores con respecto a outros. E tampouco revelarán aos demais participantes na negociación as solucións propostas por un dos participantes, ou outros datos confidenciais que este lles comunique, sen o acordo previo deste.

Como ben advertiu a sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 5 de outubro de 2010 (C-337/1998) Comisión das Comunidades Europeas contra a República Francesa, establece que «as negociacións constitúen a característica esencial dun procedemento negociado de adxudicación de contrato[...]». É este, polo tanto, un procedemento complexo que obriga a negociar efectivamente. La negociación debe respectar a igualdade de trato e por iso as condicións da negociación e do contrato deben ser coñecidas e non susceptibles de modificación. En consecuencia, nas negociacións dun procedemento negociado non se poden variar as prescricións técnicas obrigatorias, tal e como acaba de afirmar o TXUE na súa sentenza de data 5 de decembro de 2013. Formúlase o caso unha licitación pública dun contrato co obxecto de «Concepción e construción do tramo de estrada Aruvalla-Kose da E263» que licitaba un Organismo público do Estado de Estonia mediante procedemento negociado con publicidade. Unha prescrición técnica obrigatoria era que o ancho da estrada a construír fose de seis metros e medio pero durante a fase de negociación atendendo que unha das empresas realiza a súa oferta ofrecendo que o ancho sexa de seis metros o órgano de contratación invita a todos os candidatos a que realicen nova oferta variando a prescrición técnica inicial. O TXUE declara nos considerandos 37 e 38 que:

“37. Así pois, se ben a entidade adxudicadora dispón dunha capacidade de negociación no marco dun procedemento negociado, ten en todo caso a obriga de garantir que se cumpren as esixencias do contrato que este cualificou de imperativas. De non ser así, incumpríriase o principio segundo o cal as entidades adxudicadoras obran con transparencia e non se cumpriría o obxectivo que se recorda no anterior apartado da presente sentenza.

38 Así mesmo, admitir nas negociacións unha oferta non conforme aos requisitos imperativos privaría de utilidade á fixación de requisitos imperativos no anuncio de licitación e non permitiría á entidade adxudicadora negociar cos licitadores sobre unha base común a todos eles formada polos devanditos requisitos, nin, en consecuencia darlles un trato igualitario.”

f) Interesa destacar o importante cambio normativo no relativo á **anormalidade ou desproporción das ofertas**. Pois ben a nova regulació que contén a Directiva vén a alterar a práctica habitual desta técnica cunha regulación que vai limitar o seu exercicio. A súa regulación encóntrase no artigo 69. Coa nova regulación (que elimina a previsión que se contiña no proxecto de limitar esta técnica, polo menos a cinco ofertas admitidas e que as diferenzas sexan dun vinte por cento coa segunda ou dun cincuenta global), poderase excluír, dende a lóxica da proporcionalidade, ás ofertas que resulten anormalmente baixas. E para constatar a adecuación determínanse no artigo 69.3 os seguintes criterios:

a) o aforro que permite o método de construción, o procedemento de fabricación dos produtos ou a prestación de servizos;

b) as solucións técnicas adoptadas ou as condicións excepcionalmente favorables de que dispón o licitador para executar as obras, subministrar os produtos ou prestar os servizos;

c) a orixinalidade das obras, as subministracións ou os servizos propostos polo licitador;

d) o cumprimento, polo menos de forma equivalente, da obrigas establecidas no artigo 18.2 (principios) e 71 (subcontratación) da Directiva;

e) a posible obtención dunha axuda estatal por parte do licitador.

Nótese a importancia dos fins sociais, que trata de evitar ofertas moi económicas a custa da deterioración de dereitos sociais. O poder adxudicador deberá verificar a información proporcionada consultando xustifiquen o baixo nivel dos prezos ou custos, tendo en conta os elementos xa citados. En consecuencia, os poderes adxudicadores rexeitarán a oferta cando comprobren que é anormalmente baixa porque non cumpre as obrigas establecidas pola lexislación da Unión en materia social, laboral ou ambiental ou polas disposicións internacionais de Dereito social e ambiental enumeradas no anexo XI.

Isto non significa liberdade do órgano de contratación para admitir sen máis unha oferta incurso en anormalidade, esixíndose un informe técnico detallado que, sobre o alegado polo licitador, poña de relevo que esta anormalidade da oferta non afectará á execución do contrato e que, nela, tampouco hai prácticas restritivas da competencia, prohibidas de forma expresa —loxicamente— pola normativa. En consecuencia, a decisión de aceptación non debe reproducir sen máis o informe do licitador interesado, e debe responder a parámetros de razoabilidade e racionalidade.

Mediante o procedemento de verificación contradictoria, tratarase de comprobar, polo órgano de contratación, a viabilidade e acerto da proposición nos termos en que foi presentada ao procedemento licitatorio. Consiste pois, na aclaración dos elementos en que o licitador fundamentou a súa oferta e na verificación de que, conforme á devandita aclaración, esta é viable, de forma que a execución da prestación que constitúe o obxecto do contrato queda garantida, no modo e xeito establecidos nos pregos de condicións.

Ademais, os poderes adxudicadores terán á súa disposición un conxunto de seis técnicas e ferramentas de contratación específicas concibidas para a contratación agregada e electrónica: acordos marco, sistemas dinámicos de adquisición, poxas electrónicas, catálogos electrónicos, centrais de compras e contratación conxunta. En comparación coa Directiva existente, estas ferramentas melloráronse e aclaráronse co fin de facilitar a contratación

electrónica, en tanto esta permite o aforro, e consecuentemente o beneficio, tanto para as Administracións como para as empresas.

A contratación pública a través de Internet ofrece, ademais dos beneficios financeiros, un acceso máis sinxelo aos mercados mundiais ao proporcionar máis visibilidade e uns procesos administrativos máis simples. Estes novos horizontes poden ser particularmente beneficiosos para as PEME, ao lles permitir buscar oportunidades fóra da súa contorna máis inmediata. No caso das administracións públicas, a licitación

electrónica pode posibilitar un proceso integrado, dende a preparación e notificación electrónica e publicación da licitación, ao pagamento final e peche do contrato.

Unha importante novidade, xunto aos procedementos xa coñecidos a nova Directiva ofrece un réxime de contratación simplificado que se aplica a todos os poderes adjudicadores cuxo ámbito está situado por debaixo do nivel da Administración central. Así, as autoridades locais e rexionais poderán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación. Se utilizan esta posibilidade, non teñen que publicar un anuncio de licitación á parte antes de poñer en marcha o procedemento de contratación. Así mesmo, poden fixar algúns límites temporais con maior flexibilidade logo de acordo cos participantes. Esta simplificación, no contexto dunha política de “better regulation”, debe favorecer a aplicación das regras da contratación pública, evitando trámites burocráticos innecesarios.

A Directiva, no seu artigo 59, prevé a obriga de aceptar as declaracións responsables dos licitadores como proba abondo para os efectos de selección (opción xa considerada no artigo 6 da lei de Aragón 3/2011 de medidas de Contratos do Sector Público). Confírmase así a tese de que son aplicables os principios da Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro, relativa aos servizos no mercado interior, porque a aparente exclusión non o é para as outras previsións do artigo 5 (simplificación administrativa). En nada se cuestiona as regras de capacidade do contratista con este modelo, pois os criterios de solvencia o son para poder contratar e non para poder licitar. Isto xustifica que exista agora un primeiro trámite de declaración responsable para posterior comprobación antes da adjudicación ao licitador seleccionado. En pleno século XXI e nun contexto de simplificación parece lóxico pospoñer a un trámite posterior máis sinxelo a comprobación documental, o que se traduce nun aforro de custos non só para a administración senón para os potenciais licitadores, facilitando que poidan presentar ofertas e funcións axeitadamente o principio de economías de escalas (advértase que as PEMEs non adoitan dispoñer de gran capacidade administrativa especializada, polo que resulta imprescindible reducir ao mínimo os requisitos administrativos). Por outra parte, os requisitos relativos ao volume de negocios, que con frecuencia son un enorme obstáculo para o acceso das PEME, limítanse explicitamente ao triplo do valor estimado do contrato, agás en casos debidamente xustificadas.

Loxicamente a Comisión mantén o obxectivo da implantación dos medios e procedementos electrónicos como ferramenta de simplificación e transparencia. Así, a nova normativa comunitaria pretende un sistema completamente electrónico, polo menos no referente á presentación telemática de ofertas ou solicitudes en todos os procedementos de contratación nun prazo de transición de dous anos. A Directiva 2014/23 establece a obriga de transmitir os anuncios en formato electrónico, poñer a documentación da contratación a disposición do público por medios electrónicos e adoptar unha comunicación totalmente electrónica, en particular polo que respecta á presentación electrónica de ofertas ou solicitudes, en todos os procedementos de contratación. Así mesmo, racionaliza e mellora os sistemas dinámicos de adquisición e os catálogos electrónicos, ferramentas de contratación completamente

electrónicas que se adaptan especialmente á contratación moi agregada que levan a cabo as centrais de compras.

2) Utilización estratéxica da contratación pública en resposta a novos desafíos.

O novo paquete lexislativo comunitario, como se explicou ao comezo deste traballo, baséase nunha formulación de capacitación consistente en proporcionar aos poderes adjudicadores os instrumentos necesarios para contribuír á realización dos obxectivos estratéxicos de Europa 2020 —o que acredita a vinculación de contratación pública a outras políticas sectoriais—, utilizando a súa capacidade de compra para adquirir bens e servizos que promovan a innovación, o respecto do medio e a loita contra o cambio climático mellorando ao mesmo tempo o emprego, a saúde pública e as condicións sociais.

a) En relación aos **criterios de adjudicación**, o artigo 67 da Directiva establece que os criterios de adjudicación dos contratos públicos se adjudicarán a ofertas economicamente máis vantaxosas. A oferta economicamente máis vantaxosa determinarase sobre a base do *prezo ou custo, utilizando unha formulación que atenda á relación custo-eficacia como o cálculo do custo do ciclo de vida conforme ao artigo 68, e poderá incluír a mellor relación calidade-prezo, que se avaliará en función de criterios que inclúan aspectos cualitativos, ambientais e/ou sociais vinculados ao obxecto do contrato público de que se trate. Os devanditos criterios poderán incluír, por exemplo:*

a) a calidade, incluído o valor técnico, as características estéticas e funcionais, a accesibilidade, o deseño para todos os usuarios, *as características sociais, ambientais e innovadoras, e a comercialización e as súas condicións;*

b) a organización, a cualificación e a experiencia do persoal encargado de executar o contrato, *en caso de que a calidade do persoal empregado poida afectar de xeito significativo á execución do contrato;*

c) o servizo postvenda e a asistencia técnica e *condicións de entrega tales como a data de entrega, o proceso de entrega e o prazo de entrega ou o prazo de execución;*

O factor custo tamén poderá adoptar a forma dun prezo ou custo fixo sobre a base do cal os operadores económicos compitan unicamente en función de criterios de calidade.

En definitiva, búscase un elemento de comparación de ofertas que favoreza ou posibilite a economía de escala co fin de conseguir unha óptima eficiencia de fondos públicos que poña en valor a relación calidade/prezo. O elemento común a todos os criterios de avaliación das ofertas é que se han de referir, tal como os que se citan expresamente, á natureza dos traballos que se van realizar ou a forma en que se farán. Debe, ademais, esixirse que a elección dos criterios estea presidida pola satisfacción do interese público que persegue todo contrato, de maneira que estes han de ser coherentes co obxecto, as características e a propia natureza do contrato. A previa concreción dos distintos criterios de adjudicación que serán obxecto de valoración é un requisito esencial pois como recordou STXUE do 24 de novembro de 2008, *Alexandroupulis*, unha entidade adjudicadora, na súa competencia de valoración de ofertas nun procedemento de licitación, non pode fixar a posteriori coeficientes de ponderación, nin aplicar regras de ponderación ou subcriterios relativos aos criterios de adjudicación establecidos no prego de condicións ou no anuncio de licitación, sen que se puxesen previamente en coñecemento dos licitadores. Convén insistir na necesidade de que os criterios que se fixen deben ser concordantes coa finalidade que se persegue co contrato sen que poidan incorrer en discriminación, respectando claro, os principios comunitarios.

E deberán, ademais, ser adecuados ás capacidades técnicas do poder adxudicador pois a ausencia desta converte ao criterio en ilegal, como advirte a STXUE do 4 de decembro de 2003 (*EVN e Wienstrom*), o que se xustifica no efectivo respecto ao principio básico de igualdade de trato de todos os licitadores.

En todo caso, como ben recorda a STXUE do 24 de xaneiro de 2008 (*Lianakis*) cuxa doutrina confirma a STXUE do 12 de novembro de 2009, Comisión República Helénica, non se poden confundir os criterios de aptitude cos de oferta economicamente máis vantaxosa:

“26 Despréndese da xurisprudencia que, se ben é certo que a Directiva 92/50 non exclúe, en teoría, que a verificación da aptitude dos licitadores e a adxudicación do contrato poidan ter lugar simultaneamente, non o é menos que ambas as dúas operacións son operacións distintas e que se rexen por normas diferentes (véxase, neste sentido, respecto dos contratos públicos de obras, a sentenza do 20 de setembro de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 15 e 16).

27 En efecto, a verificación da aptitude dos licitadores polas entidades adxudicadoras efectúase conforme aos criterios de capacidade económica, financeira e técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados nos artigos 31 e 32 da devandita Directiva (véxase, respecto dos contratos públicos de obras, a sentenza Beentjes, antes citada, apartado 17).

28 Pola contra, a adxudicación do contrato baséase nos criterios establecidos no artigo 36, apartado 1, da devandita Directiva, a saber, ou ben o prezo máis baixo ou ben a oferta economicamente máis vantaxosa (véxase, neste sentido, respecto dos contratos públicos de obras, a sentenza Beentjes, antes citada, apartado 18).

29 Se ben é certo que, neste último suposto, os criterios que as entidades adxudicadoras poden utilizar non se enumeran con carácter exhaustivo no artigo 36, apartado 1, da Directiva 92/50 e que, polo tanto, a devandita disposición deixa ás entidades adxudicadoras a elección dos criterios de adxudicación do contrato que vaian utilizar, non o é menos que tal elección só pode recaer sobre criterios dirixidos a identificar a oferta economicamente máis vantaxosa (véxanse, neste sentido, respecto dos contratos públicos de obras, a sentenza Beentjes, antes citada, apartado 19; de 18 de outubro de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 35 e 36, así como, respecto dos contratos públicos de servizos, as sentenzas do 17 de setembro de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartados 54 e 59, e do 19 de xuño de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 63 e 64).

30 Por conseguinte, exclúense como «criterios de adxudicación» aqueles criterios que non van dirixidos a identificar a oferta economicamente máis vantaxosa, senón que están vinculados, en esencia, á apreciación da aptitude dos licitadores para executar o contrato en cuestión”.

Isto significa que o que non se pode valorar na oferta economicamente máis vantaxosa é a experiencia do contratista pois ese aspecto, ao ser de aptitude non pode ser de adxudicación, tal e como veu a recordar a STXUE do 4 de xuño de 2003 (GAT). Así debe interpretarse a mención do apartado b) citada, que o que intenta é valorar a maior calidade por aptitudes

persoais en prestacións de contido “intelectual”, e que, polo tanto, non permite como tal a valoración da experiencia, que continúa sendo un criterio de solvencia.

Por outra parte, debe recordarse que estes criterios deben ser coñecidos con carácter previo e ser claros co fin de garantir o principio de igualdade de trato. A Sentenza do Tribunal Xeral do 16 de setembro de 2013, asunto T-402/06, contra Reino de España, declarou que:

“66 El principio de igualdade de trato entre licitadores, que non é máis que unha expresión específica do principio de igualdade de trato (véxase, neste sentido, a sentenza do Tribunal de Xustiza do 13 de outubro de 2005, Aparcadoiro Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 e 48, e a xurisprudencia alí citada; sentenza do Tribunal Xeral do 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, non publicada na Recopilación, apartado 72) e que pretende favorecer o desenvolvemento dunha competencia sa e efectiva entre as empresas que participan nunha licitación, impón que todos os licitadores dispoñan das mesmas oportunidades ao formular os termos das súas ofertas e implica, polo tanto, que estas estean sometidas ás mesmas condicións para todos os competidores (sentenza do Tribunal de Xustiza do 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). Deste modo, a entidade adxudicadora está obrigada a respectar, en cada fase do procedemento de licitación, o principio de igualdade de trato dos licitadores (sentenza do Tribunal Xeral do 17 de decembro de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), e estes deben encontrarse en igualdade de condicións tanto no momento en que preparan as súas ofertas coma no momento en que estas se someten á avaliación da entidade adxudicadora (véxanse, neste sentido, as sentenzas do Tribunal de Xustiza do 16 de decembro de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, e do 17 de febreiro de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, non publicada na Recopilación, apartado 39, e a xurisprudencia alí citada).

67 Por outra parte, o principio de igualdade de trato implica, en particular, unha obriga de transparencia para permitir á entidade adxudicadora garantir o seu respecto (véxanse as sentenzas Lombardini e Mantovani, citada no apartado 64 supra, apartado 38, e Comisión/Chipre, citada no apartado 66 supra, apartado 38, e a xurisprudencia alí citada). O principio de transparencia, que constitúe o corolario do principio de igualdade de trato, ten esencialmente por obxecto garantir que non exista risco de favoritismo e arbitrariedade por parte da entidade adxudicadora (sentenzas Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111) e controlar a imparcialidade dos procedementos de adxudicación (véxase a sentenza Aparcadoiro Brixen, citada no apartado 66 supra, apartado 49, e a xurisprudencia alí citada). Implica que todas as condicións e modalidades do procedemento de licitación estean formuladas de forma clara, precisa e inequívoca no anuncio de licitación ou no prego de condicións, co fin de que, por unha parte, todos os licitadores razoablemente informados e normalmente dilixentes poidan comprender o seu alcance exacto e interpretalos da mesma forma e, por outra parte, a entidade adxudicadora poida comprobar que efectivamente as ofertas presentadas polos licitadores responden aos criterios aplicables ao contrato de que se trata (sentenza Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111). Por último, os principios de igualdade de trato e de transparencia constitúen a base das Directivas referentes aos

procedementos de adjudicación de contratos públicos. No deber que incumbe ás entidades adjudicadoras de garantir a observancia dos devanditos principios reside a propia esencia destas Directivas (véxase a sentenza Michaniki, citada no apartado 66 supra, apartado 45, e a xurisprudencia alí citada). ”

Ademais, a nova Directiva, como principal novidade, ofrece aos poderes públicos a posibilidade de **xustificar as súas decisións de adjudicación, en tanto oferta economicamente máis vantaxosa, no custo do ciclo de vida** dos produtos, os servizos ou as obras que van comprar (artigo 68). O ciclo de vida abrangue todas as etapas da existencia dun produto, unha obra ou a prestación dun servizo, dende a adquisición de materias primas ou a xeración de recursos ata a eliminación, o desmantelamento ou a finalización. Os custos que se deben ter en conta non inclúen só os gastos monetarios directos, senón tamén os custos ambientais externos, se se poden cuantificar en termos monetarios e verificarse. Nos casos en que se elaborase un método común da Unión Europea para o cálculo dos custos do ciclo de vida, os poderes adjudicadores deben estar obrigados a utilizalo.

En consecuencia, os poderes adjudicadores poderán facer referencia a todos os factores directamente vinculados ao proceso de produción nas especificacións técnicas e nos criterios de adjudicación, sempre que se refiran a aspectos do proceso de produción que estean estreitamente relacionados coa produción de bens ou a prestación de servizos en cuestión. Isto exclúe os requisitos non relacionados co proceso de produción dos produtos, as obras ou os servizos aos que se refira a contratación, como os requisitos xerais de responsabilidade social corporativa que afectan a toda a actividade do contratista (en tanto son criterios de solvencia).

b) Igualmente, os poderes adjudicadores poderán esixir que as obras, as subministracións ou os servizos **leven etiquetas específicas que certifiquen** determinadas características ambientais, sociais ou doutro tipo, sempre que acepten tamén etiquetas equivalentes (artigo 43). Isto aplícase, por exemplo, ás etiquetas ecolóxicas europeas ou plurinacionais ou ás etiquetas que certifican que un produto se fabricou sen traballo infantil. Estes réximes de certificación deben referirse a características vinculadas ao obxecto do contrato e estar baseado en información científica, establecida nun procedemento aberto e transparente e accesible para todas as partes interesadas.

Con este sistema preténdese introducir un modelo de certificación sobre criterios de capacidade e coñecementos técnicos para demostrar a solvencia dos candidatos (xa admitido e fomentado pola Comunicación da Comisión sobre a lexislación comunitaria de contratos públicos e as posibilidades de integrar aspectos sociais nos devanditos contratos do 15 de outubro de 2001 — COM(2001) 566 final-), protección do medio (admitidos como válidos pola Comunicación da Comisión sobre contratación pública e cuestións ambientais de 28 de novembro de 2001 — COM (2001) 274 final-).

c) **A investigación e a innovación desempeñan un papel central** na Estratexia Europa 2020 para un crecemento intelixente, sostible e integrador. Os compradores públicos deben poder adquirir produtos e servizos innovadores que promovan o crecemento futuro e melloren a eficiencia e a calidade dos servizos públicos. Con este fin, a Directiva establece a asociación para a innovación, un novo procedemento especial para o desenvolvemento e a ulterior adquisición de produtos, obras e servizos novos e innovadores, que, non obstante, se deben subministrar dentro dos niveis de prestacións e de custos acordados. Ademais, a nova regulación mellora e simplifica o procedemento de diálogo competitivo e facilita a

contratación conxunta transfronteiriza, un instrumento importante para realizar adquisicións innovadoras.

Esta estratexia de compra pública e innovación artículase a través de dous tipos de medidas: mediante un incremento na demanda de produtos e servizos innovadores, e a través da chamada «contratación precomercial», entendida esta como pertencente á fase de investigación e desenvolvemento (I+D) previa á comercialización e que cobre actividades como a exploración de solucións que son propias das fases de deseño, creación de prototipo, produtos de proba e preproducción, deténdose antes da produción comercial e venda .

Unha característica propia da contratación precomercial é a repartición de riscos e beneficios segundo as condicións de mercado, xa que o comprador público non se reserva os resultados da I+D para o seu uso en exclusiva, senón que comparte coas empresas os riscos e os beneficios da I+D necesaria para desenvolver solucións innovadoras que superen as que hai dispoñibles no mercado. Neste caso, é dicir, cando a entidade do sector público efectúa a repartición de riscos e beneficios a prezos de mercado, os servizos de I+D poden prestarse sen se someter á normativa contractual en virtude dunha das exclusións recollidas nas Directivas da UE sobre contratación pública. Concretamente trátase do artigo 16.f) da Directiva 2004/18/CE polo cal “A presente Directiva non se aplicará a aqueles contratos públicos de servizos: (...) f) relativos a servizos de investigación e de desenvolvemento distintos daqueles cuxos beneficios pertencen exclusivamente ao poder adjudicador para a súa utilización no exercicio da súa propia actividade, sempre que o poder adjudicador remunere totalmente a prestación do servizo” e do artigo 24.e) da Directiva 2004/17/CE que sinala que “A presente Directiva non se aplicará aos contratos de servizos: [...] e) referentes aos servizos de investigación e de desenvolvemento distintos daqueles cuxos beneficios pertencen exclusivamente á entidade adjudicadora para a súa utilización no exercicio da súa propia actividade, sempre que a entidade adjudicadora remunere totalmente a prestación do servizo,” .

Este procedemento específico e novidoso debe permitir aos poderes adjudicadores establecer unha asociación para a innovación a longo prazo con vistas ao desenvolvemento e a ulterior adquisición de novos produtos, servizos ou obras innovadores (...) sen necesidade de recorrer a un procedemento de contratación independente para a adquisición . Aínda que ten certas semellanzas co procedemento negociado, a súa función permite afirmar que ten autonomía e significado propio. E de aí a súa distinción (o que esixe coñecer ben como aplicar o procedemento negociado).

Na asociación para a innovación, ao ser único o procedemento, o socio que presente a mellor oferta tecnolóxica será o adjudicatario da obra, subministración ou servizo. Na súa primeira fase (pre-comercial), a asociación equipárase a unha contratación pre-comercial de grao mínimo, posto que a tecnoloxía buscada ou xa existe —e pretende mellorarse— ou é factible desenvólvela con éxito en breve prazo. Pero na súa segunda etapa (comercial ou contractual) a natureza do contrato virá determinada polo tipo de produto final requirido polo órgano de contratación («subministracións, servizos ou obras resultantes»; artigo 31.2).

En canto ao procedemento, o órgano de contratación iniciará o procedemento mediante a publicación da convocatoria de licitación. É conveniente a consulta do mercado para obter información sobre a estrutura e a capacidade dun mercado, ao mesmo tempo que informa aos axentes do mercado sobre os proxectos e os requisitos de contratación dos compradores públicos. Non obstante, os contactos preliminares cos participantes do mercado non deben dar lugar a vantaxes desleais e falseamentos da competencia .

A Directiva resalta o deber de motivación que incumbe á autoridade contratante, e que afecta a tres elementos: a necesidade dos produtos innovadores; a elección do procedemento e a participación neste. Motivación que non pode ser sucinta e que se debe acomodar aos parámetros de razoabilidade e racionalidade (no fondo, a elección do procedemento xustifícase, cando da asociación para a innovación se trata, na necesidade da tecnoloxía e dos produtos innovadores).

Na documentación da contratación o poder adxudicador precisará, en primeiro lugar, *«a necesidade de produtos, servizos e obra innovadores que non poida ser satisfeita mediante a adquisición de produtos, servizos e obras xa dispoñibles no mercado»*. É dicir, fronte á compra ordinaria, onde se determina un concreto obxecto, neste procedemento prevese unha necesidade. Motivo polo que non existe un PTT clásico, senón un prego de prescricións funcionais.

Os operadores económicos disporán dun prazo non inferior a trinta días para presentar as súas solicitudes de participación, a contar dende a data de envío do anuncio de licitación.

Os criterios de selección son, ao igual que na Directiva 2004/18/ CE, a habilitación para exercer a actividade profesional, a solvencia económica e financeira e a capacidade técnica e profesional aínda que coa especialidade de que se debe valorar na admisión da experiencia da empresa e dos seus recursos humanos como criterio de solvencia técnica e profesional. Imponse ao órgano de contratación que priorice os criterios de selección relativos á capacidade dos candidatos no ámbito da investigación e o desenvolvemento, así como no que se refire ao desenvolvemento e a aplicación de solucións innovadoras. E prevese a posibilidade de reserva a favor de PEMES innovadoras, o que nos ofrece a visión estratéxica que debe ter este procedemento.

Tras a selección invítase a presentar oferta (só os seleccionados) e é posible determinar un número máximo de licitadores a invitar (mínimo de 3). Á hora de tramitar a adxudicación do contrato, a Directiva remítese ás normas do procedemento negociado. E deben ser decisivos os aspectos técnicos, o que esixe formular as especificacións técnicas de xeito funcional para non limitar indebidamente as solucións de innovación.

Por suposto, a confidencialidade, principio inherente a toda contratación pública, debe ser especialmente vixiada por canto hai que evitar políticas de competencia desleal ou uso indebido da información obtida no procedemento.

A adxudicación debe realizar a favor da oferta economicamente máis vantaxosa: rendibilidade e ciclo de vida aínda que unha característica moi especial —e quizais difícil de asumir polos xestores pouco iniciados— é que pode haber varios adxudicatarios do contrato, e estes poderán estar ocupados, en paralelo e de xeito competitivo, no desenvolvemento das solucións innovadoras. É por iso que, ao finalizar cada unha das fases de investigación, e tras avaliar os resultados alcanzados por cada un dos adxudicatarios, a entidade contratante poderá reducir o número de contratistas procedendo á extinción dos contratos individuais. Obviamente, o uso de tal potestade deberá terse considerado previamente na documentación do contrato, definindo ademais o procedemento para facela efectiva.

O valor e a duración dun contrato para a adquisición das subministracións, servizos ou obras resultantes deberán manterse dentro dos límites apropiados (sen as rixideces da compra ordinaria), tendo en conta a necesidade de recuperar os custos contraídos, en concreto os derivados do desenvolvemento dunha solución innovadora, e de conseguirse un beneficio razoable. Á súa vez, débese ter en conta que a nova regulación comunitaria previu, de forma lóxica ao fundamento e función deste procedemento, a necesidade de

regular o réxime aplicable aos dereitos de propiedade intelectual durante a execución e ao termo da asociación para a innovación. En prol do principio de igualdade dos licitadores, o órgano de contratación determinará o devandito réxime nos documentos preparatorios de licitación, de maneira que todos os candidatos teñan coñecemento deste no momento de realizar as súas ofertas. É este un elemento clave pois deste depende o éxito da asociación. E nun procedemento con riscos, como é este, a seguridade do modo de retribución é unha esixencia.

d) Nesta nova visión estratéxica é **obxectivo fundamental a mellora do acceso ao mercado para as PEME e as empresas incipientes**. Esta é unha das estratexias nas que vén insistindo dende hai un tempo a Comisión e que debe aconsellar redefinir o modelo normativo da contratación pública. Decisión que non é de proteccionismo, senón que pretende asegurar unha efectiva concorrència entre todos os operadores económicos dentro do marco normativo nacional-comunitario.

É elocuente o Considerando 78 da nova Directiva:

“Débese adaptar a contratación pública ás necesidades das pemes. É preciso alentar aos poderes adjudicadores a utilizar o código de mellores prácticas que se establece no documento de traballo dos servizos da Comisión titulado «Código europeo de boas prácticas para facilitar o acceso das pemes aos contratos públicos», que ofrece orientacións acerca de como aplicar o réxime de contratación pública de forma que se facilite a participación das pemes. Para tal efecto e para aumentar a competencia, animarase aos poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división poderíase realizar de xeito cuantitativo, facendo que a magnitude de cada contrato corresponda mellor á capacidade das pemes, ou de xeito cualitativo, de acordo cos diferentes gremios e especializacións implicados, para adaptar mellor o contido de cada contrato aos sectores especializados das pemes ou de acordo coas diferentes fases posteriores dos proxectos.

.....

Os Estados membros deben seguir gozando de liberdade para prolongar os seus esforzos tendentes a facilitar a participación das pemes no mercado da contratación pública, ampliando o alcance da obriga de considerar a conveniencia de dividir os contratos en lotes converténdolos en contratos máis pequenos, esixindo aos poderes adjudicadores que acheguen unha xustificación da decisión de non dividir os contratos en lotes ou facendo obrigatoria a división en lotes baixo certas condicións. A este mesmo respecto, os Estados membros deben gozar tamén da liberdade de facilitar mecanismos para efectuar pagamentos directos aos subcontratistas”.

Sen dúbida, a maior participación das PEMEs nas compras públicas xerará unha competencia máis intensa pola obtención de contratos públicos, o que ofrecerá ás entidades adjudicadoras unha mellor relación calidade-prezo nas súas adquisicións. Por outra parte, a maior competitividade e transparencia das prácticas de contratación pública permitirá ás PEMEs desenvolver o seu potencial de crecemento e innovación, co conseguinte efecto positivo sobre a economía. As posibilidades para facilitar o acceso das PEMEs aos contratos públicos pódense agrupar en torno a dúas grandes estratexias. A primeira é a reserva de contratos. E o principal expoñente desta estratexia é Estados Unidos onde o seu Small Business Act reserva o 25% dos contratos públicos federais ás PEMEs estadounidenses. Non obstante, no ámbito da UE non se formula a cuestión de fixar cotas a favor das PEMEs, posto que, dunha parte, se calcula que aproximadamente o 42% do volume global de contratos públicos (datos de 2005) se adjudica a empresas consideradas PEMEs, e doutra, considérase

que a adopción de medidas proteccionistas similares ás anteriores non contribuiría a alcanzar o obxectivo xeral que debe perseguir a Unión Europea consistente en abrir os mercados .

Convén recordar que no ámbito da UE, a Comisión Europea presentou o 25 de xuño de 2008 unha Comunicación ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións sobre «Pensar primeiro a pequena escala»: «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor das pequenas empresas . A «Small Business Act para Europa» aspira a mellorar o enfoque político global con respecto ao espírito empresarial, co fin de fixar irreversiblemente o principio de «pensar primeiro a pequena escala» na formulación de políticas, dende a elaboración de normas ata os servizos públicos, e promover o crecemento das PEME axudándoas a afrontar os problemas que seguen obstaculizando o seu desenvolvemento .

Como complemento do anterior, os Servizos da Comisión Europea presentaron tamén o 25 de xuño de 2008 un documento de traballo (orientativo, que amosa a opinión dos Servizos da Comisión, pero que non se pode considerar vinculante para a Institución) que podería ser o embrión dun CÓDIGO EUROPEO DE BOAS PRÁCTICAS para facilitar o acceso das PEME aos contratos públicos . O «Código de boas prácticas» preséntase coa intención de axudar ás autoridades públicas a desenvolver «estratexias», «programas» ou «plans de acción», co obxectivo específico de facilitar o acceso das PEME aos contratos públicos . O obxectivo xeral do «Código europeo de boas prácticas para facilitar o acceso das PEME aos contratos públicos» é permitir aos Estados membros e aos seus poderes adjudicadores aproveitar plenamente o potencial das Directivas sobre contratación pública, co fin de garantir condicións equitativas para todos os operadores económicos que desexen participar en licitacións públicas. Concorrenza que debe ser perfilada dende o cumprimento do marco normativo social, ambiental, etc. esixible ás empresas do contexto comunitario co obxectivo de non fomentar a deslocalización empresarial e poder comparar ofertas económicas dende o requisitos previo de empresas “equivalentes” no relativo ao cumprimento das políticas sectoriais articuladas polo distintos estados da Unión, o que non se debe entender como un proteccionismo senón como un instrumento de tratamento de igualdade entre as empresas (amparado, por demais no vixente Tratado GATT). E é que en modo ningún se pode xustificar que a propia recesión económica, nunha aplicación absoluta do principio do valor económico da oferta como elemento de decisión na compra pública, se traduza nun proceso de destrución do tecido produtivo empresarial español e europeo, en tanto con tal opción incrementaranse os efectos da crise creando unha fractura social de difícil recomposición . É momento de esixir a “calidade” empresarial como parámetro previo para a participación dun proceso de licitación pública, esixindo como requisito certos estándares sociais e ambientais (o que se traducirá nun axuste do mercado público a empresas “responsables” aínda que o prezo final que se obteña pola prestación sexa maior).

Os problemas que as PEME encontran para acceder aos contratos públicos encóntranse localizados, principalmente, no ámbito da capacidade/solvencia que se esixe para concorrer ás licitacións, o acceso á información sobre os contratos, as cargas administrativas e burocráticas que se deben superar na tramitación dos expedientes de contratación e os atrasos no cumprimento das súas obrigas (de pagamento, fundamentalmente) por parte das entidades adjudicadoras. Para superar estes problemas, as propias PEME chegaron a afirmar que o máis necesario para facilitar o acceso destas aos contratos públicos non é tanto a introdución de modificacións na normativa sobre contratación pública, senón máis ben un cambio na mentalidade dos poderes adjudicadores.

Ao fío de cada un dos problemas que se identificaron como obstáculos para o acceso das PEMEs aos contratos públicos se presentan a continuación unha serie de medidas a incorporar ao Código de contratos Públicos que poderían servir para superar os devanditos problemas. As medidas que se deberían adoptar, sucintamente, serían as seguintes:

1. As Directivas sobre contratación pública permiten que os contratos se adjudiquen por lotes separados (artigo 46). **A subdivisión das compras públicas en lotes** facilita, evidentemente, o acceso das PEMEs, tanto en termos cuantitativos (o tamaño dos lotes pode corresponderse mellor coa capacidade produtiva das PEMEs) como cualitativos (pode haber unha correspondencia máis estreita entre o contido dos lotes e o sector de especialización das PEMEs). Unha vez delimitados os lotes do contrato (sempre que se trate de prestacións susceptibles de utilización ou aproveitamento separado e constitúan unha unidade funcional, ou cando así o esixa a natureza do obxecto) procederá determinar, no Prego de cláusulas particulares as posibilidades de licitación. En función do tipo de prestacións, e do mercado de oferentes destas, poderase optar ben por non limitar as posibilidades de licitación, ou ben por repartir a adjudicación dos lotes entre os distintos oferentes, determinando a incompatibilidade para ser adjudicatario de varios dos lotes licitados.

Dunha parte, conceder a posibilidade de licitar por un número ilimitado de lotes presenta a vantaxe de non disuadir aos contratistas xerais de participar nin desincentivar o crecemento das empresas (é a opción de Austria ou Francia, por exemplo). Esta opción sería adecuada cando non hai un mercado de oferentes do produto moi extenso. Así e todo, presenta o inconveniente de que se pode dar o caso de que unha mesma empresa resulte adjudicataria dun número elevado de lotes e que non se encontre capacitada para executalos todos de forma simultánea.

Doutra parte, en ocasións (especialmente nos supostos nos que hai unha gran cantidade de oferentes da mesma prestación) os órganos de contratación poden estar interesados en “orientar” a licitación por lotes para fomentar que accedan ao contrato a maior cantidade posible deles. Para iso, o órgano de contratación pode establecer no Prego de cláusulas particulares regulador dun contrato cuxo obxecto fose dividido en lotes, que un licitador poida licitar a un ou uns lotes determinados, pero non a outros, ou que non pode licitar a todos os lotes en que se divide o obxecto do contrato. A subdivisión dos contratos en lotes, ademais de favorecer a participación de PEMEs, intensifica a competencia entre os licitadores, o que redundará en beneficio dos poderes adjudicadores, sempre que tal subdivisión sexa viable e resulte axeitada á luz das obras, subministracións e servizos de que se trate.

Unha variante da división en lotes é a licitación por artigos, e proporciona as mesmas vantaxes que a división en lotes do obxecto do contrato. Cando o que se pretende é a adquisición de artigos funcionalmente independentes pero cuxas características técnicas determinan unha innegable relación os uns cos outros (por exemplo, subministracións de oficina, mobiliario, etc.) pódese licitar cada categoría de artigos de xeito individual. Con iso non se produce un fraccionamento contractual senón un agrupamento de artigos en lotes que se tramitan nun único expediente.

2. Outra posibilidade (modelo irlandés) sería, de xeito simultáneo coa convocatoria, licitación e adjudicación de contratos de obras (especialmente nos casos de obras de nova planta, pero tamén nas de primeiro establecemento, reforma ou gran reparación), publicar, licitar e adjudicar os contratos correspondentes a algún dos ámbitos especializados (instalacións eléctricas, mecánicas, fontanaría, azulexados, etc.) a distintos operadores por separado. Nas condicións de execución (que se farían constar no Prego de cláusulas

particulares) de cada un destes contratos, así como nas do contrato principal, habería de sinalarse a obriga do adxudicatario destes contratos especializados de coordinarse co adxudicatario do contrato principal de obras, así como co resto de intervenientes. Para garantir a devandita coordinación, debería recorrerse á figura do responsable do contrato (máis ben do proxecto ou Project Manager), licitando o oportuno contrato cando a devandita persoa (física ou xurídica) non se encontre integrada na estrutura orgánica do Ente adxudicador. Idéntica solución pódese adoptar para a primeira licitación de servizos auxiliares ou complementarios da obra construída (por exemplo a limpeza, a seguridade ou o mantemento das instalacións construídas).

3. Débese fomentar a posibilidade de que as PEMEs se agrupen e aproveiten a súa capacidade económica, financeira e técnica conxunta. Os operadores económicos poden recorrer á capacidade económica, financeira e técnica doutras empresas, con independencia da natureza xurídica dos vínculos que teñan con elas, co fin de demostrar que satisfán o nivel de competencia ou capacidade esixido polo poder adxudicador (artigo 63). Non obstante, o operador económico debe demostrar que disporá dos recursos necesarios para a execución do contrato.

Os distintos poderes adxudicadores —á marxe da súa consideración como Administración Pública— están obrigados a aceptar esas formas de cooperación entre PEMEs. Co fin de favorecer a maior competencia posible, convén que os poderes adxudicadores poñan de manifesto esa posibilidade no anuncio de licitación. Admitida de forma xenérica na normativa a posibilidade de acreditar a solvencia propia mediante o recurso a medios alleos, conviría que os órganos de contratación orientasen o licitador sobre como se debe materializar a acreditación ante este a disposición efectiva deses medios externos. O artigo 63 da Directiva 2014/23 vén a aclarar a discrepancia sobre que tipo de solvencia se pode acreditar utilizando recursos alleos (existen criterios diverxentes en canto á posibilidade de acreditar a solvencia económica e financeira entre a XCCA do Estado —Informe 45/02, do 28 de febreiro de 2003— e a XCCA de Aragón —Informe 29/2008, do 10 de decembro-), establecendo a regra de que se poden integrar todo tipo de solvencia, incluída a económica, *“un operador económico poderá, cando proceda e en relación cun contrato determinado, recorrer ás capacidades doutras entidades, con independencia da natureza xurídica dos vínculos que teña con elas. En tal caso, deberá demostrar ao poder adxudicador que disporá dos recursos necesarios, por exemplo mediante a presentación do compromiso das devanditas entidades para tal efecto. En canto á súa solvencia económica e financeira, os poderes adxudicadores poderán esixir que o operador económico e as devanditas entidades sexan responsables solidarios da execución do contrato”*.

Polo demais, e dado que a implantación desas formas de cooperación entre PEMEs esixe tempo, os poderes adxudicadores deberían aproveitar a posibilidade de preparar o mercado para futuras contratacións, publicando anuncios de información previa que dean aos operadores económicos marxe de tempo abondo para preparar ofertas conxuntas. É evidente que todas estas disposicións e prácticas facilitan a constitución de agrupacións de PEMEs independentes.

4. Unha das ferramentas clave para incrementar o acceso das PEMEs aos contratos públicos é a extensión, na súa concreta aplicación, da figura dos acordos marco con varios operadores económicos e non exclusivamente cun único operador. A través deste procedemento “precontractual” os poderes adxudicadores contan coa posibilidade de celebrar un acordo marco con varios operadores económicos e de organizar posteriores «mini licitacións», abertas á participación das partes no acordo marco, a medida que se vaian facendo patentes

as necesidades de subministración do poder adxudicador. Fronte aos mecanismos habituais de licitación, nos que o poder adxudicador busca un proveedor que lle subministre todos os bens durante un período determinado —o que podería favorecer a empresas de maiores dimensións—, os acordos marco poden brindar ás PEMEs a posibilidade de competir por contratos que se achen en condicións de executar. Tal é o caso, en particular, dos acordos marco que abranguen un gran número de operadores económicos e están subdivididos en lotes, ou dos contratos baseados en tales acordos marco que se adxudican por lotes. Estas “mini licitacións” deberían apoiarse en medios electrónicos con prazos curtos e criterios moi regulados.

5. Hai que **mellorar o acceso á información por parte das PEMEs** a través das posibilidades que ofrece a contratación pública electrónica (e-procurement). Como xa se explicou neste traballo, sen efectiva información non hai transparencia nin concorrência e iso prexudica especialmente ás PEMEs. Aínda sendo medidas moi interesantes débese avanzar na implementación dos medios electrónicos na tramitación dos procedementos de contratos públicos. Obviamente a contratación pública electrónica favorece a competencia, xa que facilita o acceso á información pertinente sobre oportunidades de negocio. Pode, ademais, resultar especialmente vantaxosa para as PEMEs, xa que lles permite unha comunicación rápida e barata; así, por exemplo, pódese descargar o prego de condicións e calquera outra documentación complementaria, sen gasto ningún de copia e envío.

6. Na liña de simplificación de trámites e aforro de “custos” é necesario insistir na implementación da administración electrónica na tramitación dos contratos públicos. A intercomunicación por medios electrónicos debe garantir non só os extremos relativos ao contido íntegro dos actos senón tamén os que fan referencia á súa autoría, competencia do órgano e á súa data de emisión, o cal é especialmente relevante en relación con trámites como as certificacións de existencia de crédito ou os informes preceptivos dos órganos que teñen encomendada a fiscalización económica dos actos ou o asesoramento xurídico. Aquí se debe ter moi en conta o disposto pola Lei 11/2007 do 2 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos Servizos Públicos, que exige de presentar documentos que xa teñen as Administracións Públicas e que dá plena validez ao envío de documentos escaneados acompañados coa sinatura dixital do interesado. Un exemplo claro son os Rexistros Electrónicos de Licitadores —bóveda do sistema para a efectiva contratación Pública electrónica-, e cuxa implantación condiciona todo o modelo.

Directamente ligado ao obxectivo anterior, e dende a perspectiva da “xanela única” parece correcta e aconsellable a creación de Rexistro de licitadores de ámbito territorial autonómico, en tanto medida de simplificación e aforro de custos para os licitadores (e tamén poderes adxudicadores) ademais de dotar de máis axilidade aos procedementos. Rexistros que, loxicamente, os seus certificados deberán ter validez e eficacia obrigatoria para todas as Administracións Públicas. Recordemos que os certificados do actual Rexistro de Licitadores da Comunidade Autónoma só teñen validez para aquelas entidades que o recoñecesen previo o oportuno convenio. O rexistro tería que ter un formato electrónico e ser accesible por medios enteiramente telemáticos. Esta dotará de maior celeridade aos procedementos proporcionando unha mellor xestión destes.

3) A integridade como elemento fundamental na política de compras públicas

Veuse insistindo na idea de que o ordenamento xurídico que se pretenda efectivo e eficiente na aplicación das súas previsións necesita de mecanismos procedementais e procesuais que

permitan “reparar e corrixir” de forma eficaz as contravencións ao disposto . Pola contra asúmese un risco de corrupción e desconfianza nun sistema que, se ben formalmente pode ser correcto, na práctica devén como “xerador ou facilitador” de incumprimentos que se consolidan e favorecen a idea de que a xustiza non é igual para todos os cidadáns . Os intereses financeiros en xogo e a estreita interacción entre os sectores público e privado fan da contratación pública un ámbito exposto a prácticas comerciais deshonestas, como o conflito de intereses, o favoritismo e a corrupción. A nova normativa europea mellora as salvagardas existentes contra tales riscos e ofrece unha protección suplementaria.

Para avanzar na efectividade do principio de integridade, a nova regulación comunitaria artículase sobre os seguintes conceptos :

a) A Directiva 2014/23 contén no seu artigo 24 unha regulación específica **sobre os conflitos de intereses** (a desenvolver pormenorizadamente polos Estados), que se refire a situacións de conflito de intereses reais, potenciais ou percibidas, que afecten ao persoal do poder adjudicador ou dos prestadores de servizos contratados que interveñen no procedemento e a membros da dirección do poder adjudicador que poden influír no resultado dun procedemento de contratación pública aínda que non participen nel oficialmente. O concepto de conflito de intereses comprenderá polo menos calquera situación na que os membros do persoal do poder adjudicador, ou dun provedor de servizos de contratación que actúe en nome do poder adjudicador, que participen no desenvolvemento do procedemento de contratación ou poidan influír no resultado do devandito procedemento teñan, directa ou indirectamente, un interese financeiro, económico ou persoal que puidese parecer que compromete a súa imparcialidade e independencia no contexto do procedemento de contratación.

A percepción de obxectividade é un elemento necesario de cara á credibilidade do modelo, polo que, con carácter preventivo e didáctico se deben ter moi en conta os conflitos de interese . Por iso, a solución que se propón é que se poderá denegar da participación do membro do persoal en cuestión no procedemento de contratación afectado ou na reasignación das súas funcións e responsabilidades (abstención), pero se o conflito de intereses non se pode solucionar de xeito eficaz por outros medios, o candidato ou o licitador en cuestión será excluído do procedemento.

A Directiva eliminou a disposición específica contra comportamentos ilícitos dos candidatos e licitadores, como os intentos de influír indebidamente no proceso de toma de decisións ou de chegar a acordos con outros participantes para manipular o resultado do procedemento que se se contiña na versión inicial (artigo 22) .

b) Importante resulta preservar a confidencialidade das ofertas co fin de preservar os lexítimos intereses empresariais (artigo 21). Como recorda a STXUE do 14 de febreiro de 2008 (VAREC), o órgano que coñeza este recurso deberá garantir axeitadamente a confidencialidade das propostas dos licitadores e o segredo da devandita información. A xustificación é a seguinte:

“O obxectivo principal das normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende a apertura á competencia non falseada en todos os Estados membros (véxase, neste sentido, a sentenza do 11 de xaneiro de 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44).

Para alcanzar o devandito obxectivo, é necesario que as entidades adjudicadoras non divulguen información relativa a procedementos de adjudicación de contratos públicos

cujo contido poida ser utilizado para falsear a competencia, xa sexa nun procedemento de adxudicación en curso ou en procedementos de adxudicación posteriores.

Ademais, tanto pola súa natureza coma conforme ao sistema da normativa comunitaria na materia, os procedementos de adxudicación de contratos públicos baséanse nunha relación de confianza entre as entidades adxudicadoras e os operadores económicos que participan neles. Estes han de poder comunicar a tales entidades adxudicadoras calquera información útil no marco do procedemento de adxudicación, sen medo a que estas comuniquen a terceiros datos cuxa divulgación poida prexudicar aos devanditos operadores.

Polas devanditas razóns, o artigo 15, apartado 2, da Directiva 93/36 establece que as entidades adxudicadoras teñen a obriga de respectar o carácter confidencial de todas as informacións proporcionadas polos provedores”.

e) Por motivos evidentes, **o sistema de control da contratación continúa sendo o principal eixe sobre o que pivota a normativa comunitaria para preservar a integridade.** De aí a importancia das Directivas “recursos”, que teñen unha vocación de mellora na xestión da contratación pública — máis alá de instrumento para a tutela dos licitadores — como se reflicte claramente no Considerando 21 de Directiva de 2007/66, de reforma das Directivas 89/665 e 92/13, ao afirmar que: “A presente Directiva respecta os dereitos fundamentais e observa os principios recoñecidos, en particular, na Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea. En concreto, a presente Directiva ten por obxecto garantir o pleno respecto do dereito á tutela xurídica efectiva e a un xuíz imparcial, de conformidade co artigo 47, parágrafos primeiro e segundo da Carta,” .

Isto significa que o sistema de recursos, ademais da mellora da eficacia dos recursos nacionais, en particular os referentes aos contratos públicos celebrados ilegalmente, se inscribe igualmente no marco da política xeral da Unión Europea contra a corrupción atendendo ao parámetro de respecto ao dereito fundamental da Unión Europea a unha boa administración. En consecuencia, o sistema de recursos en materia de contratación pública esixe unha interpretación compatible con estes dereitos (incorporados xa ao ordenamento español en virtude da Lei Orgánica 1/2008, do 31 de xullo), atendendo ás pautas interpretativas determinadas polos tribunais, da Unión ou nacionais.

Cobra así especial importancia o sistema de recursos, como instrumento de integridade e mellora na xestión, o que obriga a que existan órganos de control independentes e especializados que resolvan as cuestións que se susciten nos prazos previstos, de forma motivada para poder corrixir as irregularidades detectadas e evitar que se volvan producir en futuras licitacións. Por iso, aínda sen ser unha acción pública, a lexitimación debe ser ampla, para favorecer a propia función de depuración que se encomenda ao sistema de recursos, e impulsar unha doutrina clara que preserve os principios de seguridade xurídica e predicibilidade, de especial impacto nun sector tan sensible como o dos contratos públicos.

Do sistema deseñado infírese que os poderes adxudicadores estarán obrigados a cancelar unha adxudicación declarada ilegal polo órgano de control (STXUE do 4 de decembro de 2003, EVN AG), sen que sexa admisible a regra xeral de que un contrato nulo continúe a súa execución (STXUE do 3 de abril de 2008, Comisión/Reino de España). E así debe interpretarse o réxime do recurso especial contido no TRLCSP, co fin de garantir o seu efecto útil. É dicir, dentro do prazo de recurso especial, o incumprimento do prazo suspensivo da formalización

non pode derivar nunha cuestión de nulidade. Así, a estimación do recurso especial dará lugar á anulación da adxudicación e “arrastrase a esa invalidez sobrevida” loxicamente, ao contrato indebidamente formalizado. Polo tanto, a formalización do contrato sen esperar a resolución do recurso supón directamente incorrer nunha nulidade absoluta de pleno dereito. Con iso non só se impide alcanzar o efecto útil do recurso preconizado polas Directivas comunitarias, senón que tamén se afecta gravemente á perfección do contrato e aos aspectos financeiros que lle son propios, pois nos contratos chamados de pasivo (obras públicas, subministracións e servizos, entre outros) a disposición do compromiso do gasto prodúcese non coa adxudicación do contrato senón coa súa formalización polo cal se esta se fai irregularmente os pagamentos ao contratista serían nulos e outro tanto acontecería cos contratos de activo como son os contratos de xestión de servizos públicos que converterían as tarifas dos usuarios e os canons concesionais percibidos polas Administracións públicas como manifestamente ilegais.

d) Ademais, e como consubstancial á idea de profesionalización, é fundamental que a actividade dos xestores públicos se ataña a un código ético estrito que evite o conflito de intereses e que se lles dote de ferramentas para detectar as prácticas colusorias e deseñar estratexias que as impidan. A profesionalización é, en suma, un dos factores clave para promover a integridade.

e) Convén destacar a previsión inicial de regular un **novo goberno** —aínda que moi limitado no texto definitivo tras as críticas das autoridades nacionais— que obrigaría a que os Estados membros designasen a unha única autoridade nacional, de natureza independente, con funcións de supervisión e control da contratación pública no que se pretende sexa un novo goberno da contratación pública. Só un organismo único en cada Estado, para proporcionar unha visión de conxunto das principais dificultades de aplicación, con competencia expresa para propoñer solucións axeitadas para os problemas de carácter máis estrutural. Entidade que asumiría, ademais, unha competencia de vixilancia para os contratos dun valor relativamente elevado: 1 000 000 de euros para as subministracións e os servizos, e de 10 000 000 de euros para o resto. A tal fin, os poderes adxudicadores terán a obriga de transmitir o texto dos contratos celebrados referidos de forma que este organismo os poderá examinar e valorar se existen prácticas incorrectas —ademais de permitir aos interesados acceder a estes documentos, sempre que non resulten prexudicados intereses públicos ou privados lexítimos— o que debe contribuír a reforzar a idea de integridade para previr supostos de corrupción e/ou clientelismo, que, á vez que erosionan a idea de obxectividade das Administracións públicas —que pode conducir a cuestionar a súa propia lexitimidade democrática— levan consigo claras e evidentes ineficiencias dos fondos públicos.

Este organismo de supervisión, en tanto poida contar con medios e preparación abondo, é un instrumento fundamental no cambio dos paradigmas da xestión dos contratos públicos en tanto sexa capaz de proporcionar información real e inmediata sobre o funcionamento da política e os posibles defectos da lexislación e as prácticas nacionais, postulando con rapidez as solucións máis axeitadas.

4) Regulación da execución de contratos: as modificacións do obxecto

Unha importante novidade na Directiva sobre contratación pública é que, xunto a outras cuestións propias dos efectos dos contratos (incluídas no Capítulo IV denominado execución do contrato), se regula como elemento das regras de adxudicación do contrato as incidencias da execución do mesmo que obrigan a unha modificación deste. Regula así os supostos en

que se poderá dar por válida unha modificación sen que sexa necesaria unha nova licitación. E abre a posibilidade ao control desta potestade mediante os instrumentos das Directivas “recursos” .

A nova regulación encontra o seu fundamento na coñecida Sentenza do 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta) , na que o Tribunal aborda a cuestión ao analizar a obriga dos poderes adjudicadores de cumprir cos documentos do contrato:

“O principio de igualdade de trato entre os licitadores (...) impón que todos os licitadores dispoñan das mesmas oportunidades ao formular os termos das súas ofertas e implica, polo tanto, que estas estean sometidas ás mesmas condicións para todos os competidores.”

O que se pretende coa doutrina desta sentenza, en palabras do propio Tribunal é que:

“todas as condicións e modalidades do procedemento de licitación estean formuladas de maneira clara, precisa e inequívoca no anuncio de licitación ou no prego de condicións, co fin de que, por unha parte, todos os licitadores razoablemente informados e normalmente dilixentes poidan comprender o seu alcance exacto e interpretalos da mesma forma e, por outra parte, a entidade adjudicadora poida comprobar efectivamente que as ofertas presentadas polos licitadores responden aos criterios aplicables ao contrato de que se trata”.

A nova normativa, quizais dun xeito confuso, intenta fixar os límites e regras que poden amparar un modificado nun contrato público. A nova regulación supón certa innovación sobre a doutrina do TXUE na materia, o que esixe certa precaución na súa concreta interpretación, limitada polo respecto aos principios de toda contratación pública e, en especial, o de igualdade de trato.

A regra xeral é que se prohíbe calquera modificación que supoña a alteración do contido substancial (non se utiliza a palabra esencial) do contrato, en cuxo caso será necesaria unha nova licitación (artigo 72). Con intención de achegar seguridade xurídica, indícase, no apartado 4, en que casos se considera que existe unha modificación substancial —o que obrigaría a unha nova licitación— cando:

a) a modificación introduza condicións que, de ter figurado no procedemento de contratación inicial, terían permitido a selección de candidatos distintos dos seleccionados inicialmente ou a adjudicación do contrato a outro licitador;

b) a modificación altere o equilibrio económico do contrato en beneficio do contratista;

c) a modificación amplíe de forma considerable o ámbito do contrato para abranguer subministracións, servizos ou obras non previstos inicialmente.

d) a substitución do socio contratista (salvo os casos de sucesión total ou parcial por reestruturación empresarial en tanto se respecten os principios da licitación).

En consecuencia, as modificacións dun contrato serán posibles se non afectan ao contido esencial. E a Directiva prevé varios supostos:

a) cando sexan previstas na documentación da contratación, en opcións ou cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. Nas devanditas cláusulas indicárase o alcance e a natureza das posibles modificacións ou opcións, así como as condicións en que se poderán aplicar. É dicir, habilítase a regra de que os modificados convencionais poderán alterar este, co límite de que non se altere a natureza global do contrato (o que se debe entender como

límite a cambios de obxecto ou dun importe desproporcionado). A recognoscibilidade da prestación de orixe ha de ser, sen dúbida, un parámetro interpretativo de referencia.

b) Que non sexa factible a opción de cambiar de contratista por existencia de razóns económicas ou técnicas vinculadas ao procedemento inicial ou xere inconvenientes ou custos excesivos. En todo caso, co límite do cincuenta por cento do valor inicial do contrato.

c) Cando coa debida dilixencia non se puideron prever as novas condicións e non se altera a natureza global do contrato.

d) Casos de sucesión ou cesión de contratistas.

e) Modificacións non substanciais

Ata aquí pódese afirmar que o deseño normativo non resulta coherente coa doutrina do TXUE (que, en principio, seguirá sendo o principal parámetro interpretativo). Parece recoñecerse, *ex lege*, os supostos de modificación por imprevisibilidade ata o cincuenta por cento do contrato e sempre que non se afecte ao contido esencial. Ábrese un perigoso portelo que ha de xerar dúbidas interpretativas, o que pode ser contrario ao necesario principio de seguridade xurídica e que esixe un labor interpretativo conforme aos principios da contratación pública, co fin de evitar que sirva de subterfuxio a prácticas clientelares ou mal deseño do contrato. O mesmo cando —concepto xurídico indeterminado— existan motivos económicos, técnicos ou de inconveniencia.

Obviamente, a imprevisión débese referir a imprevisibilidade en sentido estrito e non á mera imprevisión aínda por falta de dilixencia, en tanto, como ben recorda a referida STXUE do 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* “un poder adxudicador dilixente que desempeñe normalmente a súa actividade debería ter previsto aterse ás condicións para a súa adxudicación” (apdos. 116-118)-. Así, as novas necesidades, en tanto non obedecen ao criterio de imprevisibilidade, deberán ser obxecto de licitación independente dado que afectarán ao contido esencial (natureza global) do contrato. Non en van, a xa citada STXUE do 23 de xaneiro de 2013, de condena ao Reino de España, sobre proxectos relativos á execución de determinadas liñas ferroviarias de alta velocidade en España —AVE-, critica que a lexislación española permitise a modificación por necesidades novas xa que tal concepto non forma parte da noción de imprevisibilidade: *“o uso dun criterio relativo á apreciación da existencia de necesidades novas permitiría á entidade adxudicadora modificar ao seu arbitrio, durante a fase de execución do contrato, as propias condicións da licitación.”*

Case idéntico réxime se contén na Directiva de Concesións que regula en única disposición e para calquera modalidade de concesión —artigo 43— o concepto de modificación, requisitos de procedencia así como os límites de aplicación. Por iso, a regulación suscita estas críticas xa apuntadas que, neste marco de concesións, aínda son máis sensibles. A interpretación deberá cohonestar os principios e intereses en xogo, evitando unha alteración indebida das regras de competencia.

Interesa destacar que a Directiva sobre contratación pública establece a obriga de publicar as modificacións contractuais, en tanto elemento de control, co fin de garantir o axeitado cumprimento e tramitación do previsto a tal efecto no prego (artigo 72.1, último inciso). Esta obriga obrigará a reformular a actual situación en España en virtude da interpretación que se está a dar á redacción do artigo 40 TRLCSP, que exclúe da posibilidade de recurso especial aos actos de modificación:

«Non obstante, non serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación os actos dos órganos de contratación ditados en relación coas modificacións contractuais non previstas no prego que, de conformidade co disposto nos artigos 105 a 107, sexa

preciso realizar unha vez adxudicados os contratos tanto se acordan como se non a resolución e a celebración de nova licitación».

A interpretación non é uniforme, tanto polas dúbidas que suxire a súa redacción coma pola propia negación a este recurso de fundamento comunitario. Así, o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón xa se pronunciou ao sinalar na súa guía de procedemento para a tramitación do recurso especial en materia de contratación que «...Son impugnables... os actos de trámite sempre que decidan directa ou indirectamente sobre a adxudicación, determinen a imposibilidade de continuar o procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos... En particular, a título de exemplo, as decisións ou adxudicacións adoptadas sen procedemento formal —por exemplo, os encargos de execución a medios propios ou *os modificados que non cumpren os requisitos legais...*» . Ademais, a recente modificación da normativa autonómica aragonesa sobre contratos públicos (Lei 3/2011, de medidas en materia de contratos do sector público de Aragón, modificada polo artigo 33 da Lei 3/2012, do 8 de marzo, de Medidas Fiscais e Administrativas da Comunidade Autónoma de Aragón), introduciu unha nova disposición (artículo 12.bis) que, tras sinalar a obriga de publicitar os acordos de modificación dos contratos, sinala expresamente a posibilidade de interpoñer recurso contra tal acordo de modificación:

«...Artículo 12 bis. Publicidade dos modificados.

1. O acordo do órgano de contratación de modificar un contrato publicarase, en todo caso, no Boletín Oficial e perfil en que se publicou a adxudicación, figurando as circunstancias que o xustifican, o seu alcance e o importe deste, co fin de garantir o uso axeitado desta potestade.

2. Igualmente, esta decisión se notificará aos licitadores que foron admitidos, incluíndo, ademais, a información necesaria que permita ao licitador interpoñer, se é o caso, recurso suficientemente fundado contra a decisión de modificación de non se axustar aos requirimentos legais...»

A finalidade do referido artigo 12 bis é xerar a transparencia axeitada sobre as causas e consecuencias dos modificados contractuais, así como posibilitar —no seu caso-, unha eventual impugnación polos que estivesen lexitimados, se se acreditase que se incumpriron os límites legais a tal potestade de modificación, xerando un acto novo de adxudicación ilegal. Para iso estarán especialmente lexitimados os licitadores non seleccionados.

Esta opinión, favorable á recorribilidade dos acordos de modificación dos contratos públicos non é, con todo, unánime. O Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade de Madrid pronunciouse sobre a cuestión en sentido contrario, ata en dúas ocasións, no mes de xuño de 2011. Na súa Resolución 17/2011, do 8 de xuño, o Tribunal Madrileño conclúe que «de acordo coa regulación do artigo 310 da LCSP, interpretada á luz da Directiva 2007/66/CE, en relación aos contratos suxeitos ao Dereito comunitario, os actos do procedemento de licitación son susceptibles do recurso especial en materia de contratación, mentres que cando se trata de actos de execución do contrato (modificación, resolución, desentendemento posterior ou calquera outro) cabe o réxime de recursos da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común, e na Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso Administrativa». A mesma opinión confirmaría máis tarde, na súa

Resolución núm. 30/2011, do 29 de xuño, na que se inadmite un recurso especial formulado contra a adxudicación dun contrato de xestión de servizos públicos cuxo presuposto de gastos de establecemento é inferior a 500.000 euros, pero cuxa adxudicación se propón a unha empresa que considera un investimento superior á devandita cifra. O Tribunal razoa que «non cabe interpretar que como consecuencia da adxudicación, unha vez superado o albor, a partir dese momento cabe o citado recurso e polo tanto agora sería competente este Tribunal cando non o foi para controlar os actos anteriores. O maior importe derivado da mellor oferta do adxudicatario afectará a unha fase posterior, que é a de execución do contrato, que non está suxeita ao control dos órganos competentes para a resolución do recurso especial en materia de contratación,».

Pero esta discusión sobre a exclusión dos «modificados» do ámbito obxectivo do recurso especial, coa nova regulación que se propón na Directiva, queda agora superada. Fronte á argumentación de aumento de carga burocrática e dificultades á xestión, óptase por un control efectivo de todo o ciclo integral do contrato, nunha nova dimensión do que se entende polo dereito a unha boa administración. Non en van unha modificación ilegal é unha «nova adxudicación» (STXUE do 19 xuño 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GMBH*, Cfr. apdo 34), e polo tanto, esa «nova adxudicación» forma parte do obxecto de recurso especial. E é que, na práctica, foi nesta fase onde proliferaron os problemas de corrupción e redes clientelares, poñendo en dúbida o principio de integridade. O concepto amplo de decisión imponse, optando, novamente, por criterios funcionais relacionados coa causa do contrato

Polo demais, se como graficamente indicaba J. COLÁS TENAS a «era do reformado» terminara, non ten sentido excluír do ámbito do recurso especial en materia de contratación o control sobre o cumprimento dos novos requisitos establecidos.

5) Os sistemas de cooperación vertical e horizontal

A nova Directiva, atendendo ás declaracións do Parlamento europeo, intenta aclarar as distintas fórmulas de cooperación, tanto vertical (utilización de medios propios) coma horizontal.

a) A Directiva 2014/23, en relación á **técnica auto-organizativa de *in house providing***, vén a positivizar a doutrina do Tribunal de Xustiza, recollendo no apartado 1 do artigo 12 (relacións entre poderes públicos) os requisitos *Teckal*. Esta técnica auto-organizativa xustifica a non aplicación da normativa contractual ao existir unha relación xurídico-administrativa:

«1. Un contrato adxudicado por un poder adxudicador a outra persoa xurídica quedará excluído do ámbito de aplicación da presente Directiva se se cumpren todas e cada unha das condicións seguintes:

a). que o poder adxudicador exerza sobre a persoa xurídica de que se trate un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos;

b). que polo menos o 80% das actividades desa persoa xurídica se leven a cabo para o poder adxudicador que a controla ou para outras persoas xurídicas controladas polo mesmo poder adxudicador;

c). que non exista participación privada na persoa xurídica controlada...»

Obviamente, estes requisitos deben ser obxecto dunha interpretación estrita, e a carga da proba de que existen realmente as circunstancias excepcionais que xustifican a excepción incumbe a quen pretenda beneficiarse dela . E, débese ter en conta o límite de non afectar ao principio de libre competencia .

Control análogo que existirá non en función da porcentaxe de participación no capital social, senón o feito de que o ente instrumental careza efectivamente de autonomía dende o punto de vista decisorio respecto do ente que realiza o encargo, non existindo nestes casos verdadeira autonomía contractual .

Iso explica que varias entidades poden dispoñer de control análogo sobre un mesmo ente propio como declarou o TXUE na súa Sentenza do 13 de novembro de 2008, *Coditel*, (apdos. 50, 52 e 54) afirmando que o esencial é que o control exercido sobre a entidade sexa efectivo, non sendo indispensable que o control sexa individual (apdo. 46). En todo caso, a consecuencia do control análogo é a da obrigatoriedade de aceptalo e executalo polo ente que o recibe, e non o contrario, como ben pon de relevo BERNAL BLAY (en correcta interpretación da doutrina Cabotermo) . Control análogo que é de carácter funcional e non formal —non abonda coa mera declaración legal— que obriga a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre os obxectivos estratéxicos coma sobre as decisións importantes da Sociedade ao que se refería a Sentenza TXUE de 13 outubro de 2005 (*Aparcadoiro Brixen*). Así acaba de corroboralo a STXUE do 10 de setembro de 2009 ao indicar que:

“Sen prexuízo da comprobación polo órgano xurisdiccional remitente da efectividade das disposicións estatutarias de que se trata, cabe considerar que o control exercido polas entidades accionistas sobre a referida sociedade é análogo ao que exercen sobre os seus propios servizos en circunstancias como as do litixio principal, cando:

— a actividade da devandita sociedade se limita ao territorio das mencionadas entidades e se realiza esencialmente en beneficio destas, e

— a través dos órganos estatutarios integrados por representantes das mencionadas entidades, estas exercen unha influencia determinante tanto sobre os obxectivos estratéxicos coma sobre as decisións importantes da devandita sociedade”.

Do descrito constátase que unha das cuestións máis controvertidas é determinar, pois, cando, á marxe da participación no conxunto de accionistas, hai control análogo xa que «...o esencial é que o control exercido sobre a entidade sexa efectivo...» .. É dicir, como pode ser válido un control conxunto en supostos de cooperación vertical.

Sobre este asunto resulta de interese a recente STXUE do 29 de novembro de 2012 (asuntos acumulados C-182/11 e C-183/11, *Econord Spa*), que mantén a mesma liña que as dúas precedentes (Sentenzas do 10 de setembro, *Sea Srl* e 13 de novembro de 2008, *Coditel*). Esta doutrina admite, cos requisitos que se expoñerán, a posibilidade dun control análogo colectivo sobre un medio propio sempre que haxa unha participación tanto no capital coma nos órganos de dirección . A cuestión, que non analiza o Tribunal de Xustiza, é se o dereito a ser consultado, a nomear un dos auditores de contas e a designar un membro do Consello de administración de común acordo con outras entidades que participan permite afirmar que un accionista minoritario (cunha soa acción) ostenta un control sobre unha entidade, análogo ao que se dispón sobre os propios servizos. O Tribunal de Xustiza, conclúe que «...cando varias

administracións públicas, na súa condición de entidades adxudicadoras, crean en común unha entidade encargada de realizar a misión de servizo público que incumbe a aquelas ou cando unha administración pública se adhire á mencionada entidade, o requisito sentado pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza —segundo o cal, para que tales administracións públicas queden dispensadas da obriga de tramitar un procedemento de adxudicación de contratos públicos de conformidade coas normas do Dereito da Unión, han de exercer conxuntamente sobre a devandita entidade un control análogo ao que exercen sobre os seus propios servizos— considerárase cumprido cando cada unha das administracións públicas participe tanto no capital coma nos órganos de dirección da entidade en cuestión». Así e todo, o Tribunal de Xustiza remite ao *Consiglio di Stato* que formula as cuestións prexudiciais que dan lugar á Sentenza para que sexa o devandito órgano quen determine se a celebración polos Concellos de *Cagno* e de *Solbiate* dun pacto de accionistas polo que se acordaba o seu dereito a ser consultados, a nomear a un dos auditores de contas e a designar un membro do Consello de administración de común acordo con outros concellos participantes no devandito pacto permite que os devanditos Concellos contribúan efectivamente ao control de ASPEM. Hai unha importante diferenza entre as circunstancias que concorren nesta Sentenza do 29 de novembro de 2012 e as que concurrían na do 10 de setembro de 2008, das cales cabería deducir unha resposta distinta á cuestión de se se dá ou non un control análogo exercido de xeito conxunto en cada un dos supostos. Así, mentres a Sentenza do 29 de novembro de 2012 se refire a un pacto de accionistas segundo o cal os Concellos que subscribiran unha acción no capital social de ASPEM serían consultados, poderían nomear a un dos auditores de contas, e designar un membro do Consello de administración de común acordo con outros concellos participantes, a Sentenza do 10 de setembro de 2008 referíase a un suposto no que o exercicio conxunto do control análogo sobre o medio propio se manifestaba na participación de todas as entidades cun representante en órganos de dirección superpostos aos que establece o Dereito de sociedades para o goberno destas, con independencia da súa participación no conxunto de accionistas, e a través dos cales se exercían unhas importantes facultades de control tanto da Xunta Xeral de accionistas coma do Consello de administración. A posibilidade de influír de xeito determinante sobre os obxectivos estratéxicos e as decisións importantes da sociedade que poñían de manifesto —segundo o Tribunal de Xustiza— as anteriores condicións, non parece que se poida deducir de igual modo do dereito de consulta (non vinculante), de nomeamento dun auditor de contas (que non forma parte do órgano de dirección da entidade), ou da posibilidade de designar un membro do Consello de administración de común acordo con outros concellos participantes (non hai participación directa dun representante de cada entidade no órgano de dirección), polo que, sen prexuízo do que poida concluír o *Consiglio di Stato* italiano, a adxudicación do contrato sobre a que versa a Sentenza do 29 de novembro de 2012 se debería considerar realizada, na nosa opinión, infrinxindo as disposicións da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos.

En consecuencia, como ben indicou M.A BERNAL BLAY, ao requisito do control sobre o medio propio, análogo ao exercido sobre os propios servizos, fóselle dotando pouco a pouco de certo carácter flexible ou elástico, resultando admisible o seu exercicio de forma colectiva por varias entidades. Agora ben, non convén esquecer que, aínda conxunto, o control sobre o medio propio debe ser efectivo, e ese é precisamente o punto de tensión que marca o nivel máximo de elasticidade ou flexibilidade do citado requisito.

O segundo requisito que se debe esixir para admitir a existencia de *in house providing* é que a entidade provedora debe realizar —necesariamente— a parte esencial da súa actividade co ente ou os entes que a controlan (que non se debe confundir coas notas requiridas no primeiro criterio explicado) . Débese realizar por esta a actividade en proveito de quen lle realiza en encargo ou encomenda (STXUE do 18 de decembro de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Repartición e Manipulado de Correspondencia). O requisito de que o ente instrumental realice coa entidade que o controla a parte esencial da súa actividade económica é certamente coherente se se considera que todo o concepto xira en torno á falta de autonomía contractual do devandito ente controlado. En efecto, se a exención do ámbito da contratación pública se basea en que o contrato “in house” non é senón unha forma de “autoprovisión” por parte da entidade adjudicadora, tal exención perde o seu sentido se o ente instrumental se dedica a prover tamén a outros operadores públicos e privados como calquera outro axente do mercado. Dito doutro modo, esta actuación revelaría que ese ente é algo máis que un medio propio con personalidade diferenciada polo que se deberían aplicar as Directivas Comunitarias.

O último requisito é introducido pola STXUE do 11 de xaneiro de 2005 (Stadt Halle) —e corroborado pola STXUE 8 de abril de 2008, *Comisión Vs. República Italiana* — e a STXUE do 10 de setembro de 2009, *Sexa srl.*, ao afirmar que :

“No suposto de que unha entidade adjudicadora proxecte asinar un contrato a título oneroso referente a servizos comprendidos dentro do ámbito de aplicación material da Directiva 92/50, na súa versión modificada pola Directiva 97/52, cunha sociedade xuridicamente distinta dela en cuxo capital participa xunto cunha ou varias empresas privadas, deben aplicarse sempre os procedementos de contratación pública previstos na devandita Directiva”.

É dicir, a participación privada nun ente público, por mínima que esta sexa, rompe o criterio esixido nas Sentenzas TECKAL e ARGE e en modo algún pódese entender que estas empresas con participación privada poidan ser medios propios, polo que os encargos deben ser necesariamente obxecto de licitación .

Así o fixara xa a STXUE do 8 de abril de 2008 (Comisión/República de Italia) ao afirmar o seguinte:

“38 No que atinxe á primeira condición, relativa ao control da autoridade pública, débese recordar que a participación, aínda que sexa minoritaria, dunha empresa privada no capital dunha sociedade na que participe así mesmo a entidade adjudicadora de que se trata, exclúe, en calquera caso, que a devandita entidade adjudicadora poida exercer sobre a citada sociedade un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos (véxase a sentenza Stadt Halle e RPL Lochau, antes citada, apartado 49).

39 Sobre este particular, segundo demostra o estudo anexo ao escrito de contestación, relativo ás participacións do Estado italiano en EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica e Agusta, esta última, que é unha sociedade privada dende a súa creación, sempre foi, dende 1974, unha sociedade de economía mixta, é dicir, unha sociedade cuxo capital está integrado por participacións que son propiedade en parte do citado Estado e en parte de accionistas privados.

40 Da mesma forma, posto que Agusta é unha sociedade aberta parcialmente ao capital privado e, en consecuencia, responde ao criterio exposto no apartado 38 da

presente sentenza, queda excluído que o Estado italiano poida exercer sobre esta sociedade un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos.

41 En tales circunstancias, e sen que sexa necesario examinar a cuestión de se Agusta desenvolve o esencial da súa actividade coa autoridade pública concedente, procede desestimar a alegación da República Italiana baseada na existencia dunha relación «in house» entre a devandita sociedade e o Estado italiano». “ (grosa nosa).

En conclusión, a técnica de cooperación vertical mediante fórmulas instrumentais propias debe ser interpretada restritivamente sen que poida ser utilizada cando a prestación estea comprendida no ámbito da aplicación da Directiva. O que resulta tamén evidente é que o instrumento para realizar esta encomenda non é o convenio —por ter natureza xurídica distinta— e que esta é aplicable á marxe do albor da prestación. Por iso, en tanto a relación xurídica non sexa coas entidades “propietarias”, tendo esta relación carácter oneroso e típica resultase de obrigada aplicación as previsións relativas a procedementos de adxudicación, pois o contrario sería unha contravención á regra de transparencia e concorrencia recollida tanto pola norma comunitaria como a nacional.

b) Esta Directiva pretende clarificar os supostos de **cooperación horizontal ou cooperación público-público** (artigo 12.4). Este foi un dos temas máis vidrosos, o que xerou grande inseguridade xurídica para establecer en que medida a lexislación de contratación pública debe cubrir a cooperación entre autoridades públicas. A xurisprudencia aplicable do Tribunal de Xustiza da Unión Europea interprétase de forma diferente polos Estados membros e mesmo polos poderes adxudicadores. Por iso, a Directiva especifica en que casos non se teñen que someter os contratos celebrados entre poderes adxudicadores ás normas de adxudicación de concesións. Esta aclaración fundaméntase nos principios establecidos na xurisprudencia aplicable do Tribunal de Xustiza.

É esta unha cuestión que se formulou xa no Parlamento Europeo na súa *Resolución sobre a colaboración público-privada e o Dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións* do 26 de outubro de 2006 (2006/2043/INI), precisamente ao fío da cooperación intermunicipal. Considera o Parlamento (apartado 45) que a devandita cooperación «se debe considerar irrelevante en materia de Dereito de contratación pública cando:

se trate de cooperación entre autoridades municipais,

b) as tarefas encomendadas a esas autoridades municipais sexan obxecto de reestruturación técnico-administrativa ou as competencias de supervisión das autoridades locais sexan semellantes ás que exercen sobre os seus propios servizos, e

c) as actividades se leven a cabo basicamente para as autoridades locais correspondentes.

O Parlamento Europeo xa rexeitara a aplicación do Dereito de contratación pública nos casos nos que os municipios desexen desempeñar cometidos conxuntamente con outros municipios no seu ámbito xeográfico de actuación como medida de reorganización administrativa, sen ofrecer a terceiros no mercado libre a prestación de tales servizos (apartado 46). Fúndase a súa opinión en que o Dereito de contratación pública se debe aplicar só cando as autoridades locais ofrezan servizos no mercado actuando como empresas privadas no contexto de cooperación entre tales autoridades locais ou prevexan que as tarefas públicas as desempeñen empresas privadas ou outras autoridades locais (apartado 48) .

Agora a Directiva trata de dar resposta a esta técnica de cooperación administrativa xustificada sobre o principio de principio de eficacia e eficiencia (e moi especialmente no

ámbito da administración local), aclarando os mecanismos de colaboración con outras autoridades públicas, tal e como expresamente se recomenda na STXUE do 13 de novembro de 2008, *Coditel Brabant SA* (apdos. 48 e 49). E é que —sen forzar os límites propios da técnica do convenio para ocultar un contrato— é posible articular mecanismos de colaboración e cooperación —moi especialmente para o desenvolvemento axeitado e eficiente dos servizos públicos—.

En definitiva, será posible e conveniente a cooperación horizontal pero deberán cumprirse os seguintes criterios:

a) que o acordo estableza unha auténtica cooperación entre os poderes ou entidades participantes para a execución conxunta de obrigas de servizo público, o que leva consigo a fixación mutua de dereitos e obrigas;

b) que o acordo se rexa exclusivamente por consideracións de interese público;

c) que os poderes ou entidades adxudicadores participantes non realicen no mercado libre máis dun 20% do volume de negocios obtido grazas ás actividades pertinentes no marco do acordo;

d) que o acordo non leve consigo transferencias financeiras entre os poderes e entidades adxudicadores participantes, agás as correspondentes ao reembolso do custo real das obras, os servizos ou as subministracións;

e) que en ningún dos poderes ou entidades adxudicadores exista participación privada.

Paradigmática na interpretación desta regulación é a STXUE do 9 de xuño de 2009, (*Comisión Vs. República Federal de Alemaña*, apdo. 47), que admite a posibilidade de articular unha colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionais ao considerar que non existe un contrato público senón unha fórmula organizativa e non contractual, en tanto se acreditaba a concorrencia dunha serie de circunstancias que permitían tal consideración:

a) obxectivo común de interese público;

b) prestación que non ten natureza comercial, por carecer de vocación de mercado; e

c) existencia de dereitos e deberes recíprocos máis alá da remuneración ou retribución.

De aquí se deduce que é condición indispensable que a prestación quede fóra do mercado, o que implica a imposibilidade de que, con base no acordo de colaboración se presten servizos a terceiros, pois iso desviaría a atención da persecución de obxectivos de interese público que é a finalidade que xustifica a súa exclusión do ámbito de aplicación da normativa sobre contratos públicos. Pódese dicir neste sentido que se trata dunha condición moito máis estrita que a que se predica en relación cos encargos a medios propios, onde se permite a actuación do medio propio con terceiros sempre que a parte esencial da súa actividade teña como destinatario ao ente ou entes que o controlan.

Como ben explicou M.A. BERNAL BLAY, tanto a opinión do Parlamento coma a doutrina do Tribunal de Xustiza parecen camiñar nunha mesma dirección: a necesidade de distinguir, para os efectos de aplicar ou non a normativa sobre contratos públicos, entre formas modernas de organización da execución (conxunta) das tarefas públicas polos poderes adxudicadores, guiadas exclusivamente por consideracións de interese público, por unha parte (é dicir, non reguladas polas normas de contratación pública), e a pura compravenda (comercial) de bens e servizos no mercado, por outra (suxeita á normativa sobre contratos públicos). Ao igual que sucede cos encargos a medios propios, onde é a concorrencia acumulativa de dous requisitos a circunstancia que determina que a relación entre o poder adxudicador e o medio propio non teña a consideración de contrato senón que entre dentro do ámbito

da organización administrativa, a exclusión das fórmulas de cooperación interadministrativa horizontal do ámbito de aplicación da normativa sobre contratos públicos encontra o seu fundamento na concorrencia dos requisitos apuntados tanto polo Parlamento europeo coma polo Tribunal de Xustiza .

III. A NOVA DIRECTIVA DE CONCESIÓN E O SEU SIGNIFICADO

Esta nova Directiva de concesións 2014/24, do 26 de febreiro é, sen dúbida, das grandes “novidades”, especialmente polo que supón de ampliación do obxecto da regulación comunitaria fronte ás prácticas nacionais (así como de depuración conceptual no ámbito dos servizos públicos) . Proposta de normativa que xerou unha importante contestación e que a súa aprobación definitiva esixirá un esforzo de trasposición . Sen esquecer que esta normativa é, sen dúbida, estratéxica para poder fomentar os investimentos e reactivar axeitadamente a economía nun mercado , onde o risco, como se verá, é unha das súas notas características (en contratos complexos e de longa duración) e que, por iso, esixe un marco xurídico estable e predicible. En consecuencia, o principal obxectivo desta nova Directiva é aclarar o marco xurídico aplicable á adxudicación de concesións, así como delimitar claramente o ámbito de aplicación do devandito marco . E, por suposto, incrementar a seguridade xurídica xa que, por un lado, os poderes e entidades adxudicadoras contarán cunhas disposicións precisas que incorporen os principios do Tratado á adxudicación de concesións e, por outro, os operadores económicos disporán dalgunhas garantías básicas respecto ao procedemento de adxudicación.

Nos actuais tempos de restricións presupostarias a política de concesións parece unha ferramenta de indubidable interese práctico. E fronte a certos reparos ideolóxicos que ven nesta modalidade de concesións como colaboración co sector privado unha privatización de servizos públicos convén recordar, en palabras de G. MARCOU que “os distintos contratos sobre cuxa base o sector privado se encarga do financiamento dos investimentos e/ou a explotación de obras públicas ou servizos públicos, non constitúen, falando con propiedade, unha forma de privatización, senón que se trata máis ben dun conxunto de institucións xurídicas, que teñen como obxectivo mobilizar os investimentos privados e o *savoir faire* industrial e técnico do sector privado, co fin de prover os equipamentos públicos necesarios para a sociedade e a economía” .

A delimitación conceptual entre contrato e concesión

Tradicionalmente existiu un problema de configuración conceptual na delimitación de concesións e contratos públicos (especialmente no ámbito dos servizos) do que se fixeron eco as propias Institucións Comunitarias. Así, nos considerandos desta Directiva — advírtese que “Existe un risco de inseguridade xurídica relacionado coas diverxentes interpretacións dos principios do Tratado polos lexisladores nacionais e de grandes disparidades entre as lexislacións dos diferentes Estados membros. O devandito risco foi confirmado por unha ampla xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, que non obstante aborda só en parte determinados aspectos da adxudicación de contratos de concesión (Cdo 4) ” .

A cuestión non é meramente dogmática, senón que resulta de especial interese práctico en tanto da incorrecta tipificación dun contrato público, pódense alterar as normas e principios esenciais nunha licitación pública . Así o advirte a Recomendación 1/2011, do 6 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, que

esixe que a tipificación responda a unha interpretación funcional, corrixindo prácticas que eludan a aplicación das Directivas (STXUE do 29 de outubro de 2009 (Comisión/Alemaña)).

Aquí radica a principal novidade desta Directiva, que decide regular de forma autónoma a cuestión das concesións. E así se expresa agora de forma clara o artigo 4.1 da Directiva ao se referir á «concesión de servizos» como “*un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtude do cal un ou máis poderes ou entidades adjudicadores confían a prestación e a xestión de servizos distintos da execución das obras contempladas na letra a) a un ou máis operadores económicos, cuxa contrapartida é ben o dereito a explotar os servizos obxecto do contrato unicamente, ou este mesmo dereito en conxunción cun pagamento*”. Engadindo que se considerará que o concesionario asume un risco operacional cando non estea garantido que, en condicións normais de funcionamento, vaia recuperar os investimentos realizados nin a cubrir os custos que contraese para explotar as obras ou os servizos que sexan obxecto da concesión. A parte dos riscos transferidos ao concesionario suporá unha exposición real ás incertezas do mercado que implique que calquera perda potencial estimada en que incorra o concesionario non é meramente nominal ou desdeñable. Idéntica definición, pero para as obras, incorpora para definir o contrato de concesión de obras.

Como se ve, esta normativa incide como nota esencial no dato do risco operacional, que deberá ser compatible co principio de equilibrio económico do contrato. Nela déixase claro que tipos de risco se consideran operacionais e en que consiste o risco significativo. Como recorda o considerando 20 da Directiva “un risco operacional debe derivarse de factores que escapen ao control das partes. Os riscos vinculados, por exemplo, á mala xestión, aos incumprimentos de contrato por parte do operador económico ou a situacións de forza maior, non son determinantes para os efectos da clasificación como concesión, xa que tales riscos son inherentes a calquera tipo de contrato, tanto se é un contrato público coma se é unha concesión. Un risco operacional débese entender como o risco de exposición ás incertezas do mercado, que pode consistir nun risco de demanda ou nun risco de subministración, ou ben nun risco de demanda e subministración. Debe entenderse por «risco de demanda» o que se debe á demanda real das obras ou servizos obxecto do contrato. Debe entenderse por «risco de oferta» o relativo á subministración das obras ou servizos obxecto do contrato, en particular o risco de que a prestación dos servizos non se axuste á demanda. Para os efectos da avaliación do risco operacional, pódese tomar en consideración, de xeito coherente e uniforme, o valor actual neto de todos os investimentos, custos e ingresos do concesionario”.

Este risco operacional vincúlase á utilización (que inclúe a dispoñibilidade). Definiuno ben o TXUE:

“O risco de explotación económica do servizo debe entenderse como o risco de exposición ás incertezas do mercado que se pode traducir no risco de se enfrontar á competencia doutros operadores, o risco dun desaxuste entre a oferta e a demanda dos servizos o risco de insolvencia dos debedores dos prezos polos servizos prestados, o risco de que os ingresos non cubran integramente os gastos de explotación ou mesmo o risco de responsabilidade por un prexuízo causado por unha irregularidade na prestación do servizo. ” (Sentenza do 10 de marzo de 2011, ditada no asunto C-274/09).

É preciso comprobar, polo tanto, se o modo de remuneración acordado consiste no dereito do prestador a explotar un servizo (ou obra) e implica que este asume o risco de explotación do servizo (ou obra) en cuestión. Se ben este risco pode ser certamente moi

limitado dende o primeiro momento, a cualificación de concesión require non obstante que a entidade adxudicadora transfira ao concesionario a totalidade ou, polo menos, unha parte significativa do risco que corre. Obviamente, o risco de explotación económica do servizo se debe entender como o risco de exposición ás incertezas do mercado que se pode traducir no risco de se enfrontar á competencia doutros operadores, o risco dun desaxuste entre a oferta e a demanda dos servizos, o risco de insolvencia dos debedores dos prezos polos servizos prestados, o risco de que os ingresos non cubran integramente os gastos de explotación ou mesmo o risco de responsabilidade por un prexuízo causado por unha irregularidade na prestación do servizo. Así, riscos como os vinculados a unha mala xestión ou a erros de apreciación do operador económico non son determinantes para os efectos de cualificar un contrato como contrato público ou como concesión de servizos, posto que tales riscos, en efecto, son inherentes a calquera contrato, xa se trate dun contrato público de servizos ou dunha concesión de servizos. Pero tampouco se pode esquecer, como ben indicou M.A. BERNAL BLAY, que aplicar con rigor o principio de risco e ventura nas concesións administrativas xeraría máis problemas, imposibilitaría en moitas ocasións garantir unha prestación continuada e regular dos servizos públicos.

Interesa moito esta matización á hora de interpretar un “novo” concepto de risco operacional e a súa ancoraxe na concepción tradicional do risco e ventura das concesións. Entender que a nova normativa incrementa a variable risco nestes contratos pode supoñer non só unha quebra de principios tradicionais, senón, principalmente, unha limitación non querida polo propio texto xa que as institucións comunitarias consideran estratéxica esta nova regulación de concesións. Por iso, as actuais regras de reequilibrio financeiro do contrato non parecen contrarias —máis ben o contrario— ao concepto de risco operacional. E iso pola lóxica da aplicación do principio de proporcionalidade en contratos de longa duración e de complicadas relacións xurídico-económicas (e financeiras) que xustifica unha corrección á idea do risco ilimitado por actuacións non controladas polo concesionario, a alleas á súa correcta xestión ou a debida dilixencia na planificación da concesión. En todo contrato, con independencia da súa natureza xurídica, se debe procurar que as prestacións que as partes se obrigan a dar, entregar ou recibir resulten equivalentes dende o punto de vista económico. Ese equilibrio ou equivalencia de prestacións, determinado inicialmente no momento de asinar o contrato, debe manterse posteriormente durante o tempo que dure a súa execución, en aplicación do principio xeral de vixencia das condicións contractuais *rebus sic stantibus*. Nos contratos de xestión de servizos públicos, como ben explicara ARIÑO ORTIZ ,, “o álea comercial ten un dobre alcance: hai un álea comercial ordinario que é o propio de toda explotación e cuxa alteración en ningún caso é causa de revisión; pero xunto a el hai o que poderíamos chamar un álea garantido, no sentido de que a Administración asume en todo caso os riscos de perdas por debaixo dun máximo, pero que tamén controla e limita a ventura duns beneficios extraordinarios por enriba do máximo calculado,”. O restablecemento do equilibrio das prestacións configúrase, polo tanto, como a técnica que permite devolver ás partes á situación inicial, cando, durante a execución do contrato, falla a repartición de riscos pactada.

Aceptando como inherente ao concepto de risco operacional a idea de equilibrio económico do contrato e a súa aplicación dinámica, a normativa formula dúbidas que deberán ser resoltas na trasposición (de feito a nosa actual regulación non as resolve) pois unha deficiente regulación dos riscos pode ser un impedimento —ou sobrecusto financeiro— aos investimentos que existen este tipo de contratos. Debería concretarse a nivel legal os casos

de *factum principis*, que, na miña opinión, debe englobar calquera decisión administrativa (ou lexislativa) que altere de forma imprevisible a axeitada repartición de riscos e permita non distorsionar indebidamente a taxa interna de retorno (TIR) . Non recoñecer tal opción para o equilibrio do contrato implica importantes doses de inseguridade xurídica que condicionarán os investimentos nestes contratos. E en nada rompe o principio de igualdade ou eficiencia pois permite dar seguridade para garantir a correcta execución do contrato e o seu plan financeiro con independencia de quen resulte adxudicatario. Igualmente se debe regular a cláusula de progreso e o seu concreto significado obrigacional, pois a propia evolución técnica pode conducir a tal desequilibrio que faga inviable a xestión da concesión, planificada nun ámbito da técnica distinta. Importa promover os avances tecnolóxicos a toda concesión, pero cando o investimento afecta á lóxica sobre a que se planificou o investimento debería axustarse o TIR. Por último, aínda que se entenda agora excluído ben poderían se regular os efectos do risco imprevisible. Neste punto, a responsabilidade patrimonial administrativa (RPA) é un elemento de seguridade importante, que funciona como efecto chamada nos investidores ao garantir parte do negocio máis alá do risco lóxico da xestión da concesión.

A novidades nas regras procedementais

Obviamente esta Directiva aplicarase para os contratos harmonizados (agora 5 186 000 para as que se recollen no Anexo III). Para a súa determinación pormenorízase os parámetros de cálculo, entre os que haberán de terse en conta “as eventuais variantes ou ampliacións da duración da concesión”, a totalidade das obras ou servizos si conforman un proxecto único e aínda que se adquiran por diversos contratos (con disposicións especiais para a adxudicación por lotes), ou a prohibición de fraccionamento para evitar a inaplicación da Directiva.

Esta Directiva de concesións establece tamén unha serie de requisitos concretos e precisos que se han de aplicar nas distintas fases do proceso de adxudicación sobre a base dos principios do Tratado interpretados pola xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea. Ademais, fai extensiva a aplicación do Dereito derivado á adxudicación de contratos de concesión no sector dos servizos públicos, que na actualidade está exento deste tipo de lexislación. Con esta nova norma, deberán promoverse convocatorias públicas de todas aquelas concesións cuxa valoración alcance os 5 186 000 euros (o valor da concesión será o *volumen de negocios total da empresa* concesionaria xerados durante a duración do contrato, excluído o IVE, estimado polo poder adxudicador ou a entidade adxudicadora, *en contrapartida das obras e servizos obxecto da concesión, así como das subministracións relacionado coas obras e os servizos*). Admítese, como é lóxico, que o prazo do contrato se precise en función da amortización dos investimentos e da obtención dun beneficio razoable.

Ademais, deséñanse os procedementos de adxudicación utilizando os mesmos procedementos que na Directiva de contratos públicos . E de forma coherente establécese unha ampliación do ámbito de aplicación das Directivas «Recursos» (Directivas 89/665/CEE e 92/13/CE, modificada pola Directiva 2007/66/CE) a todos os contratos de concesión por enriba do albor co fin de garantir unhas canles que permitan impugnar a decisión de adxudicación ante un tribunal e de establecer unhas normas xudiciais mínimas que deben observar os poderes e entidades adxudicadores.

A Directiva, como se dixo, establece un réxime de modificacións uniforme ao previsto na Directiva de contratación pública . Igualmente limita ata o albor fixado no artigo 8 ou o 10% do prezo do contrato orixinal a posibilidade de realizar modificacións non substanciais . Ademais, regula un suposto de modificación substancial que non require a tramitación dun

novo procedemento e no que estende extraordinariamente o devandito límite cuantitativo ata un 50% do valor da concesión orixinal. Obviamente, como xa se explicou anteriormente, resulta necesaria unha interpretación estrita do devandito apartado 6 “*circunstancias que un poder adxudicador ou entidade adxudicadora dilixente non puido prever*”, pois pola contra será unha vía para eludir a tramitación dun novo expediente de contratación en supostos que *de facto* son modificacións substanciais tal e como recoñeceu a xurisprudencia comunitaria.

Convén insistir na idea de que a técnica do equilibrio financeiro do contrato non deberá ser utilizada cando o problema teña a súa causa no estudo económico de viabilidade, que en moitos casos non existe, e que é o que presenta o contratista a licitación. Esta cuestión é clave, por canto ao non existir estudo de viabilidade a administración descoñece os custos de explotación, os investimentos que debe realizar o contratista, e outros factores necesarios para determinar, no seu momento, se a explotación do servizo é rendible ou deficiente malia os esforzos do contratista. Pero iso non xustifica a alteración ou modificación do prego, en tanto a debida dilixencia debida nestes procedementos, e os principios de eficacia e eficiencia, son límites ineludibles na execución destes contratos, que, polo demais, se encontran sometidos ás normas contables de SEC 95, con efectos, polo tanto, sobre os datos de endebedamento e déficit que poderían derivar dun “reequilibrio financeiro” non debido.

IV. O RETO DA TRANSPARENCIA NA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Admitido o carácter estruturante do principio de transparencia —intimamente vinculado co principio de igualdade de trato—, procede contextualizar o seu significado no contexto da compra pública. Sen esquecer, claro, que garda íntima relación coa cultura de novo goberno.

A función do principio de transparencia nos contratos públicos

A contratación pública é, sen dúbida, o principal teatro onde analizar, e reflexionar sobre, a función e o efecto da transparencia. E iso por dous motivos principais. Primeiro, porque o impacto económico dos contratos públicos é de tal dimensión que afecta á consecución do obxectivo do mercado interior e desenvolvemento da actividade económica transfronteiriza. Os últimos estudos publicados pola Comisión Europea son elocuentes: no ano 2008, a compra de bens, obras e servizos por parte do sector público cifrouse en 2.155 billóns de euros que equivalen a un 17,23% do produto interior bruto (PIB) europeo e no 2010 máis do 19%. Unha axeitada e efectiva transparencia pode permitir tanto unha xestión máis eficiente dos fondos públicos —de especial interese nun contexto de redución do déficit público e que se presenta como alternativa a políticas de recortes—, como dunha xestión transparente compatible co dereito a unha boa administración (como indica a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 6 de marzo de 2003, Interporc). Neste sentido, a transparencia garante o efecto útil da igualdade, procurando que non se distorsionen as condicións de competencia (Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, de 25 abril de 1996, Autobuses Valones). O impacto económico, dende unha perspectiva de estabilidade presupostaria, é evidente, e por si mesmo aconsellaría unha revisión do modelo de transparencia co fin de conseguir a mellor optimización de fondos públicos (evidente alternativa á opción de axustar outros capítulos presupostarios sen testar un modelo máis eficiente) preservando o mesmo nivel de eficacia (ou calidade) da prestación que se contrata.

O segundo motivo está directamente ligado coa integridade, en tanto a realidade preséntanos como neste escenario concorren numerosos casos de corrupción e de prácticas clientelares, das que derivan evidentes ineficiencias económicas e, por suposto, perda de lexitimación democrática das institucións administrativas e políticas. Este obxectivo de

transparencia forma parte do dereito a unha boa administración que se garante no artigo 41 da Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea (incorporada xa ao ordenamento español en virtude da Lei orgánica 1/2008, do 31 de xullo) . Sen transparencia existe o risco da corrupción, que é a máis grave patoloxía nun estado de dereito e que supón negar o dereito a unha boa administración. Pola contra, unha xestión transparente dos contratos públicos, como política horizontal, permite explicar á cidadanía a xestión dos recursos públicos e, ben practicada, convértese na principal ferramenta para unha xestión íntegra e profesionalizada .

Nestes dous contextos convén analizar as posibilidades do principio de transparencia na contratación pública.

En materia de contratación pública, o significado do principio de transparencia foi definido polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea, relacionándoo co principio de igualdade de trato dos licitadores. De feito, chegouse a afirmar que o principio de transparencia é o corolario do principio de igualdade. Se o principio de igualdade de trato dos licitadores, cuxo obxectivo é favorecer o desenvolvemento dunha competencia sa e efectiva entre as empresas que participan nunha contratación pública, impón que todos os licitadores dispoñan das mesmas oportunidades ao formular os termos das súas ofertas e implica, polo tanto, que estas estean sometidas ás mesmas condicións para todos os competidores, o principio de transparencia ten esencialmente por obxecto limitar o risco de favoritismo e arbitrariedade por parte da entidade adxudicadora (evitar, en suma, a práctica de redes clientelares). Resulta, polo tanto, que o principio de igualdade de trato implica unha obriga de transparencia para permitir que se preserve o seu respecto (sentenzas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 12 de decembro de 2002, *Universale-Bau* e outros, C470/99, apartado 91, e do 12 de marzo de 2008, *Evropaiki Dynamiki*, T345/03, apartado 142 e seguintes).

Isto explica que a publicidade non é —nin pode ser— un mero principio formal. A publicidade, mediante os instrumentos que se utilicen —técnicos e regulatorios— debe xerar competencia ou concorrencia empresarial, tal e como ben advirte a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 15 de outubro de 2009, *Acoset*, ao afirmar que «os principios de igualdade de trato e de non discriminación por razón da nacionalidade implican en particular unha obriga de transparencia, que permite que a autoridade pública concedente se asegure de que tales principios son respectados». A obriga de transparencia que recae sobre calquera ente contratante consiste en garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada e efectiva que permita abrir á competencia o contrato licitado mediante a imparcialidade dos procedementos de adxudicación (véxase en particular a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 6 de abril de 2006, *ANAV* apartado 21) . Cuestión que queda “pechada” coa doutrina fixada pola STXUE do 16 de setembro de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter xeral ao suposto que nos ocupa:

*«66 O principio de igualdade de trato entre licitadores, que non é máis que unha expresión específica do principio de igualdade de trato (véxase, neste sentido, a sentenza do Tribunal de Xustiza do 13 de outubro de 2005, *Aparcadoiro Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 e 48, e a xurisprudencia alí citada; sentenza do Tribunal Xeral do 12 de marzo de 2008, *European Service Network/Comisión*, T-332/03, non publicada na Recompilación, apartado 72) e que pretende favorecer o desenvolvemento dunha competencia sa e efectiva entre as empresas que participan nunha licitación, impón que todos os licitadores dispoñan das mesmas oportunidades ao formular os termos das súas ofertas e implica, polo tanto, que estas estean sometidas ás mesmas condicións para todos os competidores (sentenza do Tribunal*

de Xustiza do 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). Deste modo, a entidade adxudicadora está obrigada a respectar, en cada fase do procedemento de licitación, o principio de igualdade de trato dos licitadores (sentenza do Tribunal Xeral do 17 de decembro de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), e estes deben encontrarse en igualdade de condicións tanto no momento en que preparan as súas ofertas coma no momento en que estas se someten á avaliación da entidade adxudicadora (véxanse, neste sentido, as sentenzas do Tribunal de Xustiza do 16 de decembro de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, e do 17 de febreiro de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, non publicada na Recompilación, apartado 39, e a xurisprudencia alí citada).

67 Por outra parte, o principio de igualdade de trato implica, en particular, unha obriga de transparencia para permitir á entidade adxudicadora garantir o seu respecto (véxanse as sentenzas Lombardini e Mantovani, citada no apartado 64 supra, apartado 38, e Comisión/Chipre, citada no apartado 66 supra, apartado 38, e a xurisprudencia alí citada). O principio de transparencia, que constitúe o corolario do principio de igualdade de trato, ten esencialmente por obxecto garantir que non exista risco de favoritismo e arbitrariedade por parte da entidade adxudicadora (sentenzas Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111) e controlar a imparcialidade dos procedementos de adxudicación (véxase a sentenza Aparcadoiro Brixen, citada no apartado 66 supra, apartado 49, e a xurisprudencia alí citada). Implica que todas as condicións e modalidades do procedemento de licitación estean formuladas de maneira clara, precisa e inequívoca no anuncio de licitación ou no prego de condicións, co fin de que, por unha parte, todos os licitadores razoablemente informados e normalmente dilixentes poidan comprender o seu alcance exacto e interpretalos da mesma forma e, por outra parte, a entidade adxudicadora poida comprobar que efectivamente as ofertas presentadas polos licitadores responden aos criterios aplicables ao contrato de que se trata (sentenza Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 66 supra, apartado 111). Por último, os principios de igualdade de trato e de transparencia constitúen a base das Directivas referentes aos procedementos de adxudicación de contratos públicos. No deber que incumbe ás entidades adxudicadoras de garantir a observancia dos devanditos principios reside a propia esencia destas Directivas (véxase a sentenza Michaniki, citada no apartado 66 supra, apartado 45, e a xurisprudencia alí citada)».

Isto significa que resulta necesario que todas as condicións e modalidades do procedemento de licitación estean formuladas de maneira clara, precisa e inequívoca no anuncio de licitación ou no prego de condicións, co fin de que, por unha parte, todos os licitadores razoablemente informados e normalmente dilixentes, poidan comprender o seu alcance exacto e interpretalas da mesma forma e, por outra parte, a entidade adxudicadora poida comprobar efectivamente que as ofertas presentadas polos licitadores responden aos criterios aplicables ao contrato de que se trate. Tamén, debe servir para evitar que mediante fraccionamento do obxecto contractual se eludan os principios de publicidade e concorrencia.

Son varias as estratexias a adoptar para facer da transparencia o eixe da contratación pública. Para garantir a transparencia, co fin de promover a competencia, a nosa lexislación contractual deseña un réxime de publicidade obrigatoria en boletíns oficiais e no perfil

de contratante argumentado que estes medios informáticos de publicidade estaban recomendados pola propia Comisión Europea. Non obstante, o desenvolvemento efectivo desta previsión afástase do obxectivo pretendido, pois se permitiu que todo ente contratante poida crear o seu propio perfil de contratante (milleiros deles), o que supón unha clara fragmentación do mercado (ao fragmentar a información), máxime cando nos contratos non harmonizados os poderes adjudicadores non administración pública só publican as súas licitacións no seu perfil (artigo 191 TRLCSP).

Encontrámonos así ante unha barreira de entrada para novos operadores económicos que introduce, ao meu xuízo, innecesarias doses de inseguridade xurídica, que poden conducir ao cabo a un mercado «cativo», que potencia a compra do «próximo» e impide o efectivo funcionamento, por inadecuada concorrencia, das economías de escala. Afirmación que entendo queda avalada pola propia realidade, por canto a actividade contractual realizada polos entes instrumentais non é en modo ningún residual, tanto polo número de entes existentes na actualidade, coma polo volume dos contratos que realizan.

Para intentar corrixir esta consecuencia, algunhas comunidades autónomas reaccionaron intentando coordinar, mediante plataformas de contratación, a información dos contratos públicos no seu ámbito xeográfico (é o caso de Cataluña, Galicia ou Aragón).

Agora o Estado, para intentar corrixir o erro, propón unha reforma deste modelo de publicidade na Lei 20/2013, do 9 de decembro, de garantía da unidade de mercado, onde aparece unha disposición adicional que afirma:

“Plataforma de Contratación do Sector Público. A Plataforma de Contratación do Estado regulada no artigo 334 do texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro, pasará a se denominar Plataforma de Contratación do Sector Público. Na Plataforma publicarase, en todo caso, ben directamente polos órganos de contratación ou por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación da información das diferentes administracións e entidades públicas, a convocatoria de licitacións e os seus resultados de todas as entidades comprendidas no apartado 1 do artigo 3 do texto refundido da Lei de contratos do sector público”.

Esta previsión merece algunha reflexión. A primeira, que calquera decisión legal que adopte o Estado debe reflectir a identidade autoorganizativa das comunidades autónomas, en tanto que entes con autonomía política. Non é posible unha recentralización competencial (o que expresamente rexeita o propio proxecto de Lei), nin dende a óptica legal, nin de oportunidade, nin de eficacia. É certo que hai que «reconducir» o actual fenómeno, pero poñendo en valor o que xa existe e funciona no marco da descentralización territorial do noso Estado. A segunda, que a unidade de mercado, con apoio no artigo 139 CE, esixe uniformidade xurídica e dos sistemas de publicidade, o que non implica unicidade de plataforma de contratación cando xa existen —e foron custosas— as plataformas autonómicas. Por iso, o que procedería é unha previsión legal que establecese que co fin de asegurar unha efectiva concorrencia os distintos anuncios de licitación se deberán publicar, independentemente do seu importe, na Plataforma de contratación do Estado ou nos Perfís de Contratantes das respectivas Comunidades Autónomas. Ademais, debería verse a obrigatoriedade da utilización do Código CPV (*common procurement vocabulary*) en todo contrato, á marxe do importe, de tal forma que quedarían estandarizadas as referencias utilizadas polos órganos de contratación na descrición do obxecto dos seus contratos, coa conseguinte mellora da transparencia

dos contratos públicos. Dese modo, calquera operador xurídico, con independencia da súa procedencia, poderá coñecer cal é o obxecto da licitación e decidir se resulta do seu interese ou non. Por suposto, e así debería interpretarse a previsión que contempla esta Lei de Unidade de Mercado, se debería alcanzar unha colaboración inter-plataformas que conteña toda a información sobre a licitación en España, para o que urxen estándares que favorezan a interoperabilidade.

En definitiva, é importante reforzar mecanismos de publicidade que garantan o principio de unidade de mercado, pero respectando a arquitectura institucional propia dun estado descentralizado, incorporando medidas de colaboración efectiva, e aproveitando as experiencias positivas que xa se despregaron e funcionan. Deste xeito, corríxirase a actual fragmentación do mercado por indebida publicidade, o que permitirá unha maior concorrencia —da que serán especialmente beneficiadas as PEME— e se conseguira unha maior eficiencia de fondos públicos.

Por outra parte, a cuestión da publicidade efectiva queda moi condicionada coa complexidade xurídica derivada do artigo 3 TRLCSP e a dualidade de réximes xurídicos de poderes adxudicadores segundo sexan, ou, non administración pública, xa que esta complexa armazón —e que parece un tanto oculto— é a consecuencia que se deriva de que nos contratos non harmonizados (non suxeitos ao albor fixado pola normativa comunitaria) a quen non son administración pública se lles excepcióna das previsións da Lei (a xeito de deslegalización) e se determina —artigo 191 TRLCSP-, que os mesmos aprobarán manuais de instrución que dean plasmación, en todo caso, aos principios de publicidade, concorrencia, transparencia, confidencialidade, igualdade e non discriminación (nada di das prohibicións de contratar, aínda que da coherencia sistemática da Lei así se desprende). Aínda que este precepto non o prevén explicitamente, a lóxica —derivada da dicción do artigo 54 TRLCSP— obriga a entender que serán tamén de aplicación as previsións relativas a capacidade e solvencia, prohibicións de contratar, obxecto e prezo do contrato, así como as normas de fiscalización interna e externa —a través da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa competente e do Tribunal de Contas— e as relativas ao Rexistro de Contratos do Sector Público (333 TRLCSP).

Esta «deslegalización procedemental» parece perigosa, pois poden proliferar distintos e variados procedementos (distintos prazos, distinta documentación, etc.) que poden ser unha barreira de entrada para novos operadores económicos, introducindo, ao meu xuízo, innecesarias doses de inseguridade xurídica que poden conducir ao cabo a unha fragmentación do mercado potenciando a compra do «próximo» e impedindo o efectivo funcionamento, por inadecuada concorrencia, das economías de escala. Non hai nada máis contrario á efectividade do principio de transparencia que a dispersión normativa e o «caos» regulatorio dos distintos procedementos de licitación. Afirmación que entendo queda avalada pola propia realidade por canto o número de entes existentes considerados poderes adxudicadores non administración pública.

Tería sido mellor introducir flexibilización (tramitación simplificada, documentación de solvencia só esixible ao adxudicatario proposto, medios electrónicos, etc.) pero uniforme para todos estes supostos de descentralización funcional. O sistema dual normativo en contratos non harmonizados abre, por tanto, un portelo perigoso que pode derivar na inaplicación de feito das previsións e principios do TRLCSP, e en especial do principio de transparencia, mediante a configuración, por exemplo, de entes de dereito público con personalidade xurídica privada que, conservando prerrogativas públicas, se dotarán dun réxime *ad hoc*

por debaixo do albor comunitario. A isto débese sumar o feito de que estas instrucións se publicaron nos específicos perfís de contratantes, e é tal o número (de varios miles), que se dificulta —se non impide— aos licitadores ter unha visión de conxunto cernando o principio de concorrencia (se ben é certo que tras a redacción dada ao artigo 334 TRLCSP esta patoloxía debe estar en camiño de corrección). A conclusión é evidente: a publicidade, nun contexto de «dispersión de normas xurídicas» non poderá cumprir a súa función, e só servirá como argumentario formal ao cumprimento dos principios da contratación pública.

Esíxese, pois, unha revisión deste modelo e unha actuación proactiva do poder público a favor da efectiva transparencia. Por iso, deberían establecerse as seguintes obrigas :

- a. publicación dos anuncios de contratos públicos en liña;
- b. habilitación dun único portal Web centralizado para o Estado e as comunidades autónomas;
- c. libre acceso aos anuncios;
- d. motor de busca multifuncional;
- e. posibilidade de que as empresas creen un perfil, co fin de recibir avisos sobre oportunidades de negocio;
- f. descarga directa dos pregos de licitación e a documentación complementaria;
- g. sistema de licitación electrónica, que permita aos poderes adjudicadores recibir ofertas por vía electrónica con suxeición ao disposto nas directivas sobre contratación pública no que respecta á integridade da información, a confidencialidade e a accesibilidade.

O principio de transparencia como dereito á información e complemento do dereito a boa administración

A transparencia na contratación pública pode ter unha función distinta á de facilitar información aos licitadores para favorecer a concorrencia e ser máis eficientes. En concreto pode servir para dar información aos cidadáns de como se xestiona a contratación pública, coa intención de avanzar no dereito a unha boa administración e, por ende, a un control desta . A función do principio de transparencia é, neste caso, de carácter substantivo e non instrumental en tanto ten por obxectivo a rendición de contas á sociedade .

Por iso, a súa regulación debe conterse na Lei de transparencia, en tanto esa será a norma cabeceira . Neste punto pódese recordar que a Lei 19/2013, de transparencia, acceso á información pública e bo goberno contén unha previsión específica ao respecto no que será o artigo 8 desta norma :

“Información económica, presupostaria e estatística.

1. Os suxeitos incluídos no ámbito de aplicación deste Título deberán facer pública, como mínimo, a información relativa aos actos de xestión administrativa con repercusión económica ou presupostaria que se indican a continuación:

a) Todos os contratos, con indicación do obxecto, o importe de licitación e de adjudicación, o procedemento utilizado para a súa celebración, os instrumentos a través dos que, se é o caso, se publicitou, o número de licitadores participantes no procedemento e a identidade do adjudicatario, así como as modificacións do contrato. Igualmente serán obxecto de publicación as decisións de desistimento e renuncia dos contratos. A publicación da información relativa aos contratos menores poderase realizar trimestralmente.

Así mesmo, publicaranse datos estatísticos sobre a porcentaxe en volume presupostario de contratos adxudicados a través de cada un dos procedementos previstos na lexislación de contratos do sector público.

b) A relación dos convenios subscritos, con mención das partes asinantes, o seu obxecto, prazo de duración, modificacións realizadas, obrigados á realización das prestacións e, no seu caso, as obrigas económicas convidadas. Igualmente, se publicarán as encomendas de xestión que se asinen, con indicación do seu obxecto, presuposto, obrigas económicas e as subcontratacións que se realicen con mención dos adxudicatarios, procedemento seguido para a adxudicación e importe desta.

c) As subvencións e axudas públicas concedidas con indicación do seu importe, obxectivo ou finalidade e beneficiarios.

d) Os presupostos, con descrición das principais partidas presupostarias e información actualizada e comprensible sobre o seu estado de execución e sobre o cumprimento dos obxectivos de estabilidade presupostaria e sostibilidade financeira das administracións públicas.

e) As contas anuais que deban renderse e os informes de auditoría de contas e de fiscalización por parte dos órganos de control externo que sobre eles se emitan.

f) As retribucións percibidas anualmente polos altos cargos e máximos responsables das entidades incluídas no ámbito da aplicación deste Título. Igualmente, se farán públicas as indemnizacións percibidas, no seu caso, con ocasión do abandono do cargo.

g) As resolucións de autorización ou recoñecemento de compatibilidade que afecten aos empregados públicos así como as que autoricen o exercicio de actividade privada ao cesamento dos cargos mencionados no artigo 3 da Lei 5/2006, do 10 de abril, de conflitos de intereses dos membros do Goberno e dos altos cargos da Administración Xeral do Estado ou asimilados segundo a normativa autonómica ou local.

h) As declaracións anuais de bens e actividades dos representantes locais así como dos membros non electos da xunta de goberno local, nos termos previstos na Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local. Cando o regulamento orgánico non fixe os termos en que se terán que facer públicas estas declaracións, aplicarase o disposto no artigo 14, apartado 4 da Lei 5/2006, do 10 de abril, de regulación de conflitos de intereses dos membros do Goberno e altos cargos da Administración Xeral do Estado. En todo caso, omitiranse os datos relativos á localización concreta dos bens inmobles e garantirase a privacidade e seguridade dos seus titulares.

i) A información estatística necesaria para valorar o grao de cumprimento e calidade dos servizos públicos que sexan da súa competencia, nos termos que defina cada administración competente,“.

Isto supón que un portal de transparencia contractual debe conter información sobre:

a) Todo contrato público —e todo contrato patrimonial— á marxe do seu importe e tipo. É dicir, que aínda nos procedementos sen publicidade que permite o TRLCSP, se debe publicar en transparencia que ese contrato se asinou. Esta información permitirá analizar a política de compra pública

b) Hai que publicar a prestación licitada —concreción do tipo de contrato—, publicidade utilizada, número de licitadores, importe de licitación e adjudicación e adjudicatario. Non se trata de replicar a información do perfil de contratante, senón de sistematizar de forma axeitada todos estes conceptos. Obviamente, a información debe poder ser obxecto de «tratamento» mediante sistema de buscas que permita, por exemplo, determinar o número de contratos adjudicados nun mesmo licitador; ou a baixa entre presuposto de licitación e de adjudicación, ou comparar a política de compras entre entes contratantes. Interesa destacar que se debe dar información de todos os contratos menores realizados, cos datos xerais de importe, obxecto e adjudicatario, o que supón «sacar» da penumbra esta modalidade contractual. Ademais, deben indicarse os motivos de elección do procedemento (de especial interese no procedemento negociado). Como unha matización nos contratos menores é a súa remisión trimestral (agrupada, claro), pero cumprindo os mesmos requisitos.

c) Igualmente se deben publicar as modificacións contractuais, o que permitirá valorar se se cumpren ou non as esixencias legais que as habilitan, así como o importe destas.

d) Igualmente se deben publicar os actos de desistimento e de renuncia á realización de contratos. E todos os convenios realizados, o que facilitará «descubrir» se se ocultan ou non verdadeiros contratos públicos.

Esta información pretende ser unha ferramenta de rendición de contas que permita explicar á cidadanía en que, como e canto se invisten os recursos públicos mediante contratación pública. Ademais, debe servir para lexitimar a actuación administrativa ao existir un control político da súa actuación. E, por iso, en tanto que permite «dar luz» a certas prácticas, debe servir de avance na idea de integridade na contratación pública. A tal fin publicaranse datos estatísticos sobre a porcentaxe en volume presupostario de contratos adjudicados a través de cada un dos procedementos previstos na lexislación de contratos do sector público, o que nos permitirá detectar a corrección ou non da utilización das formas de provisión. Interesa destacar que igualmente se debería informar sobre importe e número de contratos que recaen nos licitadores, desagregando o dato, por tipo de administración, co fin de detectar prácticas restritivas ou «posicións privilexiadas» nun concreto mercado público.

A transparencia compórtase aquí como instrumento principal de rendición de contas e de lexitimación do bo facer administrativo, directamente vinculado ao principio de “bo goberno”. Pero non se cumpre este principio cun portal que sexa mero repositorio de información non sistematizada e lista interminable de datos. Esíxese unha información accesible e comprensible, que permita unha doada valoración da xestión contractual dos distintos poderes adjudicadores. Información que debe servir para «modificar e corrixir» aquelas actuacións que revelen malas praxes ou ineficiencias.

E moi ligada a esta idea de transparencia —vinculada coa de seguridade xurídica e predictibilidade— debería, como ben suxeriron P. VALCÁRCEL e R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, consolidar un adecuada transparencia dos informes ou resolucións ditados polos órganos consultivos en materia de contratación ou os especializados na resolución dos recursos contractuais. A publicación nas distintas páxinas web dos informes da Xunta Consultiva de Contratación Pública estatal —e dos emanados dos equivalentes órganos autonómicos-, así como das resolucións dos Tribunais ou órganos especializados en recursos contractuais, xa

estatais xa autonómicos, garantindo un acceso doado e rápido á súa doutrina constitúe unha peza seminal para a mellor engrenaxe dun funcionamento transparente do sistema .

V. EPÍLOGO. CARA Á TRANSPOSICIÓN EFECTIVA DOS PRINCIPIOS DA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Analizadas as principais novidades da normativa contida na Directiva de contratos públicos e a Directiva de concesións resta, sucintamente, dar conta do contido da Directiva nos denominados “sectores especiais”, que vén a substituír a Directiva 2004/17 (trasposta en España mediante Lei 31/2007) . A nova Directiva 2014/25 pretende, na liña do obxectivo das anteriores propostas de Directivas xa referidas, tanto a simplificación coma a flexibilización do réxime procedemental . Para alcanzar tal obxectivo aclárase o ámbito de aplicación. Así, o concepto básico de «contratación», que aparece tamén no título da Directiva, introduciuse por primeira vez para delimitar mellor o ámbito de aplicación e a finalidade da lexislación sobre contratación e facilitar a aplicación dos albores. Révisanse, á luz da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, as definicións dalgunhas nocións clave que determinan o ámbito de aplicación da Directiva (como organismo de Dereito público, contratos públicos de obras e de servizos, ou contratos mixtos). Ao mesmo tempo, procurouse que a proposta dea continuidade ao uso de nocións e conceptos desenvolvidos ao longo dos anos a través da xurisprudencia do Tribunal e que son ben coñecidos para os profesionais. A este respecto, cabe sinalar que algunhas pequenas desviacións respecto da redacción ou a presentación coñecidas das Directivas anteriores non implican necesariamente un cambio de fondo, senón que se poden deber a unha simplificación dos textos.

A noción de dereitos especiais ou exclusivos é fundamental para a definición do ámbito de aplicación da presente Directiva, posto que as entidades que non son nin poderes adjudicadores nin empresas públicas a teor da presente Directiva están suxeitas ás súas disposicións unicamente na medida que exerzan unha das actividades cubertas sobre a base de tales dereitos. Nada di ao respecto a Directiva (a diferenza do seu primeiro antecedente, a Directiva 93/38), pero haberá que entender que terán consideración de dereitos exclusivos os títulos habilitantes de natureza concesional ou de autorizacións operativas continxentadas por motivos de interese público; e que se consideran dereitos especiais aquelas prerrogativas propias dunha administración pública, como a fixación de sancións administrativas, a potestade de inspección e policía, ou de ser beneficiaria dun procedemento expropiatorio por motivos de utilidade pública ou interese social.

Procede, como importante novidade, aclarar que os dereitos que se concederon mediante un procedemento no que se asegurou unha publicidade axeitada e sobre a base de criterios obxectivos, en particular de conformidade coa lexislación da Unión, non constitúen dereitos especiais ou exclusivos para os efectos da presente Directiva.

Á vista dos resultados da avaliación, o seu ámbito de aplicación, en termos de sectores cubertos, segue sendo basicamente o mesmo. Non obstante, a contratación con fins de prospección de petróleo e gas retirouse do ámbito de aplicación, posto que se observou que é un sector sometido a tal presión competitiva que a disciplina que achega a Directiva xa non é necesaria.

Tras todo o exposto, e a xeito de conclusións, pódese afirmar que a cuarta xeración de Directivas de contratos públicos pode ser o fin do ciclo da regulación na materia, máxime cando existe unha importante doutrina do TXUE que xa se incorporou e que, en todo caso,

serve de pauta interpretativa de cara á integración e harmonización dos Dereitos atendendo aos principios, categorías e institucións dos Ordenamentos nacionais .

Este novo paquete legislativo esixe do Estado español unha depuración normativa antes do fin de xuño de 2014. O contido desta nova normativa, e a experiencia práctica da nosa lexislación nacional aconsellan unha nova normativa, completamente distinta do actual TRLCSP en tanto parece lóxico que existan tres normas legais distintas ou ben un „Código de Contratos Públicos“ con partes diferenciadas en función do obxecto: contratos públicos, concesións, contratos excluídos. Un „Código“ que dote de seguridade xurídica e predictibilidade nun sector de tanta transcendencia económica e social.

En todo caso, á marxe do concreto importe do contrato, a lexislación nacional de contratos públicos deberá respectar os principios comunitarios inherentes á contratación pública evitando que existan na práctica ámbitos da contratación pública exentos en función o seu albor . Como advertise xa BAÑO LEÓN, á marxe de que en función do importe do contrato se poidan deseñar uns ou outros procedementos de selección e adxudicación de contratos, os Estados deben garantir nas súas normas e na súa concreta aplicación práctica por que a participación nun procedemento de adxudicación de contrato público dun licitador que sexa un organismo de dereito público non cause distorsión da competencia con respecto a licitadores privados . Esta afirmación queda avalada pola Comunicación interpretativa da Comisión sobre o dereito comunitario aplicable na adxudicación de contratos non cubertos ou só parcialmente cubertos polas Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, do 1 de agosto de 2006). Opinión que se corrobora na STXUE do 14 de xuño de 2007 (Medipac-Kazantzidis A e Venizeleio-Pananeio) ao afirmar que nos contratos que non alcanzan o albor comunitario :

„efectivamente, procede sinalar que o órgano xurisdiccional remitente cualificou ao Venizeleio-Pananeio de «entidade adxudicadora». Esta cualificación tamén a admite o Goberno grego, o cal declarou na vista, que o devandito hospital é un organismo de Dereito público asimilado ao Estado. Agora ben, en virtude dunha reiterada xurisprudencia, aínda cando o valor dun contrato que sexa obxecto dunha licitación non alcance o albor de aplicación das Directivas nas cales o lexislador comunitario regulase o ámbito dos contratos públicos e o contrato de que se trate non estea comprendido, por conseguinte, dentro do ámbito de aplicación destas últimas, con todo, as entidades contratantes que asinan un contrato están obrigadas a respectar os principios xerais do Dereito comunitario, tales como o principio de igualdade de trato e a obriga de transparencia que deriva daquel (véxanse, neste sentido, a sentenza do 7 de decembro de 2000, Telaustria e Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 e 61; auto Vestergaard, antes citado, apartados 20 e 21; sentenzas do 21 de xullo de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 e 17, e do 13 de outubro de 2005, Aparcadoiro Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48) „.

En conclusión, encontrámonos en tempos de cambios que esixen reformas en profundidade das normas administrativas e en concreto das de contratación pública, que permitan, agora si, configurar un modelo harmonizado e uniforme de contratación pública en Europa que permita unha axeitada optimización dos fondos públicos para consolidar as específicas políticas públicas inherentes ao noso modelo social e económico, e que incorpore como premisas da xestión a eficacia, eficiencia e integridade.

Se a necesaria estabilidade do marco normativo é desexable, tamén a necesaria profesionalización en prol de promover unha nova „cultura“ da contratación pública, que

faga desta un instrumento de políticas públicas activas afastado de prácticas clientelares ou de validación de proxectos claramente insostibles xa dende unha perspectiva financeira xa dende a propia lóxica da conveniencia e a súa sostibilidade. A necesidade derivada da nova regulación aconsella a axeitada profesionalización. Obxectivo que se recolle na Declaración de Cracovia, que contén as conclusións do primeiro Foro do Mercado Interior celebrado na devandita cidade os días 3 e 4 de outubro de 2011, e que entre as medidas para mellorar o funcionamento da lexislación comunitaria sobre contratación pública, propón *profesionalizar o sector da contratación pública a través dunha mellor formación*.

E para iso, a Directiva de contratación pública considera a obriga de constituír tanto estruturas de apoio xurídico e económico que ofrezan asesoramento, orientación, formación e axuda para preparar como órganos especialmente preparados para levar a cabo os procedementos de contratación. Ademais, e como consubstancial á idea de profesionalización, é fundamental que a actividade dos xestores públicos se ataña a un código ético estrito que evite o conflito de intereses e que se lles dote de ferramentas para detectar as prácticas colusorias e deseñar estratexias que as impidan. A profesionalización é, en suma, un dos factores clave para promover a integridade.

Para cumprir este fin de integridade hai que reforzar os mecanismos de control tanto mediante a función de inspección e control dos Tribunais de Contas, Axencias de Loita antifraude e, especialmente, mediante a necesaria independencia dun control efectivo e rápido. Hai que esixir unha maior cualificación e responsabilidade dos „xestores“ públicos (evitar a politización). Débese orientar a lexislación cara a unha cultura ética da actuación administrativa que garanta e promova a integridade na xestión dos asuntos públicos. E iso porque esta en xogo, insistimos, a efectividade do dereito a unha boa administración.

Este é o reto da transposición das novas Directivas cuxo deseño debe permitir implantar un novo goberno público —xunto con outras reformas estruturais—, incorporar como paradigmas da xestión a eficacia, eficiencia e integridade que permita impulsar un modelo harmonizado e transparente de xestión dos fondos públicos, que axude a consolidar as específicas políticas públicas inherentes ao noso modelo social e económico, impulsar a reactivación económica e empresarial e, por suposto, a lexitar democraticamente o noso modelo político.

Como conclusión, pódese afirmar que nos encontramos ante unha nova realidade xurídico-económica da contratación pública, que esixe unha visión estratéxica nun contexto económico globalizado. Unha correcta utilización de compra pública, como instrumento ao servizo de políticas públicas, debe permitir reforzar os principios inherentes ao modelo social europeo e garantir a súa sostibilidade nunha situación xeopolítica cada vez máis tensionada dende os mercados orientais, que obrigan a repensar e reforzar a estratexia do mercado interior europeo.

NOTAS

1. O presente traballo foi presentado polo autor no I Seminario sobre transparencia administrativa e protección dos intereses financeiros da UE na Erorrexión Galicia-Norte de Portugal, celebrado na sede da Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 19 e 20 de marzo de 2014.
2. Sobre o contido das novas Directivas remítoe ao meu traballo “As novas Directivas —cuarta xeración— en materia de contratación pública. Cara a unha estratexia eficiente en compra pública”, REDÁ núm. 159, 2013, páxs. 25-89 e de J.A. MORENO MOLINA, “A cuarta xeración de Directivas da Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo Observatorio dos Contratos Públicos 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, páxs. 115 a 163. De especial interese, en tanto apúntanse as liñas estratéxicas da reforma, é o traballo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA e M. A. BERNAL BLAY, “A contratación pública e o Dereito comunitario. Cuestións pendentes”, en libro col. Observatorio dos Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, páxs. 23 a 42. Sobre os principios aplicables a esta materia, por todos, remítoe ao traballo de J.A. MORENO MOLINA, “O sometemento de todos os contratos públicos aos principios xerais de contratación” no Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández, Thomson, Pamplona, 2012, páx. 3429 e ss. do tomo II.
3. Dende o ano 2004, as Directivas vixentes en materia de contratación pública son as Directivas 2004/18/CE («sectores clásicos») e 2004/17/CE («sectores especiais»), ambas as dúas aprobadas o 31 de marzo de 2004, que coordinan, respectivamente, os procedementos de adjudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos, así como dos contratos dos sectores da auga, da enerxía, dos transportes e dos servizos postais (DOUE L 134, do 30 de abril de 2004).
4. A presente iniciativa de reforma da contratación pública enmárcase na Estratexia Europa 2020 para un crecemento intelixente, sostible e integrador [COM (2010) 2020], así como as iniciativas emblemáticas de Europa 2020 «Unha Axenda Dixital para Europa» [COM (2010) 245], «Unión pola innovación» [COM (2010) 546], «Unha política industrial integrada para a era da globalización» [COM (2010) 614], «Enerxía 2020» [COM (2010) 639] e «Unha Europa que utilice eficazmente os recursos» [COM (2011) 21]. Aplica tamén a Acta do Mercado Único [COM (2011) 206], e en particular a súa duodécima medida clave: «Revisión e modernización do marco normativo dos contratos públicos». Sobre a transposición das anteriores Directivas nos Estados membros resulta de grande interese o libro colectivo coordinado por M. SÁNCHEZ MORÓN, O Dereito dos contratos públicos na Unión europea e os seus Estados membros, Les Nova, Valladolid, 2011.
5. O ‘Informe de avaliación: impacto e eficacia da lexislación comunitaria sobre contratación pública’ (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recolle as opinións e recomendacións de máis de seiscientos profesionais sobre a efectividade das actuais directivas que rexen a contratación en organismos públicos. O informe destaca que as directivas sobre contratación pública fomentaron a apertura e a transparencia provocando que a competencia se intensificase. Isto traduciuse nun aforro de custos ou investimento público adicional que se cuantifica en 20.000 millóns de euros, un cinco por cento dos 420.000 millóns de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. Tamén recolle o desexo unánime de recortar, axilizar e flexibilizar os trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para as pequenas e medianas empresas (PEME) que actualmente sofren completando a cantidade de esixencias administrativas que obrigan os procesos de licitación. Esta análise serviu de punto de partida para a revisión das directrices que se acometeu a finais do pasado ano. Con ela preténdese manter unha política equilibrada que preste apoio á demanda de bens, servizos e obras que sexan respectuosos co medio, socialmente responsables e innovadores, ofrecendo ademais ás autoridades adjudicadoras uns procedementos máis sinxelos e flexibles e que garantan un acceso máis doado ás empresas, particularmente ás PEME.
6. Con data do 23 de marzo de 2013 a Comisión Europea presentou a proposta para a decisión Consello relativa á conclusión formal do Protocolo que modifica o Acordo sobre Contratación Pública (ACP), o único acordo legalmente vinculante na OMC relativa á contratación pública. Por outro lado, en relación coa modernización da política de contratación pública da UE, apoia a petición de que se clasifiquen por prioridades as cuestións tratadas no Libro Verde e, neste sentido, pide á Comisión que examine en primeiro lugar as cuestións da simplificación das normas, o acceso equilibrado aos mercados do sector público, e a mellora do acceso das PEME, e que emprenda como un segundo paso a revisión da contratación pública e as concesións, co fin de obter a necesaria e completa participación, non só do Parlamento Europeo e os Estados membros, senón tamén dos cidadáns e as empresas. En data 7 de marzo de 2014 publicouse no DOUE o Protocolo polo que se modifica o Acordo sobre Contratación Pública, feito en Marrakech o 15 de abril de 1994. En concreto, substitúe o Preámbulo, os artigos I a XXIV e os Apéndices do Acordo de 1994, polas disposicións establecidas no seu anexo.
7. Remítoe á miña opinión en www.obcp.es de marzo de 2012: “Unidade de mercado e contratación pública: redefinindo os perfís de contratante”. Por outra parte, como recorda a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado no seu Informe 1/2009, do 25 de setembro, existe fraccionamento, aínda que se trate de varios obxectos independentes, se entre eles existe a necesaria unidade funcional ou operativa.
8. Por todos, A. RUIZ DE CASTAÑEDA, “A nomenclatura CPV na contratación”, na obra colectiva Estudos en Homenaxe a Ángel Ballesteros, A Lei, Madrid, 2011, páx. 203 e ss.
9. Remítoe ao meu traballo “Compra pública estratéxica”, en libro colectivo Contratación pública estratéxica / coord. por J. Pernas García, Aranzadi, 2013, Cizur Menor, páxs. 45-80.
10. GIMENO FELIÚ, J.M., A nova contratación pública europea e a súa incidencia na lexislación española, Civitas, 2006, páxs. 15-21 e Novos escenarios de política de contratación pública en tempos de crise económica, O Cronista do Estado Social e Democrático de Dereito, n.º. 9, 2010, páxs. 50-55. Tamén ORDÓÑEZ SOLÍS, A Contratación pública na Unión Europea, Aranzadi, Pamplona, 2002, páxs. 162-182, MORENO MOLINA, J.A., Crise económica e contratos públicos: o Real Decreto Lei 9/2008 polo que crean un fondo especial de investimento local e un fondo estatal do Estado para a dinamización da economía e do emprego”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 83, 2009, páx. 37 e ss. e L. ORTEGA ÁLVAREZ, “O equilibrio entre os principios de interese público e o de libre competencia na contratación pública local”, Revista Electrónica CEMCI, núm. 3 de 2009. Igualmente, nesta liña, pode citarse a MELERO ALONSO E.: “O contrato administrativo como instrumento para exercer políticas públicas. Fomento do emprego estable e contratación con empresas de traballo temporal”, Revista Xurídica da Comunidade de Madrid núm.1, 1999 (artigo asinado xunto a Marabillas ESPÍN SÁEZ) e BLÁZQUEZ ROMÁN, J.A. E RAMÍREZ HORTELANO, P., “As cláusulas sociais na contratación administrativa”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 42, 2005, páx. 39. Así o entendido tamén a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón no seu Informe 17/2008, do 21 de xullo. E é que, como ben tiña advertido MESTRE DELGADO, constátase na regulación da contratación pública a existencia dun interese público por empregar mecanismos de reforzo-ou fomento— para forzar aos empresarios ao cumprimento de previsións —non necesariamente previstas co carácter de imposicións coactivas— contempladas en normativas sectoriais, “Contratos públicos e políticas de protección social e ambiental”, REÁ núm. 291, 2003, páx. 707.

11. T. MEDINA, "Comprando para asegurar o noso futuro: a utilización da contratación pública para a consecución dos obxectivos políticos da Unión Europea", en libro col. Observatorio dos Contratos Públicos 2010, Cizur Menor, 2011, páxs. 43 a 94.
12. Unha posición contraria á valoración na contratación de criterios relativos a outras políticas da Unión Europea —como cláusulas sociais ou ambientais— é sostida por ARROWSMITH, S., "The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for anew approach", *European Law Review*, vol. 21, núm. 1 de 2002, páxs. 11-13.
13. Como destaca G. VARA ARRIBAS, é posible unha contratación pública sostible que combine axeitadamente criterios económicos con criterios sociais e ambientais. "Novidades no debate europeo sobre a contratación pública", *Revista Española de Dereito comunitario* núm. 26, 2008, 128.
14. Nun caso que a Comisión tivo que examinar, o poder adxudicador baseouse principalmente nos elementos seguintes para adxudicar un contrato á empresa local de transporte: a implantación da empresa na localidade tiña, por unha parte, repercusións fiscais e supoñía, por outra, a creación de postos de traballo estables; ademais, a adquisición nese mesmo lugar dun importante volume de material e servizos por parte do provedor garantía unha serie de empregos locais. A Comisión considerou que os poderes adxudicadores non se podían basear neste tipo de criterios para avaliar as ofertas, dado que non permitían valorar unha vantaxe económica propia da prestación obxecto do contrato e que beneficiase ao poder adxudicador. Esta primeira obxección viña motivada pola violación das normas sobre adxudicación contidas no artigo 36.1 da Directiva 92/50/CEE. Así mesmo, estes elementos levaran a discriminar aos demais licitadores, posto que, ao comparar as ofertas, se deu preferencia ao único provedor establecido na localidade considerada. En consecuencia, infrinxírase o principio xeral de non discriminación entre provedores de servizos enunciado no artigo 3 da Directiva 92/50/CEE. A favor desta posibilidade tamén se posicionara en España o Consello de Estado no seu Dítame 4464/98, do 22 de decembro. Na doutrina Sen ánimo exhaustivo se poden citar os seguintes traballos: M.A. BERNAL BLAY, "Cara a unha contratación pública socialmente responsable, as oportunidades da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de Contratos do Sector Público," en libro col. O Dereito dos contratos públicos, Monográficos da Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008; J. A. MORENO MOLINA e F. PLEITE GUADAMILLAS, A nova Lei de Contratos do Sector Público. Estudo sistemático, A Lei, Madrid, 2007, páx. 516 e ss.; S. VERNIA TRILLO, "A inclusión das cláusulas sociais na contratación pública", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 20, 2002, páxs. 429-454; J. F. MESTRE DELGADO, "Contratos..." ob. Cit., páxs. 705-730; H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, "Cláusulas sociais na selección dos contratistas das Administracións públicas españolas?", *Xustiza administrativa* núm. 20, 2003, páxs. 27-67; P. LÓPEZ TOLEDO, «Contratación pública e medio», *Contratación Administrativa Práctica*, 33, 2004, páx. 25 e ss.; P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS, "O recorrente debate sobre os criterios de adxudicación dos contratos públicos", en *Contratación das Administracións públicas: análise práctica da nova normativa sobre contratación pública*, dir. J. M. Gimeno Felú, Atelier, Barcelona, 2004, páx. 61 e ss.; J. M. GIMENO FELIÚ, "Os procedementos e criterios de adxudicación e a posibilidade de valorar aspectos sociais e ambientais", en *Contratación das Administracións públicas: análise práctica da nova normativa sobre contratación pública*, dir. J. M. Gimeno Felú, Atelier, Barcelona, 2004, páx. 61 e ss.; F. VILLALBA PÉREZ, "A dimensión social da contratación pública. O sector da discapacidade na Lei de Contratos do Sector Público", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 74, 2009, páx. 49 e ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Cláusulas sociais e licitación pública: análise xurídica", *Instituto Andaluz de Administración Pública*, Sevilla, 2009; J. A. VÉLEZ TORO, "As cláusulas sociais na contratación administrativa local", *Contratación Administrativa Práctica*, 10, 2002, páx. 32 e ss.; J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN e P. RAMÍREZ HORTELANO, "As cláusulas sociais na contratación administrativa", *Contratación Administrativa Práctica*, 42, 2005, páx. 39 e ss.; A. GONZÁLEZ ALONSO, "A contratación pública ecolóxica", *Xustiza Administrativa* núm. 47, 2010, páx. 31 e ss.; e T. MEDINA ARNÁIZ, "Social Considerations in Spanish Public Procurement Law", *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, páxs. 56 —79.
15. Vid. T. MEDINA ARNÁIZ, "Comprando para asegurar o noso futuro: a utilización da contratación pública para a consecución dos obxectivos políticos da Unión Europea", en libro col. Observatorio dos Contratos Públicos 2010, Cizur Menor, 2011, páxs. 43-104.
16. Comunicación da Comisión ao Parlamento Europeo, ao Consello, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións: Cara a unha Acta do Mercado Único: Por unha economía social de mercado altamente competitiva, do 27 de outubro de 2010, COM (2010) 608.
17. Baixo este conceptoponse de relevo a necesidade de que os bens que se adquiren a través dos contratos públicos sexan os adecuados para cubrir as necesidades públicas, pero tamén que o contratista estea capacitado para cumprir as condicións do contrato nos termos previstos. Vid., por todos, ARROWSMITH, S., LINARELLI, J. e WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, páxs. 28 a 30.
18. O maior número de respostas procedeu do Reino Unido, Alemaña e Francia. No libro Observatorio dos Contratos Públicos 2010 (Civitas, Cizur Menor, 2011, páxs. 459-516) recóllese as contribucións presentadas polo grupo de investigación español composto por J.M. Gimeno, J.A. Moreno, I. Gallego, M.A. Bernal e T. Medina.
19. De interese é o Dítame do Comité Económico e Social europeo sobre a «proposta de directiva do parlamento europeo e do consello relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais», a «proposta de directiva do parlamento europeo e do consello relativa á contratación pública», e a «proposta de directiva do parlamento europeo e do consello relativa á adxudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, do 29 de xuño de 2012), e o Dítame do Comité das Rexións — Paquete en materia de contratación pública (2012/C 391/09), publicado en DOUE do 18 de decembro de 2012.
20. Vid. "Verso le Direttive di quarta generazione", en G.A. BENACCHIO/M. COZZIO *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, páx. 8.
21. Como xa anunciou o Ministerio de Facenda iniciáronse os traballos de transposición, cun grupo de expertos.
22. Vid. Borja COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, "Cara a unha nova Directiva de Contratos Públicos" revista dixital Noticias xurídicas, maio 2012 (http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/20120511-hacia_una_nueva_directiva_de_contratacion_publica.html)
23. Remítome ao meu traballo "O ámbito subxectivo de aplicación TRLCSP: luces e sombras", *RAP* 176, 2008, páxs. 9-54. Segundo xurisprudencia reiterada, o concepto de «organismo de Dereito público», concepto de Dereito comunitario que debe recibir unha interpretación autónoma e uniforme en toda a Comunidade, se define dende un punto de vista funcional con arranxo exclusivamente aos tres requisitos acumulativos que enumera o artigo 1, letra b), parágrafo segundo, das Directivas 93/36 e 93/37 (véxanse, neste sentido, as sentenzas Mannesmann Anlagenbau Austria e outros, do 15 de xaneiro de 1998, apartados 20 e 21; do 12 de decembro de 2002, *Universale-Bau* e outros, apartados, 51 a 53; do 15 de maio de 2003, *Comisión/España*, apartados 52 e 53, do 16 de outubro de 2003, *Comisión/España*, e do 13 de xaneiro de 2007, apartado 27). En relación á sentenza do 15 de maio de 2003 que condena ao Reino de España (e as subseguintes do 16 de outubro de 2003 e do 13 de xaneiro de 2005) se poden consultar na doutrina española os seguintes traballos: J.L. PINAR MANAS, "A aplicación a entidades privadas da normativa de contratos públicos e sobre a necesidade de prever medidas preventivas autónomas. Importante STXUE do 15 de maio de 2003 pola que se condena a España en materia de contratos", *Actualidade Xurídica Aranzadi* núm. 585, 2003, J.A. MORENO MOLINA, "Recente evolución do Dereito Comunitario da Contratación pública. O asunto C-214/2000", en GIMENO FELIÚ José María (Coord.) *Contratación das Administracións Públicas:*

- análise da nova normativa sobre contratación pública, Atelier, Barcelona, 2004; B. NOGUERA DE LA MUELA, “O control da contratación pública no Dereito Comunitario e no Ordenamento xurídico-administrativo español. Breve apuntamento a propósito das modificacións introducidas no TRLCAP pola Lei 62/2003, do 30 de decembro, de Medidas Fiscais, Administrativas e da Orde Social”, en J.M. GIMENO FELIÚ (Coord.) Contratación das Administracións Públicas: análise da nova normativa sobre contratación pública, Atelier, Barcelona, 2004, e tamén no seu estudo “Consecuencias da Sentenza do TXUE do 15 de maio de 2003 (Comisión/España) no Ordenamento xurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables nos contratos das sociedades mercantís públicas e tutela preventiva contractual. A nova regulación introducida pola Lei 62/2003, de 30 de decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social”, en Revista Andaluza de Administración Pública n.º 53, 2004, páxs. 17-45; J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, “O impacto da Xurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) no Ordenamento xurídico interno”, Revista Xurídica de Navarra n.º 37 Xaneiro/Xuño 2004, páxs. 205-238, J., CARRILLO DONAIRE, “Un novo paso na xurisprudencia comunitaria sobre o concepto de poder adjudicador: a sentenza do TXUE do 16 de outubro de 2003, sobre procedemento de adjudicación dos contratos de obras públicas con ocasión dunha licitación a cargo da Sociedade Estatal de Infraestruturas e Equipamentos Penitenciarios”, Revista Andaluza de Administración Pública núm. 51, 2003, páxs. 127-151 e M. A. BERNAL BLAY, “Acerca da transposición das directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario á STXUE do 13 de xaneiro de 2005, as. C-84/03 (Comisión Vs. Reino de España) e o Real Decreto Lei 5/2005, do 11 de marzo,” RAP núm. 168, 2005, páxs. 167-185.
24. A STXUE do 11 de xuño de 2009 (Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik) determina unha interpretación “ampla”, ao resolver a cuestión de se un acordo celebrado coa caixa pública do seguro de enfermidade, de calzado ortopédico fabricado e adaptado individualmente é ou non un contrato público sometido á Directiva 2004/18. Na sentenza afirmase que un financiamento, como o analizado, dun réxime público do seguro de enfermidade que ten a súa orixe en actos do Estado, está, na práctica, garantido polos poderes públicos e está asegurado mediante unha forma de recadación das cotizacións correspondentes regulada polas disposicións de Dereito público, cumpre o requisito relativo ao financiamento maioritario polo Estado, para os efectos da aplicación das normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos. Este dato —sen valorar se o seu actividade é ou non de interese xeral ou industrial ou mercantil— leva ao TXUE a afirmar que tales caixas do seguro de enfermidade se deben considerar organismos de Dereito público e, por conseguinte, poderes adjudicadores para os efectos da aplicación das normas desta Directiva. A recente STXUE do 12 de setembro de 2013 (Asunto IVD Gmbtt) resolveu, en relación a un colexio profesional, de dereito público, que non cumpre nin o criterio relativo ao financiamento por parte dos poderes públicos cando o devandito organismo está maioritariamente financiado polas cotas aboadas polos seus colexiados estando facultado pola lei para fixar as cotas e cobrar o seu importe, no caso de que a devandita lei non determine o alcance nin a modalidades das accións que o mencionado organismo leva a cabo no marco de cumprimento das súas funcións legais, que as mencionadas cotas debe financiar, nin o criterio relativo ao control da xestión por parte dos poderes públicos polo mero feito de que a resolución en cuxa virtude o mesmo organismo fixan importe das citadas cotas de base aprobada por unha autoridade de supervisión. En todo caso, a necesaria interpretación funcional deste criterio implica que onde exista influencia dominante, á marxe da participación efectiva, existirá control e se entenderá cumprido este requisito. Esa foi a doutrina do TJUE: sentenza do 1 de febreiro de 2001, que considera sometidas ao réxime de contratación pública ás empresas francesas dedicadas á construción de vivendas por parte de servizos públicos de construción e urbanización e de sociedades de vivenda de aluguer moderado; e a sentenza do 27 de febreiro de 2003 (Adolf Truley). En definitiva, como recorda BAÑO LEÓN (“A influencia do dereito comunitario na interpretación da Lei de Contratos das Administracións Públicas”, RAP núm. 151, 2000, pág. 15) o que importa ao dereito comunitario (dende criterios funcionais), é se a actividade é ou non empresarial e se sobre ela ten influencia determinante o Estado ou outro poder adjudicador. Tamén S. GONZÁLEZ-VARAS, El contrato administrativo, Civitas, Madrid, 2003, pág. 24. Isto pode significar que unha empresa pública sen participación superior ao cincuenta por cento do seu accionador, sexa poder adjudicador se existe influencia dominante, que sempre existirá se hai de facto un dereito de veto (por exemplo, empresas públicas con participación público-privada ao cincuenta por cento).
 25. Vid. M. A. BERNAL BLAY, “Os partidos políticos e a normativa sobre contratos públicos”, publicado en [www.obcp.es](http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/recategoria.208/reلمenu.3/chk.aaaa00f4aae47b021abbfe36d026f5fe) (21 de xaneiro de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/recategoria.208/reلمenu.3/chk.aaaa00f4aae47b021abbfe36d026f5fe>. É verdade que o considerando 29 parece limitar esta posibilidade. Non obstante, este reconece que hai países en que si poden ter consideración de poder adjudicador, en tanto exista unha maioría de financiamento público. Esta lóxica xustificaría en España a aplicación das previsións de contratación pública tanto polas organizacións políticas que cumpran estes requisitos así como sindicatos e organizacións empresariais.
 26. Centrais de compras chamadas a se converter nun claro instrumento de colaboración administrativa e que se debe traducir en simplificación da política de compras públicas para moitos dos suxeitos sometidos a esta Lei, especialmente, os pequenos municipios. Remítome ao meu traballo “A contratación conxunta e as fórmulas de cooperación como mecanismos de xestión eficiente da organización no modelo local”, en libro col. Observatorio de Contratos Públicos 2012, Civitas, Cizur Menor, 2013.
 27. Esta técnica de cooperación prevista como agregación de demandas considérase no Libro Verde sobre a modernización da política de contratación pública da UE. Cara a un mercado europeo da contratación pública máis eficiente (COM (2011) 15 final), do 27 de xaneiro de 2011. Resulta de interese a contribución ao devandito documento do grupo de investigación Proxecto financiado polo Ministerio de Ciencia e Innovación do Reino de España sobre «Novos escenarios da contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica e cooperación intersubxectiva» (Ref. DER JURI 2009-12116). IP: José M. Gimeno Feliú. Pódese consultar no libro colectivo Observatorio dos Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, páxs. 459-516 (en especial, páxs. 478-479). Esta mesma opinión é sostida por R. RIVERO ORTEGA, A necesaria innovación nas institucións administrativas, INAP, 2012, pág. 109.
 28. O CESE — Ditame do Comité Económico e Social europeo sobre a «proposta de directiva do parlamento europeo e do consello relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais», a «proposta de directiva do parlamento europeo e do consello relativa á contratación pública», e a «proposta de directiva do parlamento europeo e do consello relativa á adjudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, do 29 de xuño de 2012) — é partidario de manter a diferenza entre os servizos A e B sempre que exista seguridade xurídica, e a posibilidade de prorrogar os contratos transfronteirizos de servizos B. Xa no Ditame INT/570 preconizábase unha revisión periódica da lista de servizos B por parte da Comisión, ao obxecto de determinar se algúns servizos B poden, de xeito vantaxoso, transformarse en servizos A. En todo caso, o CESE amosa a súa preocupación en relación cos diversos contratos de servizos públicos que se encontraban previamente na lista de servizos B e que agora se eliminaron do anexo XVI e do anexo XVII, segundo o caso, das propostas, anexos onde se recollen os servizos para os que resultará aplicable o procedemento regulado nos artigos 74 a 76 ou 84 a 86 de ambas as dúas propostas. Por outro lado, o CESE entende que a referencia aos servizos relixiosos e aos prestados por sindicatos que actualmente se inclúen no anexo XVI e no anexo XVII das propostas debe ser eliminada (apartado 1.16.).
 29. A xuízo da Comisión, unha análise cuantitativa do valor dos contratos para a adquisición deste tipo de servizos, adxudicados a operadores económicos estranxeiros, amosou que os contratos por debaixo deste valor non teñen, en xeral, interese transfronteirizo.
 30. Resulta de interese o Informe 2/2014, do 22 de xaneiro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre Cualificación dos contratos asistenciais sanitarios e sociais. O risco asumido polo contratista como elemento clave para a cualificación

dun contrato como xestión de servizo público. Posibilidade de incorporar cláusulas propias do réxime xurídico do contrato de xestión de servizo público aos pregos que han de rexer a execución dun contrato de servizos.

31. Os considerados da Directiva recoñecen que existe unha necesidade xeneralizada de maior flexibilidade e, en particular, dun acceso máis amplo a un procedemento de contratación pública que prevexa negociacións, como as que regula o ACP explicitamente para todos os procedementos. Por iso formula que, salvo disposición en contrario na lexislación do Estado membro de que se trate, os poderes adjudicadores deben ter a posibilidade de utilizar un procedemento de licitación con negociación conforme ao establecido na Directiva, en situacións diversas nas que non é probable que se poidan obter resultados satisfactorios da contratación mediante procedementos abertos ou restrinxidos sen negociación.
32. Vid. J.A. MORENO MOLINA, "A aposta europea por un maior recurso á negociación na contratación pública", en obcp.es (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.52/releategoria.121/relemenu.3/chk.684ee71d718b8e76aa58a4b78b4623d1>).
33. Este acordo non poderá adoptar a forma dunha renuncia xeral, senón que se deberá referir á comunicación intencionada de solucións específicas ou outra información confidencial.
34. Igual consecuencia infírese da Sentenza do Tribunal de Xusticia da Unión Europea, do 9 de xuño de 2011, *Evropaiki Dynamiki* contra Banco Central Europeo.
35. E é que, sen efectiva negociación non hai un procedemento negociado, que deviría, por iso, en ilegal. Sobre como negociar resulta de interese o traballo de F. Blanco, «O procedemento de negociación de adjudicación de contratos administrativos. A negociación como elemento esencial e configurador do procedemento», en *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, 2011, núm. 111, páxs. 34 a 41, e *ibid.*, «O procedemento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación e desenvolvemento. Proposta de nova regulación legal», núm. 116, páxs. 36 a 43.
36. Esta técnica fundaméntase na previsión do artigo XIII. 4 do Acordo sobre Contratación Pública da Organización Mundial de Comercio que establece que «... En caso de que unha entidade recibise unha oferta anormalmente máis baixa que as demais ofertas presentadas poderá pedir información ao licitador para se asegurar de que este pode satisfacer as condicións de participación e cumprir o estipulado no contrato».
37. Sobre esta técnica, por todos, dado o seu interese práctico, poden consultarse os traballos M.A. NARVÁEZ JUSSADO, "O prezo do contrato e a apreciación das ofertas anormais" e de F. BLANCO LÓPEZ, "A oferta anormalmente baixa na contratación pública. A oferta inaceptable", en núm. Monográfico Cuestións teóricas e prácticas sobre a contratación pública local, en *Revista Estudos Locais* núm. 161, 2013, páxs. 353-378 e 379-406, respectivamente.
38. A oferta que contén valores anormais ou desproporcionados é un indicio para establecer que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia diso e que, polo tanto, non se debe facer a adjudicación a quen a tivese presentado. De acordo con iso a apreciación de se é posible o cumprimento da proposición ou non, debe ser consecuencia dunha valoración dos diferentes elementos que concorren na oferta e das características da propia empresa licitadora, non sendo posible, como xa advertira a STXUE 27 de novembro de 2001 (Imprimida Lombardini SpA — Imprimida Generale dei Costruzioni), a súa aplicación automática.
39. O Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, ao igual que outros órganos de recursos contractuais, ten sentada unha abundante doutrina sobre os fundamentos da baixa anormal ou desproporcionada, (entre outros, Acordo 14/2011, 4/2013, 5/2013 e 8/2013), da que se deben extraer dúas conclusións principais. En primeiro lugar que cando para a adjudicación se deban ter en conta varios criterios de valoración, os que deben servir de base para determinar se unha oferta é ou non anormalmente baixa se deben facer constar no prego de cláusulas administrativas particulares, e, en segundo lugar, que a finalidade desta apreciación é determinar «que a proposición non pode ser cumprida como consecuencia da inclusión de valores anormais ou desproporcionados».
40. Por todos, Vid. J. DOMÍNGUEZ MACAYA, "A contratación electrónica TRLCSP. Análise e unha resposta, é posible obrigar aos licitadores a licitar por medios electrónicos?", en libro col. O Dereito dos contratos do Sector Público, Monografías da Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008, páxs. 194-200.
41. Esta opción xa se considerou no artigo 10 da Lei 3/2011, de medidas de contratos do Sector Público de Aragón. Vid. A.I. BELTRÁN GÓMEZ, "Medidas adoptadas polas Comunidades Autónomas en materia de contratos públicos", *Observatorio dos Contratos Públicos* 2011, ob. Cit., páxs. 121-122.
42. Remítome ao meu traballo "A Directiva Servizos e a contratación pública: cara a simplificación administrativa", Monografías da Revista Aragonesa de Administración Pública núm. XII, 2010, páxs. 409-443.
43. Así debe entenderse o considerando 57 da Directiva "Servizos". Non en van ambas as dúas Directivas —impulsadas polo mesmo Comisario europeo— teñen ou persegue un mesmo obxectivo: a consecución efectiva do mercado interior europeo mediante a simplificación, flexibilización e modernización. Vide. T.MEDINA ARNÁIZ, "Impacto sobre a Administración autonómica en canto á simplificación dos trámites aos prestadores de servizo", en Libro colectivo Colección de Estudos do Consello Económico e Social de Castela e León, núm. 13, dedicado ao IMPACTO DA TRANSPOSICIÓN DA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN CASTELA E LEÓN dirixido por D.J. Vicente Blanco e R. Rivero Ortega, 2010, pág.435. Tamén A. SANMARTÍN AMORA defende a necesidade de simplificación do marco da contratación pública. "As competencias en materia de contratación pública no Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: unha oportunidade para desenvolver políticas propias", en libro colectivo Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante o novo marco estatutario. Zaragoza, 2010 pág. 419
44. Polo seu interese, remítome ao libro colectivo dirixido por J. PERNAS, *Contratación Pública Estratéxica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
45. Vid. G. DOMENECH PASCUAL, "A valoración das ofertas no Dereito dos contratos Públicos", *Revista Xeral de Dereito Administrativo* núm. 30, 2012. Neste traballo realízase un exhaustivo repaso da xurisprudencia na materia.
46. A Resolución 107/2011 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, de data 15 de abril de 2011, analiza a cuestión da necesaria precisión no Prego de cláusulas Administrativas particulares sobre os criterios concretos que se seguirán polo órgano de avaliación de ofertas en relación coa determinación dos criterios de adjudicación, sendo insuficiente a simple mención nos Pregos da puntuación máxima a outorgar.
47. Obviamente, non se poden establecer criterios que baixo a aparencia de obxectivos non teñan outra intención que a da participación final dunha determinada empresa, pois se vulnera o principio de igualdade de trato referido no artigo 18.2 da Directiva.
48. O Parlamento Europeo, na súa resolución sobre o Libro Verde da Comisión sobre a contratación pública na unión Europea: reflexións para o futuro (COM (96) 0583 —C4-0009/97) insiste na necesidade de incorporar axeitadamente os aspectos sociais e ambientais na contratación pública e, en xeral, nos distintos fins inherentes ao proceso de integración comunitaria por referencia aos contratos públicos. Sobre esta cuestión é de interese o recente traballo de T. MEDINA ARNÁIZ, "A contratación pública socialmente responsable a través da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea", REDA núm. 153, 2012, páxs. 213-240.

49. Estes supostos son citados, a modo exemplificativo, por Comunicación sobre a lexislación comunitaria de contratos públicos e as posibilidades de integrar os aspectos ambientais na contratación pública. E é que, como acertadamente destaca PRIETO ÁLVAREZ, resulta evidente a vantaxe comercial derivada dun certificado de garantía ecolóxica como é a ecoetiqueta. “Medio ambiente...”, ob. Cit., páx. 129.
50. No Libro Verde Do reto á oportunidade: cara a un marco estratéxico común para o financiamento da investigación e a innovación pola UE, COM (2011) 48 final, do 15 de febreiro de 2011, indícase que o logro dos obxectivos amplamente avalados de crecemento intelixente, sostible e integrador fixados en Europa 2020 depende da investigación e a innovación, que constitúen os motores fundamentais da prosperidade social e económica, así como da sostibilidade do medio.
51. Especial interese ten o estudo de T. MEDINA ARNÁIZ, “Comprando para asegurar o noso futuro: A utilización da contratación pública para a consecución dos obxectivos políticos da Unión Europea”, Observatorio de Contratos Públicos 2010 (...), op. cit., páxs. 43— 101.
52. Sobre a contratación precomercial resulta de interese a Comunicación da Comisión A contratación precomercial: impulsar a innovación para dar a Europa servizos públicos de alta calidade e sostibles, COM (2007) 799, do 14 de decembro de 2007 e a Resolución do Parlamento Europeo, do 3 de febreiro de 2009 (2008/2139 (INI), publicada no DOUE C 67E, do 18 de marzo de 2010. Acerca da súa incidencia na lexislación española, CORTÉS MORENO, Á., “A contratación precomercial e a Lei de Contratos do Sector Público. O seu reflexo na Lei de Economía Sostible”, El Consultor de los Concellos e dos Xulgados, núm. 9, 2011, páxs. 1109 — 1119.
53. A este respecto, ha de sinalarse que a «contratación precomercial» se incorpora á lexislación contractual española a través da reforma da LCSP por parte da LES. Así, o artigo 38 LES persegue fomentar a contratación pública de actividades innovadoras mediante contratos de investigación e desenvolvemento. Estes contratos encóntranse excluídos do ámbito de aplicación da LCSP ao incorporarse á Lei de Contratos un novo suposto ao artigo 4.1 LCSP — concretamente a letra r —. Esta reforma da LCSP concrétese na Disposición final décimo sexta LES que amplía o elenco destes negocios ao sinalar que están excluídos da aplicación da LCSP “Os contratos de investigación e desenvolvemento remunerados integramente polo órgano de contratación, sempre que este comparta coas empresas adxudicatarias os riscos e os beneficios da investigación científica e técnica necesaria para desenvolver solucións innovadoras que superen as dispoñibles no mercado. Na adxudicación destes contratos deberá asegurarse o respecto aos principios de publicidade, concorrencia, transparencia, confidencialidade, igualdade e non discriminación e de elección da oferta economicamente máis vantaxosa”. Así mesmo, no noso dereito, a promoción da innovación dende a contratación pública ademais de ter encaixe na LES, ten recoñecemento na Lei 14/2011, da 1 de xuño, da Ciencia, a Tecnoloxía e a Innovación e na Estratexia Estatal de Innovación (e2i) 2010. Véxase, T. MEDINA ARNÁIZ, T., “As principais novidades na normativa contractual (...)”, Comentarios á lei de economía sostible, libro coord. por Santiago A. Bello Paredes, A Lei, 2011, páxs.119-163.
54. Este novo procedemento non se debe confundir coa compra pre-comercial. A contratación pre-comercial foi expresamente excluída do ámbito de aplicación da normativa contractual comunitaria (artigo 16 f) da Directiva 2004/18/CE). A asociación para a innovación contén un só procedemento dividido en dúas fases principais. Pola contra, o punto e final da contratación pre-comercial no deseño dos bens ou servizos reclamados polo órgano de contratación. A súa produción ou prestación licítarase nun procedemento separado. Esta técnica é analizada no Informe 2/2010, do 17 de febreiro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón: características onde se advirte que estes contratos teñen certas singularidades: a) O interese público perseguido é a obtención de recursos e o fomento da investigación. b) A regra xeral é a aleatoriedade do contrato, que non responde a unha necesidade previa do ente público. c) O impulso e iniciativa do contrato procede de fóra da Administración, polo tanto non cabe promover concorrencia e a falta deles non compromete fins esencialmente administrativos. Como advertiu A. LÓPEZ MIÑO, que analiza de forma excelente as diferentes formas de compra innovadora, a falta dun marco xurídico europeo sobre compra pre-comercial acrecenta as posibilidades de imputación de axudas públicas incompatibles, aproveitando o carácter variable e evanescente dos diferentes protocolos que a desenvolven caso a caso nos diferentes Estados membros, de aí que haxa que extremar o coidado na elección desta modalidade contractual “A compra pública innovadora nos sistemas europeo e español de contratación pública” en J. PERNAS GARCÍA (Dir.) Contratación pública estratéxica, Aranzadi, 2013, páxs. 213-248.
55. Ao respecto é interesante a descrición que se realiza no traballo xa citado de A. LÓPEZ MIÑO, “A compra pública innovadora nos sistemas europeo e español de contratación pública” en J. PERNAS GARCÍA (Dir.), ob.cit., páxs. 229-237.
56. Con data 20 de novembro de 2013 publicouse unha nova Norma UNE-EN 16271:2013 Xestión do Valor. Expresión funcional de necesidades e prego de especificacións funcionais. Requisitos para a expresión e validación das necesidades a satisfacer por un produto no proceso de adquisición ou obtención deste. Esta Norma é a versión oficial en español da Norma Europea EN 16271:2012, e foi elaborada polo comité técnico AEN/CTN 144 Xestión do Valor. Análise do Valor. Análise Funcional, cuxa Secretaría desempeña IAT. O PEF é compatible coas normas aplicables a contratos públicos e achega gran valor nos mecanismos de Compra Pública Innovadora (CPI), actuación administrativa de fomento da innovación orientada a potenciar o desenvolvemento de novos mercados innovadores dende o lado da demanda, a través do instrumento da contratación pública, na medida que nas licitacións se deben expresar as necesidades requiridas en termos funcionais.
57. Como recorda a STXUE do 14 de febreiro de 2008, VAREC, o órgano que coñeza este recurso debe garantir axeitadamente a confidencialidade das propostas dos licitadores e o segredo da devandita información.
58. En extensión, remítome ao meu traballo “A necesidade dun Código de Contratos Públicos en España. A contratación pública e as PEMES como estratexia de reactivación da economía”, en libro Observatorio dos Contratos Públicos 2011, Ob. Cit., páxs. 59-84.
59. En extenso remítome ao meu traballo “A necesidade dun código de contratos públicos en España. A contratación Pública e as PEMES como estratexia de reactivación económica”, en libro Observatorio dos Contratos Públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, páxs. 59 a 84.
60. Vid. O meu traballo Novidades da Lei de Contratos do Sector Público do 30 de outubro de 2007 na regulación da adxudicación dos contratos públicos, Cizur Menor, 2010, páxs. 360 a 363. Tamén J.A. MORENO MOLINA defende unha nova regulación máis eficiente que favoreza o acceso das PEMES aos mercados públicos, “O novo TRLCSP”, núm 115 Revista Contratación Administrativa Práctica, A Lei, 2012, páx. 19.
61. O texto da Small Business Act pódese consultar dende a páxina web <http://www.sba.gov/regulations/sbaact/sbaact.pdf> da Small Business Administration. Unha axencia federal creada en 1953 para axudar, aconsellar, asistir e protexer os intereses dos pequenos empresarios (en español— <http://www.sba.gov/espanol/>).
62. Ditame do Comité Económico e Social Europeo do 29 de maio de 2008 sobre o tema «Contratos públicos internacionais» (2008/C 224/06).
63. COM (2008) 394 final. A denominación simbólica de «Act» desta iniciativa subliña a vontade política de recoñecer o papel central das PEMES na economía da UE e de articular por primeira vez un marco político completo para a UE e os sus Estados membros.
64. O DOUE do 22 de decembro de 2011, publica o Ditame do Comité Económico e Social Europeo sobre a «Comunicación da Comisión ao Consello, ao Parlamento Europeo, ao Comité Económico e Social Europeo e ao Comité das Rexións — Revisión da “Small Business

Act" (SBA) para Europa» COM(2011) 78 final (2011/C 376/09). O Comité afirma no devandito ditame, en materia de contratación pública:

"3.3 Acceso aos mercados

3.3.1 A SBA reconece a necesidade de facilitar o acceso das PEME á contratación pública. Para fomentar a súa participación na contratación pública, non só se deben simplificar os procedementos, senón tamén crear políticas favorables ás PEME nos Estados membros, algo que polo momento só acontece nalgúns deles.

3.3.2O CESE considera urxente aplicar plenamente o «Código Europeo de Boas Prácticas» (3) na contratación pública; exhorta á Comisión e aos Estados membros a adoptar políticas favorables para facilitar un acceso máis eficaz das PEME e as microempresas aos contratos públicos

65. SEC (2008) 2193. Este documento ten por obxectivos: 1) proporcionar aos Estados membros e aos seus poderes adxudicadores orientacións sobre como poden aplicar o marco xurídico comunitario de maneira que facilite a participación das PEMEs nos procedementos de adxudicación de contratos, e 2) destacar as normas e prácticas nacionais que potencian o acceso das PEMEs aos contratos públicos.
66. Para máis información pódese consultar a páxina web: http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/public_procurement.htm
67. Así o defendín no meu traballo "A necesidade...", ob. Cit., páxs. 64-65.
68. A propia Dirección Xeral do Servizo Xurídico do Estado avalou tal posibilidade no seu Informe do 28 de xullo de 2006 ao razoer que "... o establecemento de varios lotes e a posibilidade de adxudicar cada un deles a contratistas distintos permite á Administración contar cunha maior garantía de cumprimento, pois se algún dos contratistas non pode cumprir coa entrega do lote ou lotes adxudicados, a circunstancia de que o resto de lotes fosen adxudicados a empresarios distintos evita que a Administración quede completamente desabastecida. De aí que resulte lóxico entender que o que establece o artigo 67.5.a) do RXCAP é unha facultade da Administración de decidir se se admite a licitación dun, varios, ou todos os lotes, pois, segundo as concretas circunstancias de cada contrato, pode interesar á Administración diversificar, mediante unha repartición por lotes, o número de subministradores contratados..."
69. Deste xeito, poderían acceder á licitación PEMEs especializadas en cada categoría de produtos que, cando se licitan lotes, non poden licitar por nno dispoñer da totalidade dos produtos ou artigos que integran cada lote.
70. J. DOMÍNGUEZ-MACAYA, "A icontratación...", ob. Cit., , páxs. 52-54.
71. A xeito de exemplo o Rexistro Electrónico de Empresas Licitadoras, regulado por Decreto 107/2005, do 31 de maio, de Cataluña, ofrece un Rexistro en formato electrónico, voluntario e gratuito que é único para todo o sector público de Cataluña e que colabora con outros rexistros de licitadores e que pon a disposición de todos os órganos de contratación un completo "informe electrónico" da empresa —con solvencia completa— que é accesible de maneira segura e permanente.
72. A lóxica da colaboración administrativa impón esta solución. Só así se evitan duplicidades e custos administrativos innecesarios superando unha visión centralista da función dos Rexistros. Nesta posición, de carácter xeral, resulta de interese o traballo de GONZÁLEZ BUSTOS "A cooperación administrativa como mecanismo de funcionamento do mercado interior de servizos á luz da Directiva Bolkestein", en libro col. Dirixido por R. Rivero, Mercado Europeo e reformas administrativas. A trasposición da Directiva servizos en España, Civitas, Cizur menor, 2009, páx. 219
73. Vid. GIMENO FELIÚ, Novidades da Lei de Contratos do Sector Público do 30 de outubro de 2007 na regulación da adxudicación dos contratos públicos, ob.cit, páxs. 361-362.
74. Remítome á miña monografía Novidades da Lei de Contratos do Sector Público do 30 de outubro de 2007 na regulación da adxudicación dos contratos públicos, ob. cit. , páxs. 297-313.
75. Sobre a necesidade dun sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas remítome ao meu traballo A Lei de Contratos do Sector Público: unha ferramenta eficaz para garantir a integridade?. Mecanismos de control da corrupción na contratación pública", REDA núm. 147, 2010, páx. 517-535. Tamén. T MEDINA ARNÁIZ, "As respostas normativas ao fenómeno da corrupción na contratación pública", Diario A Lei, n.º 7382, Sección Doutrina, 16 Abril 2010. Transparencia Internacional afirma que "A corrupción na contratación pública é reconecida actualmente como o factor principal de desperdicio e ineficiencia no manexo dos recursos na rexión. Estímase que, de media, o 10% do gasto en contratacións públicas se desperdicia en corrupción e suborno. Fronte a esta problemática, o combate da corrupción na contratación pública vólvese unha condición básica para propiciar a axeitada satisfacción das necesidades dos cidadáns, así como para promover a ética pública e a responsabilidade empresarial.
76. Vid. A Integridade na Contratación Pública. Boas prácticas do A ao Z, INAP, Madrid, 2010.
77. Os conflitos de intereses reais, posibles ou percibidos teñen un elevado potencial para influír indebidamente nas decisións de contratación pública, co efecto de falsear a competencia e poñer en perigo a igualdade de trato dos licitadores. Polo tanto, deben instaurarse mecanismos eficaces para previr, detectar e solucionar os conflitos de intereses.
78. Resulta de especial interese a opinión de PÁX. VALCÁRCEL "Acordos colusorios entre licitadores: un problema sen resolver na normativa de contratación pública española" publicada en www.obcp.es (11 de marzo de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.92/relmenu.3/chk.ce79f7126b46baf20017646abf71e3f>. As consultas do mercado son un instrumento que resulta útil aos poderes adxudicadores para obter información sobre a estrutura e a capacidade dun mercado, ao mesmo tempo que informa aos axentes do mercado sobre os proxectos e os requisitos de contratación dos compradores públicos. Non obstante, os contactos preliminares cos participantes do mercado non deben dar lugar a vantaxes desleais e falseamentos da competencia. Polo tanto, a proposta contén unha disposición específica de protección contra o trato de favor inxustificable a participantes que asesorasen ao poder adxudicador ou participasen na preparación do procedemento.
79. Sobre esta cuestión resulta de interese o Informe 15/2012, do 19 de setembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón sobre "Confidencialidade das proposicións dos licitadores. Vid. o traballo de A. I. GÓMEZ, "O dereito de acceso a un expediente de contratación e a confidencialidade das propostas", en núm. Extraordinario Revista Estudos Locais núm. 161, 2013, páxs. 287-308 e M. RAZQUIN LIZARRAGA, A confidencialidade dos datos empresariais en poder das Administracións Públicas (Unión Europea e España), Iustel, 2013.
80. Especial interese ten a monografía de S. DÍEZ, A tutela dos licitadores na adxudicación de contratos públicos, Marcial Pons, 2012, que analiza con detalle o réxime comunitario e a súa trasposición en España.
81. Remítome aos meus traballos, "O dereito a tutela xudicial efectiva mediante recursos rápidos e eficaces: o modelo dos contratos públicos ", en Libro Dereito Fundamentais e Outros estudos, Libro Homenaxe ao prof. Lorenzo Martín Retortillo Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 2008, páxs. 1473-1498 e O novo sistema de recursos en materia de contratación", libro col. Observatorio dos Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, páxs. 211-258.

82. Así o entendeu o Acordo 55/2013, do 1 de outubro, do TACPA, onde se afirma, ante un suposto de formalización incumprindo o período de espera que “No deseño inicial da «Directiva Recursos» de 1989 se establecía que os efectos da declaración de invalidez da adjudicación se determinarían conforme ao Dereito nacional. Era, polo tanto, este dereito o que determinaba a sanción que anoaba á declaración de invalidez dos actos precontractuais (artigo 1.6), que, en consecuencia, podía ser ben a conservación do contrato, ben a declaración de ineficacia dos contratos celebrados con vulneración do Dereito europeo, como foi a solución tradicional no noso ordenamento. É dicir, a Directiva permitía a declaración de invalidez dun contrato aínda en impugnación dun acto de adjudicación. Con todo, as prácticas nacionais eludían o efecto do recurso, permitindo que un contrato nulo puidese continuar despregando efectos, o que foi considerado ilegal na STXUE do 3 de abril de 2008, pola que se condenaba ao Reino de España por este motivo.

O obxectivo explicitado pola vixente Directiva 2007/66/CE é reforzar os mecanismos de recurso, para matizar a regra tradicional de indiferenza do Dereito europeo en relación coa sorte que habería de correr o contrato adjudicado con vulneración das normas europeas sobre contratación pública. A actual Directiva de recursos pretende incorporar unha sanción efectiva, proporcionada e disuasoria que funcione como mecanismo de peche do sistema e que garanta o cumprimento de todo o sistema de garantías das normas substantivas sobre contratación (de feito, na proposta orixinal da Comisión a ineficacia era unha posibilidade só na circunstancia de que o período de suspensión non se observase por parte da entidade contratante). Desta forma, o Dereito da Unión Europea obriga agora aos Estados membros a sancionar con «ineficacia» o que a norma considera violacións máis grosseiras do Dereito da Unión europea. Estes supostos de especial gravidade son dous: as chamadas adjudicacións directas —é dicir, as adjudicacións de contratos sen publicación previa dun anuncio de licitación no Diario Oficial da Unión Europea, sempre que iso sexa preciso— e os casos nos que, ademais de producirse unha infracción dunha norma substantiva que tivese impedido ao recurrente obter a adjudicación ao seu favor, non se respecte o período de suspensión previo á formalización do contrato, ou a suspensión automática dos supostos de interposición do recurso, establecidos no noso ordenamento nos artigos 40.3 e 45 TRLCSP, respectivamente.

É certo que o recurso especial se limita aos actos de preparación e adjudicación. Non obstante, para garantir o efecto útil do recurso, e atendendo aos principios de favor actionis e de economía procedemental, convén acumular a este recurso a acción de nulidade —que non a cuestión de nulidade— derivada da nosa resolución, tal e como aparece no petitum da UTE recurrente. Opción compatible cunha tradición xurídica como a española, na que se admitiu con naturalidade que a invalidez da adjudicación se transmite como lóxica consecuencia ao contrato, perfeccionábase ou non.

Procede, en definitiva, unha interpretación integradora do sistema de control polo Tribunal Administrativo dos distintos incidentes do contrato impugnado, co fin de garantir o dereito á tutela xudicial efectiva que deriva do artigo 24 CE e a eficacia do sistema de control administrativo deseñado polo TRLCSP (con fundamento na Directiva 2007/66).

En definitiva, procede a tramitación do recurso especial. E sendo ilegal a adjudicación, que debe recaer a favor da UTE recurrente, ao ser o operador económico que realiza a oferta economicamente máis vantaxosa non incursa en anormalmente baixa, debe declararse igualmente, e de forma simultánea, a nulidade do contrato do IASS coa empresa ARALIA por infracción do artigo 62.1 e) da Lei 30/1992, do 27 de novembro, ao ser un acto que non respectou o procedemento debido. Así se deriva polo demais da doutrina do TXUE na Sentenza do 3 de abril de 2008, de condena ao Reino de España, que considera contrario ao dereito da Unión que un contrato anulado continúe producindo efectos xurídicos. En consecuencia, de conformidade co artigo 35 TRLCSP, o contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debendo restituírse ás partes de forma recíproca as cousas que tivesen recibido en virtude deste.”.

83. Comisión Nacional da Competencia, Guía sobre Contratación Pública e Competencia. Dispoñible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>
84. Ver GIMENO FELIÚ, J.M., A Lei de Contratos do Sector Público: unha ferramenta eficaz para garantir a integridade?, REDA, núm 147, páx. 518 e ss.
85. Vid. o meu traballo “A modificación dos contratos: límites e dereito aplicable”, en libro colectivo coordinado por T. Cano e E. Bilbao A contratación pública: problemas actuais, Consello Consultivo da Comunidade de Madrid, 2013, páxs. 83-142. Un resumo xeral da doutrina do TXUE e o seu impacto práctico pódese ver nos traballos de I. GALEGO CÓRCOLES, “Modificación de contratos públicos e lexislación aplicable. Algunhas consideracións dende o Dereito da Unión Europea”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 109, 2011, páxs. 52 a 58 e “ Que é unha modificación das condicións esenciais dun contrato público? Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 110, 2011, páxs. 56 a 66. Tamén en J.M. GIMENO FELIÚ, “O réxime da modificación de contratos públicos: regulación actual e perspectivas de cambio”, Revista Española de Dereito Administrativo, núm. 149, 2011; M. GARCÉS SANAGUSTÍN, “O novo réxime xurídico da modificación dos contratos públicos”, libro col. O novo marco da contratación pública, Bosch, Barcelona, 2012; J. VÁZQUEZ MATILLA “Novo réxime xurídico para as modificacións dos contratos públicos: Proxecto de Lei de Economía Sostible”, Revista Aragonesa Administración Pública núm. 37, 2010, páxs. 317-351, T. MEDINA ARNÁIZ, “As principais novidades na normativa contractual do sector público”, en libro col. Comentarios á Lei de Economía Sostible, A Lei, Madrid, 2011, páx. 153 e ss; J. COLAS TENAS, “A reforma da lexislación de contratos do sector público na Lei de Economía Sostible: o réxime de modificación dos contratos do sector público”, REDA núm. 153, 2012 e P. CALVO RUATA, “O naufragio da modificación de contratos públicos, Tempos de facer da necesidade virtude? ” Anuario Aragonés do Goberno Local 2011, Fundación Sainz de Varanda, Zaragoza, 2012.
86. Os antecedentes desta Sentenza veñen referidos a un contrato licitado pola Comisión Europea para a subministración de zume de froitas e confeituras destinadas ás poboacións de Armenia e de Acerbaixán, co obxecto de poder responder ás peticións de zume de froitas e confeituras dos países beneficiarios, e previa así mesmo, que o pagamento ao adjudicatario se realizaría en especie, e máis concretamente, en froitas que estaban fóra do mercado como consecuencia de operacións de retirada, adjudicou varios lotes á mercantil Trento Frutta. O motivo do recurso interposto pola mercantil Succhi di Frutta foi a modificación do aludido contrato, que permitiu ás empresas adjudicatarias que o desexaran, aceptar en pagamento, en substitución das mazás e as laranxas, outros produtos (en concreto nectarinas) retirados do mercado nas proporcións de equivalencia que sinalou ex novo. Á vista de todo o anterior, Succhi di Frutta, non resultou adjudicataria, nin recorreu a adjudicación do contrato, interpuxo un recurso de anulación da Decisión da Comisión que modificaba o contrato. A STPI (Sala Segunda) do 14 de outubro de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 e T-10), CAS Succhi di Frutta SpA/Comisión, estimou o recurso de Succhi di Frutta Spa, mantendo que se producira unha vulneración dos principios arriba aludidos, polo que a Comisión interpuxo o 5 de decembro de 2006 recurso de casación fronte á STPI. O TXUE admitiu a lexitimación de Succhi di Frutta e estimou o seu recurso. Sobre o contido desta relevante Sentenza do TXUE resulta de interese o traballo de J. VÁZQUEZ MATILLA, “A modificación dos contratos administrativos: reflexións en torno á STXUE do 24 de abril de 2004 e a Lei de Contratos do Sector Público”, ob. cit. en especial páxs. 536 a 544.
87. Desapareceu a previsión que se contiña no proxecto de que nunca será posible unha modificación cando a modificación teña por obxecto emendar deficiencias na execución do contrato polo contratista ou as súas consecuencias, que se poidan solucionar mediante a aplicación das obrigas contractuais; ou cando a modificación teña por obxecto compensar riscos de aumento de prezos que fosen cubertos polo contratista (artigo 72.7).

88. Debe, en definitiva, concorrer unha causa razoablemente imprevisible ao tempo de preparación do proxecto ou de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LÓPEZ, en libro colectivo Contratación do sector público local, ob. Cit, páx. 1035.
89. MELÁN GIL, J.L., A estrutura dos contratos públicos, Lustel, Madrid, 2008, páx. 245. Así, unha ampliación do obxecto do contrato, aínda no suposto de que se poida integrar no proxecto inicial mediante unha corrección, constituirá, en moitos casos, unha modificación dunha condición esencial para a adxudicación xeral da facultade de modificar o contrato e das normas procedementais para efectuar modificacións.
90. Os considerandos 34 a 37 da proposta de Directiva introducían interesantes elementos explicativos (por exemplo, precisión do concepto “circunstancias imprevistas”) que deben ser tidos en conta á hora de interpretar as devanditas regras. Vid. X. LAZO VITORIA, “A proposta de Directiva de concesións: trazos fundamentais”, publicado en www.obp.es, 23 de marzo de 2013.
91. Vid. E. LÓPEZ MORA, “A futura regulación da modificación os contratos de concesión durante a súa vixencia”, publicado en www.obcp.es, 28 de xaneiro de 2013. Na súa opinión, débese criticar o feito de non ter sabido aproveitar a oportunidade para particularizar o límite cuantitativo das modificacións en función do contrato ou concesión en proporción á magnitude e duración do contrato en cuestión.
92. Así se preve no artigo 19.2 da lei 4/2011, do 31 de marzo de 2011, da boa administración e do bo goberno das Illas Baleares e no artigo 10.3 da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración pública galega. Tamén a Lei 3/2011, de Contratos do Sector Público de Aragón, que ex artigo 12 bis esixe a publicación de todo modificado—independentemente do seu importe—e a súa modificación aos licitadores. Resulta de interese o Informe 12/2012, do 23 de maio, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, sobre Réxime de publicidade, notificación e formalización dos modificados contractuais en aplicación do artigo 12 bis da Lei 3/2011, do 24 de febreiro, de medidas en materia de Contratos do Sector Público de Aragón. Vid, M.A. BERNAL BLAY, “Reflexións sobre o réxime de execución dos contratos públicos”, en libro col. Observatorio dos Contratos Públicos 2010, ob. Cit., páxs. 203-210.
93. Contrario á posibilidade de recurso especial posiciónase P. CALVO RUATA, ao considerar que contrario ao recurso especial: “o que é execución destes, e o recurso especial esta concibido para depurar os actos contrarios ao ordenamento xurídico en fase de preparación e adxudicación. Pero ademais, porque a concreción da modificación cando estea prevista, ao ser consecuencia directa do prego leva consigo que se este non foi impugnado no seu momento mediante ese especial recurso, caiba a posteriori”. “O naufragio da modificación de contratos públicos, Tempos de facer da necesidade virtude?” ob. Cit., páx. 407.
94. Como ben explica M.A BERNAL BLAY, a devandita «aclaración» non se encontraba no Proxecto de Lei de contratos do sector público nos ámbitos da defensa e da seguridade, senón que foi introducida no texto ao ser aprobada a emenda n.º 31, formulada no Congreso polo Grupo Parlamentario Socialista. Resulta sorprendente, cando menos, a xustificación ofrecida para iso. “O control sobre a modificación dos contratos públicos”, en www.obcp.es, 1 de setembro de 2011.
95. Esta guía encóntrase dispoñible na web do Tribunal de Aragón: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal_admvo_contratos/Guia_procedimiento_recurso_especial_TRLCSP.pdf
96. Vid. A. I. BELTRÁN GÓMEZ, “A transparencia na modificación dos contratos públicos”, en www.obcp.es, 8 de outubro de 2012.
97. O Informe 12/2012, de 23 de maio, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, sobre o réxime de publicidade, notificación e formalización dos modificados contractuais, analiza o significado deste novo precepto e o seu fundamento na xurisprudencia do TXUE, concluíndo que «Il. Contra os actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cando se trate de modificacións previstas en contratos de valor considerado superior a 1 000 000 € para os contratos de obras, e de 100 000 € para os contratos de subministracións e servizos, ou recurso contencioso-administrativo (artigo 46 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa). No caso de modificacións non previstas aplicarase o réxime ordinario de recursos».
98. A posibilidade de recurso especial nun modificado poderá ser utilizada unicamente polos licitadores non adxudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer dos elementos que o fundamentan, oculta en si mesmo un novo acto de adxudicación, e non unha mera decisión de execución contractual. Opción que se xustificaría no dato de que non hai liberdade para o «ius variandi» na medida que está en xogo a necesidade de que o obxecto da contratación-prestación sexa reconecible e non altere as iniciais regras de comparación de ofertas e, por iso, o principio de igualdade de trato. En consecuencia, o adxudicatario, pola súa propia condición, non poderá utilizar este recurso especial, pois para el a decisión de «ius variandi» da Administración é inherente ás propias regras do contrato subscrito. Así o declarou o Acordo 3/2013, do 16 de xaneiro de 2013 do TACPA: “O que alega o recorrente é unha alteración das condicións do « seu contrato», cuestión claramente allea ao fundamento e finalidade do recurso especial, en tanto non hai un vicio procedemental en fase de adxudicación senón, insistimos, unha controversia «inter partes» sobre a execución do contrato, que ten os seus propios mecanismos de resolución, que se concretan nunha tramitación especial con intervención do Consello Consultivo de Aragón (artigo 211.3 TRLCSP) e que conclúe cunha resolución inmediatamente executiva, que poderá ser impugnada conforme ao sistema ordinario de recursos. Por iso, non ten ningún sentido estender, como pretende o recorrente, o recurso especial de contratación a esta fase de execución e a concreción da potestade de «ius variandi»”.
99. Vid. as oportunas reflexións ao respecto de I. GALEGO CÓRDOLES «Novidades na regulación do recurso especial en materia de contratación: a discutible exclusión das modificacións contractuais ex lege do seu ámbito de aplicación», en Contratación administrativa práctica: revista da contratación administrativa e dos contratistas, Ed. A Lei, n.º 113 (2011), Tamén. M.A BERNAL BLAY, “Reflexións sobre o réxime de execución...” ob. Cit., páxs. 203-208.
100. Como ben recordou J.A. MORENO MOLINA, o concepto de decisión para os efectos de recurso que se contempla nas Directivas é un concepto amplo que non distingue entre a función do seu contido ou o momento da súa adopción (A reforma da Lei de Contratos do Sector Público en materia de recursos, A Lei, Madrid, 2011, 101.) Hai que estar a unha interpretación útil dos principios comunitarios e a súa implicación en calquera decisión que teña impacto sobre as regras do contrato.
101. Fronte á falta de coñecemento do modificado, que avoca xa en moitos casos a unha cuestión de nulidade ex artigo 37 TRLCSP, a publicidade deste pode facilitar a interposición do recurso especial sempre que non se formalizase o contrato. Da finalidade do recurso para facer fronte á corrupción abonda recordar agora a Comunicación da Comisión do 28 de maio de 2003, unha política global da UE contra a corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación fai balance dos progresos da Unión Europea (UE) na loita contra a corrupción e indica as melloras necesarias para darlle un novo impulso. O obxectivo é reducir toda clase de corrupción, a todos os niveis, en todos os países e institucións da UE e mesmo noutras partes. O texto tamén pretende definir aqueles ámbitos nos que a UE podería adoptar axeitadamente iniciativas contra a corrupción.)
102. J. COLAS TENAS, “A reforma da lexislación de contratos do sector público na Lei de Economía Sostible”, REDA núm. 153, 2012, páxs. 253-276.
103. Resultan de interese os considerandos 5, 31 e 34.

104. Na bibliografía máis recente pódese consultar: F. SOSA WAGNER, El emprego de recursos propios polas Administracións locais, en libro Homenaxe ao prof. S. Martín-Retortillo, Estudos de Dereito Público Económico, Civitas, 2013, páxs. 1309-1341; M.A. BERNAL BLAY, “A problemática relativa aos negocios excluídos da aplicación da Lei: os encargos in house, con especial referencia ao ámbito local”, en libro colectivo A Lei de Contratos do Sector Público e a súa aplicación polas entidades locais, CEMCI, Granada, 2008, páxs. 172-175, J. PERNAS GARCÍA, As operacións in house e o dereito comunitario de contratos públicos, Iustel, Madrid, 2008 e M. VILALTA REIXACH, As encomendas de xestión. Entre a eficacia administrativa e a contratación pública, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, en especial páxs. 313-376.
105. Entre outras, as Sentenzas Stadt Halle, apartado 46, e Aparcadoiro Brixen, apartados 63 e 65. Vid. J.A. MORENO MOLINA, “O ámbito de aplicación da Lei De Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), pág. 76 e M. PILLADO QUINTÁNS, “TRAGSA: Un caso irrisoluto convertido en modelo legal dos encargos das Administracións aos seus medios instrumentais”, Documentación Administrativa, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), pág. 291. J. L. MEILÁN GIL xa advertiu, con acerto, que a interpretación das notas que xustifican a excepción á normativa sobre contratos públicos ha de ser restritiva polo carácter excepcional que ten o suposto, co obxecto, polo tanto, de evitar vulneracións do Dereito comunitario de contratos públicos, A estrutura dos contratos públicos, Iustel, Madrid, 2008, pág. 116. Tamén BERBEROFF AYUDA, D., “Contratación pública...” ob. Cit., páxs. 56 a 58.
106. Sobre esta cuestión, resultan de interese o Informe da Comisión Nacional da Competencia “Os medios propios e as encomendas de gestión: implicacións do seu uso dende a óptica da promoción da competencia”, de xullo de 2013 e o Informe n.º 1003 do Tribunal de Contas sobre encomendas de xestión e o “Acordo do Consello de Ministros do 6 de xuño de 2008, polo que se dan instrucións para a atribución da condición de medio propio e servizo técnico a sociedades mercantís estatais cuxo capital corresponde na súa integridade á Administración Xeral do Estado ou á SEPI e a fundacións constituídas con achega íntegra desta entidade.
107. Afirmación desenvolvida pola STXUE do 21 de xullo de 2005 (Padania Acque) ao afirmar que “o criterio do control análogo non se enche cando o poder público adjudicador non posúe máis que o 0.97% do capital da sociedade adxudicataria”, pero da que se separa a STXUE do 19 de abril de 2007 (ASEMFO). Remítome, por todos, a M.A. BERNAL BLAY, “Un paso en falso na interpretación do criterio do control análogo ao dos propios servizos nas relacións in house. Comentario de urxencia á STXUE do 19 de abril de 2007 (as. c-295/05, Asemfo vs. Tragsa), REDA num. 137, 2008, páxs. 115-138. Tamén Xulio GONZÁLEZ GARCÍA, “Medios propios da Administración, colaboración interadministrativa e sometemento á normativa comunitaria de contratación,” RAP núm. 173, 2007, páxs. 217-237.
108. Como destaca este autor o control análogo nada ten que ver coa facultade de conferir singularmente encomendas de xestión, posto que o encargo singular non determina per se a existencia dun poder de influencia sobre as decisións estratéxicas do medio propio.
109. Sentenza do 13 de novembro de 2008, As C-324/07, Coditel, apdo. 46.
110. Resulta moi interesante a apreciación do Avogado Xeral Sr. P. Cruz Villalón no apartado 48 das súas Conclusións presentadas o 19 de xullo de 2012. Alí indica «...que as entidades adxudicadoras exercerán un control análogo sobre a sociedade adxudicataria sempre que dispoñan dunha posición estatutaria que lles permita influír conxuntamente na adopción das decisións importantes e os obxectivos estratéxicos da devandita sociedade. En todo caso, esta non pode estar exclusivamente controlada pola entidade pública que ten unha participación maioritaria».
111. Nese mesmo sentido pronunciábase o Avogado Xeral Sr. Pedro Cruz Villalón nos apartados 52 a 54 e dun xeito concluínte no apartado 60 das súas Conclusións presentadas o 19 de xullo de 2012:«... 52. No presente caso dáse, polo tanto, e máis alá do carácter simbólico da súa participación no capital, certa participación dos socios minoritarios nos órganos de xestión da sociedade. Hai que convir, non obstante, en que a designación dun membro do Consello de administración de común acordo por todos os socios minoritarios (36 concellos en total), ademais dun membro do Consello de auditores tamén común a todos eles, e a existencia dun abstracto «dereito de consulta» de frecuencia semestral podería non ser suficiente para apreciar que os citados concellos teñen capacidade de influír de forma efectiva sobre os «obxectivos estratéxicos» e as «decisións importantes» da sociedade ASPEM.
53. Por outro lado, non sería aventurado apreciar que a eficacia xurídica do pacto de accionistas onde se articulou esa participación pode resultar discutible, e que o referido «dereito de consulta» respecto do «desenvolvemento do servizo» non garante que se estenda ás «decisións importantes» e aos «obxectivos estratéxicos» da sociedade considerada no seu conxunto.
54. Á primeira vista, polo tanto, e salvo apreciación definitiva en contrario polo órgano de reenvío, a dependencia da sociedade parece operar ante todo respecto ao accionista maioritario, cun papel moi problemático respecto dos socios minoritarios no control de facto daquela.
- ...
60. En suma, a estas alturas debéra quedar claro que o problema básico non é que a participación dos Concellos de Cagno e Solbiate no capital de ASPEM sexa tan patentemente minoritaria, senón que as facultades adicionais de control que se lles outorgaron poderían ser, aínda exercidas de forma conxunta, claramente insuficientes para que se poida falar dunha influencia que se puidese cualificar de «determinante» na toma de decisións e na fixación de obxectivos da sociedade e, en definitiva, dunha falta de autonomía desta respecto daqueles...».
112. M.A. BERNAL BLAY, “O control análogo sobre os medios propios e o seu exercicio colectivo por varias entidades”, Revista Contratación administrativa práctica, núm. 124 2013, páxs. 88-93.
113. Vid. Sentenza do 11 de maio de 2006, Carbotermo, apdo. 70.
114. Os motivos que levan ao Tribunal a formular esta afirmación son dous; en primeiro lugar, que a relación entre unha autoridade pública, que é unha entidade adxudicadora, e os seus propios servizos se rexe por consideracións e esixencias características da persecución de obxectivos de interese público. Pola contra, calquera investimento de capital privado nunha empresa obedece a consideracións características dos intereses privados e persegue obxectivos de natureza distinta (apartado 50). En segundo lugar, que a adxudicación dun contrato público a unha empresa de economía mixta sen licitación previa prexudicaría ao obxectivo de que exista unha competencia libre e non falseada e ao principio de igualdade de trato dos interesados, xa que, entre outras cousas, este procedemento outorgaría a unha empresa privada que participa no capital da citada empresa unha vantaxe en relación cos seus competidores (apartado 51).
115. Como máximo, en tanto non se falsee a competencia, poderá acudir e participar na licitación como unha empresa privada. Vid. P. VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ “Sociedades mercantís e realización de obras públicas: incumprimento da normativa comunitaria de contratación, extralimitación da marxe constitucional de reserva de Dereito Administrativo e incongruencia no emprego de técnicas de auto organización para a xestión de actuacións administrativas”, RGDA, núm. 12, 2006, pág. 17.

116. Así o advertiu J.L. MEILÁN GIL, co fin de evitar o incumprimento do dereito comunitario dos contratos públicos. A estrutura dos contratos públicos, lustel, Madrid, 2008, páx. 116. Denunciaba xa como contraria ao dereito comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS. “O título xurídico que habilita o exercicio da actividade das sociedades mercantís...” ob. Cit., 393-394.
117. Nesta idea insiste a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón no seu Informe 10/2011, do 6 de abril, afirmando que “O encargo a un medio propio deberá sustentarse mediante ordes, instrucións ou protocolos, sen que proceda utilizar a figura do convenio, tal e como se recolle no Informe desta Xunta 1/2007”.
118. A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, mediante Informe 21/08, do 28 de xullo de 2008. «Imposibilidade de formar convenios de colaboración entre unha Corporación e unha empresa para a execución dunha obra». declarou que TRAGSA non pode ser considerado medio propio dunha Entidade Local ao non cumprir os requisitos esixidos polo artigo 4 n) e 24 LCSP nin a DA 30 LCSP. A cuestión referida á consideración de medio propio dos órganos das Administracións públicas respecto da mercantil TRAGSA foi obxecto do pronunciamento do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas na sentenza do 19 de abril de 2007, no asunto C-295/05, que declara, despois de analizar se se cumpren as dúas condicións esixidas a tal fin na sentenza Teckal do mesmo Tribunal (do 18 de novembro de 1999, no asunto C-107/98, apartado 50), a saber que a autoridade pública que é poder adxudicador exerce sobre a persoa, que é distinta de que se trate, un control análogo ao que exerce sobre os seus propios servizos e que tal persoa realice a parte esencial da súa actividade co ente ou entes públicos que a controlan. Na sentenza o Tribunal de Xustiza declara a condición de medios propios de TRAGSA respecto daquelas Administracións que son titulares do seu capital ao considerar que respecto destas se cumpren os requisitos. Non obstante, non se pode dicir o mesmo respecto do Concello de Ribeira, xa que ao non ser titular do seu capital nin dispoñer de ningunha acción de control sobre a actividade de TRAGSA se cumpre a primeira condición, e tampouco se cumpre a segunda, toda vez que TRAGSA non realiza a parte esencial da súa actividade para a Corporación.
- Así mesmo advirte que a figura do convenio, obxecto de nova regulación na LCSP, non posibilita a relación con TRAGSA mediante esta técnica. E é que TRAGSA non é un organismo integrado nunha Administración pública senón que, como sinala a súa norma de creación, é unha sociedade mercantil de carácter público, carácter que a exclúe de toda posibilidade de poder celebrar tal tipo de convenio. Resulta de especial interese o recente Informe da Comisión Nacional da Competencia “Os medios propios e as encomendas de xestión: implicacións do seu uso dende a óptica da promoción da competencia (xullo 2013). O informe analiza as restricións á competencia derivadas das encomendas de xestión aos medios propios, tanto aquelas inherentes á propia utilización da figura coma aquelas outras que poden aparecer adicionalmente. Tamén explica os efectos sobre o aprovisionamento público e, dende un punto de vista máis xeral, sobre os mercados en que as Administracións actúan como demandantes que se poden derivar dunha utilización extensiva e inxustificada das encomendas. Finalmente, analiza as posibles xustificacións que poden subxacer á creación de medios propios e ao propio uso das encomendas.
- O Informe inclúe unha serie recomendacións que inclúen, en particular, propostas de cambios regulatorios, en especial da normativa de contratación pública. Ademais, recoméndanse diversas boas prácticas administrativas dirixidas a todas as Administracións Públicas, encamiñadas a reforzar con medidas concretas a xustificación previa ao recurso á encomenda de xestión e a introducir, de xeito específico, maior transparencia e publicidade en relación coa súa utilización.
119. No seu Informe sobre novos aspectos da política de contratación pública do 10 de maio de 2010 (2009/2175/INI), o Parlamento Europeo reitera a súa opinión de que a cooperación entre municipios non está suxeita á normativa de contratación pública se cumpren os criterios seguintes (apdo. 9 in fine): a) se se trata da prestación dun servizo público que incumbe ás entidades locais interesadas, b) se o servizo o prestan exclusivamente os organismos públicos interesados, sen participación de empresas privadas, e c) se a actividade de que se trate se presta esencialmente para as autoridades públicas participantes.
120. A Sentenza refírese a un acordo de cooperación entre catro Landkreise de Baixa Saxonia (Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. und Stade) e os servizos de limpeza urbana da cidade de Hamburgo, para a eliminación dos seus residuos na nova instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, construída a instancias da cidade de Hamburgo. En tal suposto non se articulou a cooperación a través dunha organización distinta dos Landkreise e a cidade de Hamburgo, senón a través dun “contrato de colaboración” entre todas elas. Sobre os requisitos que deben concorrer para que sexa técnica organizativa e non contrato remítome á comunicación de Miguel A. BERNAL BLAY “A cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. A súa articulación no ámbito local dende a óptica do Dereito dos contratos públicos”. Organización Local. Novas Tendencias, Civitas, Cizur Menor, 2011, páxs. 361-376.
121. M. A. BERNAL BLAY “A cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. A súa articulación no ámbito local dende a óptica do Dereito dos contratos públicos”. Organización Local. Novas Tendencias, ob. Cit., páxs. 366-367. O Libro Verde sobre a modernización da política de contratación pública da UE. Cara a un mercado europeo da contratación pública máis eficiente (COM(2011) 15 final, páx. 24), manifestou que «podería ser útil explorar se ten cabida un concepto con algúns criterios comúns para as formas de cooperación dentro do sector público que quedan exentas». Sobre este, e as respostas, remítome ao Libro Observatorio Contratos Públicos 2010, ob.cit., páxs. 475-479.
122. A cooperación non pode, baixo fórmulas de convenios interadministrativos ocultar contratos públicos. De especial interese é a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Gran Sala) do 19 de decembro de 2012, C-159/11, que trae causa dunha cuestión prejudicial presentada ante o Tribunal de Xustiza en relación con contrato de consultoría celebrado entre a Azienda Sanitaria Locale del Lecce e a Universidade de Salento. O Tribunal de Xustiza responde recordando, en primeiro lugar, que un contrato oneroso e asinado por escrito entre un operador económico e unha entidade adxudicadora cuxo obxecto sexa a prestación de servizos considerados no anexo II A da Directiva 2004/18/CE constitúe un contrato público. Resulta irrelevante que o devandito operador sexa o mesmo unha entidade adxudicadora ou que a entidade de que se trate non teña, con carácter principal, ánimo de lucro, careza dunha estrutura empresarial ou non estea presente de modo continuado no mercado. Así, polo que se refire a entidades como Universidades públicas o Tribunal de Xustiza declarou que estas teñen, en principio, nun procedemento de adxudicación dun contrato público de servizos. Non obstante, os Estados membros poden regular as actividades das devanditas entidades autorizando ou non que operen no mercado tendo en conta os seus obxectivos institucionais e estatutarios. En consecuencia, na medida que tales entidades estean facultadas para ofrecer determinados servizos no mercado, non se lles pode prohibir que participen nunha licitación sobre tales servizos.
123. Esta proposta de Directiva foi anunciada pola Comisión Europea na súa Comunicación “Acta do Mercado Único — Doce prioridades para estimular o crecemento e reforzar a confianza” do 13 de abril de 2011. COM (2011)-206 final.
124. Por exemplo, o Informe do Comité económico e social, publicado no Diario oficial do día 26 de xuño de 2012 (C 191/84) é crítico coa proposta, o mesmo que o Informe do Comité das rexións publicado no Diario oficial o día 13 de setembro de 2012 (C 277/74) ambos os dous alertan da complexidade da regulación, así como da necesidade de precisar a que tipo de concesións afectaría ao ser tan diversa a regulación nos Estados membros. Tamén o Parlamento europeo aprobou un Informe sobre a modernización da política de contratación pública do 25 de outubro de 2011, no que se afirma con relación ás concesións de servizos que “ha de terse debidamente en conta tanto a complexidade dos procedementos coma as diferenzas existentes entre os Estados membros en materia de cultura e práctica xurídicas con respecto á concesión de servizos; ... insiste en que unha proposta de acto lexislativo relativo á concesión de

- servizos só estaría xustificada se ten por obxecto corrixir posibles distorsións do funcionamento do mercado interior; resalta que, a día de hoxe, non se observou ningunha distorsión deste tipo e que un acto legislativo relativo á concesión de servizos será, polo tanto, innecesario se non persegue unha mellora evidente do funcionamento do mercado interior”. Como curiosidade un exemplo dos problemas de tradución foi outro Informe do Parlamento europeo sobre os novos aspectos da política de contratación pública, do 10 de maio de 2010, onde se incorre no erro de falar de “servizo de concurso” en lugar de concesións de servizos públicos.
125. Non se pode descoñecer a directa relación que coas políticas presupostarias e de estabilidade teñen estas modalidades contractuais. Vid., por todos, J, GONZÁLEZ GARCÍA, *Financiamento de infraestruturas públicas e estabilidade presupostaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
126. Resultan de interese as reflexións de X. LAZO “O futuro do mercado concesional en Europa” REVISTA CEFLEGAL. CEF, num. 154 (novembro 2013), páxs. 137-174. Neste traballo advirte que mentres o lexislador comunitario inclúe no “risco operacional substancial” aos de uso e de dispoñibilidade, o mercado concesional (polo menos no que respecta ás grandes infraestruturas de transporte) amosa unha clara preferencia por retribuír ao concesionario sobre a base de estándares de dispoñibilidade. De aí a oposición ou, cando menos, fortes receos que a Directiva concesións espertou nas empresas concesionarias españolas. É imprescindible, como sinala un recente informe da CEOE, que os riscos que se transfiran ao operador privado en virtude do contrato “non excedan dos que unha dilixente xestión empresarial poida prever e asumir, é dicir, aqueles que poida xestionar” e, polo mesmo, subliñase por X. LAZO a necesidade de flexibilizar o concepto de “risco operacional substancial” contido na Directiva. O que, na miña opinión, non parece sinxelo, dado que a nova normativa comunitaria parece bloquear o concepto, o que limita (senón exclúe) calquera posibilidade de flexibilización a adaptación.
127. G. MARCOU, «A experiencia francesa de financiamento privado de infraestruturas e equipamentos», VV.AA. RÚJZ OJEDA, A., e GOH, J., *La participación do sector privado no financiamento de infraestruturas e equipamentos públicos: Francia, Reino Unido e España*, Civitas, Madrid, 2000, páxs. 27-90. Tamén. T. BRUNETE, “Colaboración público-privada...” ob. Cit., páxs. 331-335. Dende a perspectiva da contabilidade pública resulta de grande interese en libro de PINA V., TORRES L. e BASILIO ACERETE J., *A iniciativa privada no sector público: externalización de servizos e financiamento de infraestruturas*, Edit. AECA, 2004.
128. Para estes efectos é sumamente ilustrativa a Comunicación Interpretativa da Comisión do 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre as concesións en Dereito Comunitario, nas que se nos advirte que na definición resultante da Directiva 93/37/CEE o lexislador comunitario optou por definir a noción de concesión de obras a partir da noción de contrato público de obras. O texto da «Directiva obras» prevé, en efecto, que os contratos públicos de obras son «contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por unha parte, e un poder adxudicador (...), por outra, que teñan por obxecto ben a execución, ben conxuntamente a execución e o proxecto de obras relativas a unha das actividades contempladas no Anexo II ou dunha obra (...), ben a realización, por calquera medio, dunha obra que responda ás necesidades especificadas polo poder adxudicador» [letra a) do artigo 1]. A letra d) do artigo 1 da mesma Directiva define a concesión de obras como un «contrato que presenta os caracteres contemplados na a), coa salvedade de que a contrapartida das obras consista, ou ben unicamente no dereito a explotar a obra, ou ben no devandito dereito acompañado dun prezo.» Resulta desta definición que a principal característica distintiva do concepto de concesión de obras é que outorga o dereito de explotación da obra como contrapartida da construción desta; este dereito de explotación pode tamén estar acompañado dun prezo.
129. Vid. J.M. GIMENO FELIÚ, „Delimitación conceptual entre o contrato de xestión de servizos públicos, contrato de servizos e o CPP”, REDA núm. 156, páx. 17 e ss.; e M.M. RAZQUÍN LIZARRAGA, „O contrato de xestión de servizos públicos: a necesaria recondución deste tipo contractual (comentario ás sentencias do Tribunal de xustiza da Unión europea do 29 de abril de 2010 e do 10 de marzo de 2011”, no *Liber amicorum* a Tomás Ramón Fernández. Administración e Xustiza, Thomson, Pamplona, 2012., páx. 3549 e ss. do II tomo. Para a correcta delimitación destas figuras pódense ver os traballos de M.A. BERNAL BLAY *O contrato de concesión de obras públicas e outras técnicas „paraconcesionais”*, Civitas, Cizur Menor, 2011; P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, „Colaboración público-privada, estabilidade presupostaria e principio de eficiencia dos fondos públicos”, en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, páx. 450 e ss. Doutrina aplicada polo Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón no seu Acordo 52/2013 do 11 de setembro, que cualifica como contrato de servizos a prestación de hemodiálise, por non existir risco (crierito confirmado por Acordo 55/2013, do TACPA).
130. A doutrina explicou as singularidades do equilibrio económico nos contratos administrativos, así como as técnicas de compensación nas figuras do ius variandi, o factum principis e o risco imprevisible. Sirva o recordatorio á obra clásica de G. ARIÑO, *Teoría do equivalente económico nos contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, así como os recentes traballos de J. PUNZÓN MORALEDA e F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “O equilibrio económico nos contratos públicos” no *Observatorio de contratos públicos 2011*, libro col, Cizur Menor, 2012, páx. 515 e ss; e a análise da xurisprudencia que realizan J. AMENÓS CHOPO e J.E. NETO MORENO, “A languidecente vida do principio de equilibrio económico fronte a riscos imprevisibles na contratación pública”, REDA núm. 156, páx. 119 e ss. Especial interese sobre o risco nestas propostas de Directivas ten o estudo de M. FUERTES “Os riscos do risco de explotación”, en libro colectivo *Observatorio dos Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, páxs. 197-239.
131. “Situación desalentadora” é como califica M.A. BERNAL BLAY as consecuencias da severidade na súa existencia, *O contrato de concesión de obras públicas...*, ob. Cit., cit., páx. 272.
132. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría do equivalente económico nos contratos administrativos*, ENAP, Alcalá de Henares 1968.
133. Ademais, atendendo ao principio de equidade e boa fe —STS do 27 de outubro de 2009— ben puidera afirmarse que os feitos imprevisibles que, aínda actuando coa debida dilixencia, alteran a regra natural da repartición de riscos rompendo a causa do contrato orixinal. Neste sentido, a STS do 14 de xullo de 2010 admitiu a técnica do equilibrio financeiro cando existe un desequilibrio financeiro suficientemente importante e significativo que non pode ser subsumido na estipulación xeral de risco e ventura ínsita en toda contratación de obra pública.
134. Por suposto non debe ser utilizada a favor dunha xestión non adecuada da concesionaria para retornar e recuperar os iniciais índices de retorno.
135. Este albor, que xa se aplica ás concesións de obras, faise agora extensivo ás concesións de servizos, tendo en conta as consultas públicas efectuadas e dos estudos realizados pola Comisión para a elaboración da presente proposta. Preténdese que a carga administrativa adicional, así como os seus custos, garden proporción co valor do contrato e co seu interese transfronteiriño. Os alcores aplícanse ao valor dos contratos, calculado conforme a unha metodoloxía exposta nestes. No caso dos servizos, este valor reflicte o valor total estimado de todos os servizos que debe prestar o concesionario durante toda a execución da concesión. En concreto, para estes efectos de valor estimado debe terse en conta a previsión do artigo 8.3 da Directiva: O valor estimado da concesión calcularase empregando un método especificado nos documentos relativos á concesión. Para a estimación do valor da concesión, os poderes adxudicadores e entidades adxudicadoras, se é o caso, terán en conta, en particular:

- a) o valor de calquera tipo de opción e as eventuais prórrogas da duración da concesión; b) a renda procedente do pagamento de taxas e multas polos usuarios das obras ou servizos, distintas das recadadas en nome do poder, adxudicador ou entidade adxudicadora; c) os pagamentos ou vantaxes financeiras, calquera que sexa a súa forma, ao concesionario efectuados polo poder ou a entidade adxudicadora ou por outra autoridade pública, incluída a compensación polo cumprimento dunha obriga de servizo público e subvencións ao investimento público; d) o valor dos subsidios ou vantaxes financeiras, calquera que sexa a súa forma, procedentes de terceiros a cambio da execución da concesión; e) a renda da venda de calquera activo que forme parte da concesión; f) o valor de todas as subministracións e servizos que os poderes ou entidades adxudicadores poñan a disposición do concesionario, sempre que sexan necesarios para a execución das obras ou a prestación de servizos; e g) as primas ou pagamentos aos candidatos ou licitadores
136. As concesións relativas a servizos sociais ou outros servizos específicos recollidos no anexo IV e que entran no ámbito de aplicación da presente Directiva se someterán unicamente ás obrigas consideradas no artigo 31, apartado 3, e nos artigos 32, 46 e 47.
137. A proposta de Directiva de contratos de concesión facía referencia ao “balance económico” (equilibrio económico); pero a previsión desapareceu do corpo legal. O mesmo sucede respecto aos límites da figura da modificación, o apartado 7 do artigo 42 da proposta de Directiva de contratos de concesión, que dispoñía que os poderes e entidades adxudicadores non modificasen as concesións para asegurar o cumprimento das obrigas do concesionario ou compensar o risco de incremento de riscos.
138. A enmenda núm. 30 do Ditame do Comité de Rexións (2012/C 277/09 DOUE C 277/74, do 13 de setembro de 2012) fixa nun dez a porcentaxe de modificacións admisibles ao ter en conta que as concesións adoitan ter un período de vixencia máis prolongado que os contratos públicos.
139. O Libro Branco sobre o Goberno Europeo aprobado no ano 2001 pola Comisión, a transparencia formaba parte directa de dous dos cinco principios do denominado bo goberno: apertura, participación, responsabilidade, eficacia e coherencia. O obxectivo é lograr integrar a transparencia nas propostas de elaboración das políticas europeas, permitindo un grao maior de participación e apertura da sociedade civil europea. Libro Branco sobre o Goberno Europeo, COM (2001), 428, Bruxelas, 25 de xullo de 2001. Esta nova non é só unha moda que pasará. Debe ser un dos paradigmas sobre os que reformar o noso modelo de organización e actividade administrativa. Vid. R. GARCÍA MACHO, Presentación do libro, Dereito administrativo da información e administración transparente, Marcial Pons, Madrid, 2010, páx. 8.
140. Principio de publicidade (e competencia) que xa foron recollidos na nosa primitiva lexislación de contratación administrativa, (Real Decreto do 27 de febreiro de 1852, relativo aos contratos de servizos públicos), como ben explica M. BASSOLS COMA no seu estudo “Evolución da lexislación sobre contratación administrativa”, en libro col. Coordinado por B. Pendas, Dereito dos contratos públicos, Práxis, Madrid, 1995, páx. 25 a 25.
141. Son datos, respectivamente, extraídos do documento de traballo da Comisión Europea Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008, do 27 de abril de 2010, dispoñible en: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf e do documento Public Procurement Indicators 2009, Comisión Europea (DG Mercado Interior), 11 de novembro de 2010, en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf. Convén advertir que a importancia dos contratos públicos por estados membros é moi variable: dende o 11,1% do PIB de Grecia, ao 18,5% de España, pasando polo 19,3% de Francia ou o 30,9% que significan en Holanda.
142. Estudo da OCDE A integridade na contratación pública. Boas prácticas do A ao Z. Madrid: INAP, 2010, como o Código europeo de boas prácticas para facilitar o acceso das PEME aos contratos públicos, do 25 de xuño de 2008— SEC(2008) 2193-). Vide. J. M. GIMENO FELIÚ, «A Lei de Contratos do Sector Público: unha ferramenta eficaz para garantir a integridade? Mecanismos de control da corrupción na contratación pública», Revista Española de Dereito Administrativo, 2010, núm. 147, páx. 517-535. Acáboo de poñer de manifesto o Informe sobre a loita contra a corrupción na UE presentado pola Comisión (3 de febreiro de 2014): <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>. Resultan de interese as reflexións de J. VÁZQUEZ MATILLA, “A corrupción unha barreira á eficiencia e integridade na compra pública”, Observatorio da Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/chk.7d9f65e7d35bd7a933a591d1c145855>.
143. Por todos, J. PONCE, Deber de boa administración e dereito ao procedemento administrativo debido. As bases constitucionais do procedemento administrativo e do exercicio da discrecionalidade. Valladolid: Lex Nova, 2001; B. TOMÁS MALLÉN, O dereito fundamental a unha boa administración. Madrid: INAP, 2005; J. RODRÍGUEZ ARANA, O Bo goberno e a boa administración das Institucións Públicas, Madrid: Aranzadi, Cizur Menor, 2006; J.B. LORENZO DE MEMBIELA, «A boa administración como estratexia promotora da excelencia xestora», Revista Aragonesa de Administración Pública, 2007, núm. 30, páx. 445 e ss; J. TORNOS MAS, «O principio de boa administración ou o intento de dotar de alma á Administración Pública», Dereitos fundamentais e outros estudos en homenaxe ao profesor doutor Lorenzo Martín-Martín-Retortillo. Volume I. Zaragoza: Facultade de Dereito da Universidade de Zaragoza e outros, 2008, páx. 629-642 e J. CARRILLO DONAIRE, «Boa administración un principio, un mandato, un dereito subxectivo?», Os principios xurídicos do dereito administrativo. Madrid: A Lei, 2010, páxs. 1137-1165.
144. O Parlamento Europeo, mediante a Resolución do 25 de outubro de 2011, sobre a modernización da contratación pública (2011/2048 (INI)), sinala que a loita contra a corrupción e o favoritismo é un dos obxectivos das Directivas; subliña o feito de que os Estados membros afrontan diferentes retos neste aspecto e que cun enfoque europeo máis elaborado se corre o risco de debilitar os esforzos para racionalizar e simplificar as normas e de crear máis burocracia; sinala que os principios de transparencia e competencia son claves para loitar contra a corrupción; solicita un enfoque común sobre as medidas de «autocorrección» co fin de evitar a distorsión do mercado e asegurar certeza xurídica tanto aos operadores económicos coma ás autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interese a previsión do artigo 9 da Convención das Nacións Unidas contra a Corrupción sobre “Contratación pública e xestión da facenda pública”, onde se incide nas medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, baseados na transparencia, a competencia e criterios obxectivos de adopción de decisións, que sexan eficaces, entre outras cousas, para prever a corrupción.
145. Nesta liña de existencia de publicidade axeitada: STXUE do 13 de abril de 2010, Asunto Landgericht Frankfurt am Main; STXUE do 9 de setembro de 2010, Asunto Ernst Engelmann; STXUE do 3 de xuño de 2010, Asunto Raad van State.
146. Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 29 de abril de 2004, «Succhi di Frutta», apartado 111.
147. Como recorda a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado no seu Informe 1/2009, do 25 de setembro, existe fraccionamento, aínda que se trate de varios obxectos independentes, se entre eles existe a necesaria unidade funcional ou operativa.
148. S. ARROWSMITH identificou atinadamente os catro eixes esenciais: a) asegurar unha publicidade axeitada das licitacións que garanta o coñecemento polos potenciais interesados das posibilidades de contratación; b) garantir que os poderes adxudicadores poñen en coñecemento dos potenciais licitadores as regras ou criterios de adxudicación dos contratos; c) favorecer a consolidación dun sistema que limita no posible as facultades discretionais dos órganos de contratación; d) facilitar que se poida verificar que se cumpriron as regras que se han de observar e, no seu caso, poder garantir o seu respecto a través dun sistema de recursos que teña por finalidade

- facер cumprir as normas observables. "The revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions", The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform; Cambridge University Press, Cambridge, 2011, páx. 286.
149. Modelo iniciado con Cataluña mediante Acordo do Consello de Goberno, do 17 de xullo de 2007, e seguido en sentido semellante por Galicia mediante Orde, de 4 de xuño de 2010, pola que se regula a Plataforma de Contratos Públicos de Galicia (o artigo 10 da Lei 4/2006, do 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración pública galega avanzaba esta liña).
150. As novas tecnoloxías poden axudar a dar resposta a este problema, mediante a creación dun "google" da contratación pública. Así, por exemplo pódese destacar o caso británico que puxo en funcionamento a web denominada "Contracts Finder" (www.contractsfinder.businesslink.gov.uk). É a única plataforma do Goberno para facilitar ao sector da contratación pública acceso á información relacionada coa contratación pública. Sobre esta cuestión e o seu fundamento resulta de interese o traballo de HENTY, PAUL; MANNING, CHRIS; "The public sector transparency Agenda", Public Procurement Law Review, núm. 1, 2011, NA45-NA50.
151. Suscítase unha dúbida adicional. Cal é a natureza xurídica destas instrucións que non proveñen, para os efectos deste TRLCSP, de administracións públicas e quen pode controlar o seu contido? No caso de entidades públicas empresariais ben se podería defender que aquí son administración pública e o seu control correspondería á xurisdición contencioso-administrativa, pero non resulta tan doado estender esta conclusión a empresas públicas, fundacións ou mutuas.
152. Como ben advirte S. DEL SAZ, hai diferenzas esenciais de réxime xurídico en función da forma xurídica de difícil xustificación («A nova Lei de Contratos do Sector Público, Un novo traxe coas mesmas raízas?» Revista de Administración Pública, 2007, núm. 174, páx. 341). Igualmente crítico con esta deslegalización e as súas consecuencias prácticas pode verse A. PEÑA OCHOA, «A contratación administrativa dos entes que non teñen a consideración de Administración Pública», libro col. Estudos sobre a Lei de Contratos do Sector Público. Barcelona: Fundación Democracia e Goberno Local, 2009, páx. 134.
153. Entendemos que debería existir unha «xanela única de contratación» onde o licitador puidese recibir información de todas as administracións públicas e presentarse ás correspondentes licitacións (posibilidade normativa que recolle a Lei navarra de contratos públicos 6/2006 ou a recente Plataforma de servizos de contratación pública de Cataluña, creada mediante Acordo do Consello de Goberno do 17 de xullo de 2007). Esta obriga deriva agora do artigo 334 TRLCSP, tras a redacción dada pola Lei 2/2011, do 4 de marzo, de economía sostible.
154. Vid. J.M GIMENO FELIÚ, As reformas legais da Lei 30/2007, de contratos do sector público. Alcance e efectos prácticos. Madrid: Civitas, Cizur Menor, 2011, páxs. 136-137.
155. Por todos, E. GUICHOT, «O novo Dereito europeo de acceso á información pública», Revista de Administración Pública, 2003, núm. 160, páxs. 283-316; Transparencia e acceso á información en Dereito europeo e comparado, Sevilla: Dereito Global, 2010. Interesa destacar o informe elaborado pola Oficina Antifraude de Cataluña Dereito de acceso á información pública e transparencia, que se pode consultar na súa web.
156. Por todos me remito ao Informe especial sobre transparencia e bo goberno na comunidade, do Xustiza de Aragón, do 1 de outubro de 2013, que aporta medidas en varios sectores, incluídos a contratación pública (pódese consultar en http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n005986_Informe%20Especial%20sobre%20Transparencia%20y%20Buen%20Gobierno.pdf).
157. Opinión expresada tamén por A. SANMARTÍN MORA, no seu suxestivo traballo "A transparencia na contratación pública, novas perspectivas", Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 129, 2014, páxs. 36 a 42.
158. Esta redacción ten a súa orixe na emenda que dende o Observatorio de Contratos Públicos (www.obcp.es) se presentou ao primeiro texto e o trámite de audiencia que facilitou o Goberno: http://www.obcp.es/index.php/mod.consultas/mem.descargar/fichero.documentos_1_2012_ParticipacionLeytransparencia_f0858b32%232E%23pdf/chk.2685d8dd69351509bf5b979770c626bc.
159. Non é posible unha interpretación extensiva da figura do convenio entendida como elemento propio en todo caso da cooperación, se o que se oculta é unha relación contractual típica, para o que resulta decisivo tanto o contido como a causa. É suficientemente coñecido como dereito europeo da contratación pública (tanto as directivas coma a xurisprudencia interpretativa) depurou un concepto de contrato que se identifica co ámbito obxectivo das devanditas normas, xa sexa no caso dos contratos suxeitos á Directiva ou no daqueles outros non cubertos por estas pero afectados en todo caso polos principios xa referidos recollidos polos Tratados. En especial, ademais do carácter escrito que esixe a Directiva, deben destacarse a onerosidade e a bilateralidade, de modo que quedan excluídas do concepto de contrato as relacións xurídicas nas que as prestacións son gratuítas e aquelas nas que non se pode falar en sentido estrito de dúas partes diferenciadas por estar sometida a prestadora do servizo ao poder adxudicador encomendante, para o que realiza a parte esencial das súas prestacións. Así o determinou a xurisprudencia do TXUE: entre outras, Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 18 de xaneiro de 2007 (Aurooux /Commune de Roanne), Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 18 de decembro de 2007, pola que se condena ao Reino de España ("Asociación Profesional de Empresas de Reparación e Manipulado de Correspondencia") ou a Sentenza do Tribunal de Xustiza (Gran Sala) do 19 de decembro de 2012, C-159/11, que trae causa dunha cuestión prexudicial presentada ante o Tribunal de Xustiza en relación cun contrato de consultoría celebrado entre a Azienda Sanitaria Locale dei Lecce e a Universidade de Salento.
160. No Libro Branco sobre o Goberno Europeo aprobado no ano 2001 pola Comisión, a transparencia formaba parte directa de dous dos cinco principios da denominada bo goberno: apertura, participación, responsabilidade, eficacia e coherencia. Ao longo do documento, percíbese que se busca integrar a transparencia nas propostas de elaboración das políticas europeas, permitindo un grao maior de participación e apertura da sociedade civil europea. Cfr., Libro Branco sobre o Goberno Europeo, COM (2001), 428, Bruxelas, 25.7.2001.
161. A Comunidade Autónoma de Aragón deu un primeiro paso neste sentido. O Portal de Servizos do Goberno de Aragón ofrece aos cidadáns a canle Transparencia coa intención de informar e formar a unha cidadanía sensible, responsable e participativa, para que coñeza os seus dereitos e obrigas e colabore activamente no fomento dunha sociedade mellor. A Administración formula a transparencia na comunicación da súa actividade diaria, porque facilita a confianza e o control directo por parte da cidadanía que pode exercer un maior control sobre os seus xestores e realizar accións construtivas. A finalidade deste Portal é transmitir información de xeito comprensible, sinxela de entender polo conxunto dos cidadáns/ás, de tal forma que estean informados e coñezan as responsabilidades, procedementos, regras, normas e demais información xerada polo Goberno de Aragón, nun marco de aberta participación social. En materia de contratación pública, a través da canle Transparencia, do Goberno de Aragón, ofrécese información sobre contratos adxudicados, contratos modificados e datos estatísticos.
162. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ e R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, "Órganos consultivos e de recursos para o control da contratación pública en España", en libro col dirixido por D. Sorace Amministrazioni Pubbliche dei contratti, Ed. Scientifica, Napoles, 2013. E iso porque, como ben indican, estes órganos están a servir para limpar e depurar a contratación do sector público. Ademais, se esta comezando a apreciar como os entes do sector público contratantes están a adaptar o seu comportamento á vista das resolucións dos tribunais,

- por exemplo: redactan mellor os pregos, concretan máis e mellor os criterios de valoración das ofertas e de adxudicación do contrato” (páxs. 371-373). M. A. BERNAL BLAY destacou tamén o labor didáctico destes tribunais administrativos e a auctoritas da súa doutrina. “Observatorio da actividade dos órganos de recursos contractuais en 2011”, en libro col. Observatorio de contratos públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, páxs. 328-331.
163. Trátase da Lei 31/2007, do 30 de outubro. Un completo estudo desta pódese ver no traballo de BERMEJO VERA, “O réxime de contratación pública nos sectores especiais da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais”, RAP núm. 179, 2008, páxs. 115-159.
164. Sobre o contido das Directivas dos anos 90 e o fundamento da regulación pódese consultar o libro colectivo dirixido por V. LÓPEZ-IBOR, A contratación pública nos chamados sectores excluídos, Civitas, Madrid, 1997 e libro col. Contratación empresarial nos sectores de transportes, enerxía, telecomunicacións e auga potable. Os chamados contratos de interese público, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1996.
165. Recorda este proceso de mutuas influencias, con cita das sentenzas máis significativas, S. GONZÁLEZ VARAS no seu Tratado de Dereito administrativo. Tomo II O Dereito administrativo europeo, Thomson, Pamplona, 2012, 2ª ed., páx. 36 e ss.
166. Vid. o traballo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, unha nova categoría no Dereito español da contratación pública, os contratos suxeitos a regulación harmonizada.” RAP núm. 178, 2009, páxs. 175-213. Coa positivización desta categoría preténdese, en suma, modelar a aplicación das normas da Directiva nos diferentes contratos do sector público, restrinxíndoa só aos casos esixidos pola devandita norma e deseñando para os demais, como declara a Exposición de Motivos un réxime para o que o lexislador nacional ten plena liberdade.
167. E é que, como ben afirma este autor non cabe que un concepto da lexislación de contratos públicos se interprete dunha forma cando o contrato está condicionado polas Directivas comunitarias que cando non o está. “A influencia do Dereito comunitario na interpretación da Lei de Contratos das Administracións Públicas”, RAP 151, 2000. páx. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS no seu traballo “O título xurídico que habilita o exercicio da actividade das sociedades mercantís estatais de infraestruturas viarias. Convenio ou contrato administrativo?” en libro col. Estudos de Dereito Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, páx. 392.
168. E a máis recente de Sentenza do Tribunal de Xustiza (Gran Sala) do 13 de abril de 2010, Wall AG (petición de decisión prexudicial plantexada polo Landgericht Frankfurt am Main — Alemaña) na que se insiste na idea de que unha concesión de servizo —excluída do ámbito de aplicación— está sometida aos principios do Tratado.
169. Neste punto resulta de grande interese o traballo contido neste libro de M.A. SANMARTÍN MORA, “A profesionalización da contratación pública no ámbito da Unión Europea”, en libro col. Observatorio dos Contratos Públicos 2011, ob.cit., páxs. 407-434.
170. Comisión Nacional da Competencia, Guía sobre Contratación Pública e Competencia. Dispoñible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/Tabld/105/Default.aspx?contentid=296580>
171. Ver GIMENO FELIÚ, J.M., A Lei de Contratos do Sector Público: unha ferramenta eficaz para garantir a integridade?, REDA, núm. 147, páx. 518 e ss.
172. Sen dúbida pode ser unha importante ferramenta función fiscalizadora do Tribunal de Contas (e os seus homólogos autonómicos), co fin de controlar legalidade e eficacia (que inclúe a fase de execución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independentemente da personificación pública ou privada que lícite en tanto sexa poder adxudicador. Sobre iso resulta de interese o traballo de J. MEDINA GUIJARRO J.C. LÓPEZ LÓPEZ, “A fiscalización da contratación administrativa polo Tribunal de Contas”, Documentación Administrativa núms. 275-276, 2006, páxs. 407-424. Obviamente se deberá “incentivar” a aplicación do procedemento de responsabilidade contable regulado na LO 2/1982, do 12 de maio, do Tribunal de Contas, para os casos de danos ao erario público por unha “mala práctica” da normativa de contratación pública (incluída a contable e presupostaria. C. CUBILLO RODRÍGUEZ, “As responsabilidades xurídicas derivadas da contratación do sector público”, en libro col. A contratación no sector público tras a Lei 30/2007, do 30 de outubro, Comares, Granada, 2009, páxs. 634-638. A dificultade de esixir responsabilidades está a ser un factor que “incentiva” o incumprimento das regras e principios que quebran cos modificados ilegais. Labor de control que vai resultar máis difícil a raíz da STS núm. 8506/2012, do 28 de novembro de 2012 (que casa e anula outra da Sala de xustiza da Sección de Axuizamento do Tribunal de Contas (TCu) ditada o 17 de marzo de 2010 resolvendo o procedemento de reintegro por alcance en relación co Concello de Boadilla del Monte, de Madrid), que limita a capacidade de control por alcance e o condiciona á existencia dun recurso contencioso previo. O argumento de que “non sendo impugnado o devandito convenio, nin despois de ser reparados tales pagamentos pola Intervención Municipal, nin tendo emitido informe con tacha ningunha por parte dos Servizos Xurídicos do Concello” non hai responsabilidade contable pode condicionar a función de control do Tribunal de Contas e os seus homólogos, máxime cando, ata agora, no caso dos modificados nunca se acudiu ante os tribunais. Queda o control, non obstante, remitido á función de asesoramento de intervención e servizos xurídicos que han de ser a peza clave no cumprimento da legalidade.
173. Un exemplo é a Lei 14/2008, do 5 de novembro (modificada por 7/2009, do 13 de maio), da Oficina Antifraude de Cataluña crea a Oficina Antifraude de Cataluña, entidade de dereito público con personalidade xurídica propia e plena capacidade de obrar, co fin de prever e investigar posibles casos de uso ou destino ilegais de fondos públicos ou calquera outro aproveitamento irregular derivado de condutas que leven consigo conflito de intereses ou o uso en beneficio privado de informacións derivadas das funcións propias do persoal ao servizo do sector público. En Portugal, dende hai un par de anos existe o Consello para a Prevención da Corrupción, que é un órgano administrativo independente que traballa “con” o Tribunal de Contas de Portugal para a prevención da corrupción e os delitos conexos (art.º 1º dá Leus n.º 54/2008).
174. Remítome ao meu traballo “Os tribunais administrativos especiais de contratación pública ante as previsións do Informe CORA. Balance e prospectiva”, Revista Catalana de Dret Public núm. 47, 2013.
175. Por todos, Jesús González Pérez, “Corrupción, ética e moral nas Administraciones públicas”, Revista de Dereito Urbanístico e Medio — Núm. 229, Outubro 2006. Tamén A. SABÁN GODOY, O marco xurídico da corrupción, Cadernos Civitas, Madrid, 1991.
176. Para iso debe promoverse a colaboración de organizacións sociais —non politizadas— para o control de riscos de corrupción así como dos empregados públicos, prevendo un sistema eficaz de denuncias (sen “custo” para o denunciante). Resultan tamén de interese as opinións de J. VÁZQUEZ MATILLA, “A corrupción unha barreira á eficiencia e integridade na compra pública.” en www.obcp.es e A. MADARIAGA VENEGA, “Algunhas propostas para prever e combater a corrupción na Contratación Pública”, en www.obcp.es.