

O efecto directo das novas directivas comunitarias sobre a contratación pública. Consecuencias prácticas da falta de transposición das directivas en España*

El efecto directo de las nuevas directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las directivas en España

The direct effect of the new UE directives on public procurement. Practical consequences of the failure to transpose directives by Spain

52 Regap

Regap



ESTUDIOS

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

Catedrático de Dereito Administrativo. Universidade de Zaragoza
Presidente do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (España)
gimenof@unizar.es

Recibido: 15/04/2016 | Aceptado: 29/06/2016

Resumo: Este traballo analiza a proposta de incorporación das directivas de contratación pública en España, así como as consecuencias da non transposición en prazo destas.

Palabras clave: Contratación pública, nova Lei de contratos do sector público en España, efecto directo das directivas de contratación pública.

Resumen: Este traballo analiza la proposta de incorporación de las directivas de contratación pública en España, así como las consecuencias de la no transposición en plazo de éstas.

Palabras clave: Contratación pública, nueva Ley de contratos del sector público en España, efecto directo de las directivas de contratación pública.

Abstract: This work analyzes the proposal of incorporation of the directives of public contracting in Spain as well as the consequences of the not transposition in term of the same thing.

Key words: Public Procurement, new law of contracts of the public sector in Spain, direct effect of the public procurement directive.

Sumario: 1 Introducción. Motivos da reforma. 2 A transposición das directivas europeas de contratación en España. Un proceso inacabado. 2.1 Principais contidos do novo texto da Lei de contratos do sector público. 2.2 Da tramitación do

* Este estudo enmárcase no proxecto de investigación concedido polo Ministerio de Economía e Competitividade titulado "La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos" DER2015-67102-C2-1-P, cuxo IP é o autor.

anteproxecto. A conclusión do expediente co ditame do Consello de Estado. 3 O efecto directo das directivas de contratación pública en ausencia de transposición en prazo e a súa incidencia no TRLCSP. 3.1 O significado da doutrina do efecto directo das directivas europeas. 3.2 O significado da doutrina do efecto directo das directivas europeas de contratación pública. 3.3 O efecto directo das directivas de contratación pública de 2014 e a súa incidencia na lexislación nacional. 3.4 Documentos prácticos de interese. 4 Conclusións. 5 Bibliografía.

1 Introducción. Motivos da reforma

A Unión Europea culminou un novo proceso de adaptación da normativa de contratación pública (con data de publicación no DOUE do 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 políticas públicas concretas¹. Malia que as directivas de 2004 supuxeron un notable avance², constatouse 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 como na concreta arquitectura xurídica que se propuxese para poder contribuír así á consecución dos obxectivos da estratexia Europa 2020³.

A revisión (que non mera actualización) das directivas sobre contratación pública inscríbese 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 económica⁴, o que non significa unha liberalización “sen restricións” á política de contratación pública. Basta

- 1 Vide MORENO MOLINA, J. A., “La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos”, Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115-163; MORENO MOLINA, J. A., e DOMÍNGUEZ ALONSO, P., “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, Fernández Acevedo, R., Valcárcel Fernández, P., e Bello Condié, J. (coords.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; RAZQUIN, M. M., “Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *Revista de Administración Pública*, n.º 196, 2015, pp. 97-13, e GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014. De especial interese, xa que se apuntan as liñas estratéxicas da reforma, é o traballo de RUIZ DE CASTAÑEDA, A., e BERNAL BLAY, M. A., “La contratación pública y el derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23-42. Sobre os principios aplicables a esta materia, por todos, remitíome ao traballo de MORENO MOLINA, J. A., “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación”, *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3429 e ss. do tomo II.
- 2 Desde 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).
- 3 Esta iniciativa de reforma da contratación pública enmárcase na Estratexia Europa 2020 para un crecemento intelixente, sustentable 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 SÁNCHEZ MORÓN, M., *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- 4 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 traducíuse 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 (pe-mes) que actualmente sofren completando a cantidade de exixencias administrativas a 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 respectuosas co medio ambiente, socialmente responsables e

lembrar o contido da Resolución do Parlamento Europeo, do 12 de maio de 2011, sobre a igualdade de acceso aos mercados do sector público na UE e en países terceiros, e sobre a revisión do marco xurídico da contratación pública, incluídas as concesións (publicada no DOUE do 7 de decembro de 2012), –insístese nos comentarios incluídos na súa Resolución do 18 de maio de 2010 sobre novos aspectos da política de contratación pública–, na que, aínda que se opón enerxicamente ás medidas proteccionistas no ámbito da contratación pública a escala mundial, cre firmemente no principio de reciprocidade e proporcionalidade no dito ámbito e, neste sentido, pídelles 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 poden aplicarse, 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 lles ofrezan ás empresas europeas condicións de reciprocidade e proporcionais no acceso ao mercado, antes de propor calquera outro novo texto no ámbito da contratación pública. Así mesmo, o Parlamento solicítalle á Comisión que avalíe os problemas asociados coas ofertas extraordinariamente baixas e que propoña solucións axeitadas; recoméndalles 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 Unión⁵.

Neste contexto, a aproximación ao alcance concreto desta reforma comunitaria obriga a unhas precisións previas que, malia seren coñecidas, merecen un comentario. A primeira, que o obxectivo principal desta normativa comunitaria é garantir a eficiencia dos fondos públicos. Para tal fin, a obriga de transparencia é un instrumento principal que debe 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 adjudicables no *Diario Oficial da Unión Europea* (DOUE) das distintas ofertas de contratos públicos, presentando esta 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 á disposición dos administradores e

innovadores, ofrecéndolles ademais ás autoridades adjudicadoras uns procedementos máis sinxelos e flexibles e que garantan un acceso máis doado ás empresas, particularmente ás pemes.

- 5 Con data do 23 de marzo de 2013, a Comisión Europea presentou a proposta para a decisión do Consello relativa á conclusión formal do Protocolo que modifica o Acordo sobre Contratación Pública (ACP), o único acordo legalmente vinculante na OMC referido 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, pídelles 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 pemes, 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 das empresas. O 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.

dos candidatos contractuais; b) como medio de promoción da concorrència entre os axentes económicos implicados. Publicidade que debe xerar competencia ou concorrència empresarial, como lembra 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 dita 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 o 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, Parking 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 formularen 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 xeito, 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 atoparse en igualdade de condicións tanto no momento en que preparan as súas ofertas como 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 permitirlle 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 Parking 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 atinxe ás entidades adxudicadoras de garantir a observancia dos ditos 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 concorrencia⁶. E o mesmo cunha inadecuada tipificación da prestación, o que aconsella a extensión da aplicación dos códigos CPV⁷.

Non é cuestión de estenderse, pero convén insistir na “forza” destes principios comunitarios, que mudaron a práctica nacional da contratación pública e que teñen o seu fundamento nos tratados, como ben recorda o considerando primeiro da Directiva 24/2014.

Explicouno moi ben o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, na súa resolución 121/2012, do 23 de maio, na que literalmente di:

“Como xa se expuxo en anteriores resolucións deste tribunal, o interese xeral ou interese público foi durante décadas o principal elemento conformador dos principios que inspiraban a lexislación da contratación pública española. Non obstante, a influencia do dereito da Unión Europea produciu un cambio radical nesta circunstancia, pasando a situar como centro arredor do cal gravitan os principios que inspiran a dita lexislación os de libre concorrencia, non discriminación e transparencia”.

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 deben canalizarse os fondos públicos⁸.

Isto significa que, como se apuntou en anteriores traballos, os contratos públicos non constitúen exclusivamente un medio de abastecerse 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 a 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 exigencias que determinen as entidades adxudicadoras⁹. Esta visión instrumental da contratación pública

6 Remítome á miña opinión en www.obcp.es de marzo de 2012: “Unidad de mercado y contratación pública: redefiniendo los perfiles de contratante”. Por outra parte, como lembra 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.

7 Por todos, RUIZ DE CASTAÑEDA, A. “La nomenclatura CPV en la contratación”, Ballesteros Arribas, S., Castela Rodríguez, J., Corral García, E., e Castro Abella, F. (coords.), *Administración Local. Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 203 e ss.

8 Remítome ao meu traballo “Compra pública estratéxica”, Pernas García, J. (coord.), *Contratación pública estratéxica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 45-80.

9 GIMENO FELIÚ, J. M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 15-21, e “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de*

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 contrato¹⁰. Así o declarou, por exemplo, o Acordo 80/2016 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, ao declarar que “... como criterio de adjudicación, non quebran as regras expostas, pois existe unha vinculación coa mellor calidade na prestación do servizo e non se distorsiona indebidamente a competencia ao asignar soamente unha puntuación de cinco puntos. É máis, garántese unha mellor eficiencia social que preserva as exixencias constitucionais de políticas sociais activas”.

A perspectiva instrumental da contratación pública aconsella que na fase de selección se exixa e valore o cumprimento da lexislación comunitaria de medio ambiente e de política social¹¹, pois o contrario supón abandonar unha ferramenta de consolidación de políticas públicas de grande alcance e fertilizar 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 rendibles¹². Nesta cómpre lembrar que criterios relacionados coa protección do medio ambiente (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 no artigo 45 da nosa Constitución. Moi especialmente –dentro do marco que posibilitan os acordos GATT– debe regularse un sistema que evite a deslocalización empresarial e que non penalice as empresas europeas nin as pemes. Outro tanto sucede 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, e acordos 72 e 73/2016 do Tribunal de Contratos

Derecho, n.º 9, 2010, pp. 50-55. Tamén ORDOÑEZ SOLÍS, D., *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 162-182; MORENO MOLINA, J. A., “Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 83, 2009, pp. 37 e ss., e ORTEGA ÁLVAREZ, L., “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, *Revista Electrónica CEMCI*, n.º 3, 2009. Igualmente, nesta liña, pode citarse a: MELERO ALONSO, E., “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 1, 1999 (artigo asinado xunto a ESPÍN SÁEZ, M.); BLÁZQUEZ ROMÁN, J. A., e RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 42, 2005, p. 39; BERNAL BLAY, M. A., “El desarrollo de las políticas activas de empleo a través de los contratos públicos”, Pernás, J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 163-166, e GONZÁLEZ GARCÍA, J., “Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública”, *Revista Española Derecho Europeo*, n.º 56, 2015, pp. 13-42. Así o entendeu tamén a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón nos seus informes 17/2008, do 21 de xullo, e 1/2015, do 27 de marzo. E é que, como ben advertira MESTRE DELGADO, J., se constata na regulación da contratación pública a existencia dun interese público por empregar mecanismos de reforzo –ou fomento– para forzar os empresarios ao cumprimento de previsións –non necesariamente previstas co carácter de imposicións coactivas– previstas en normativas sectoriais, “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 291, 2003, p. 707.

10 MEDINA ARNAIZ, T., “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 43 a 94.

11 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 a new approach”, *European Law Review*, vol. 21, n.º 1, 2002, pp. 11-13.

12 Como destaca VARA ARRIBAS, G., é posible unha contratación pública sustentable que combine axeitadamente criterios económicos con criterios sociais e ambientais. “Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Comunitario*, n.º 26, 2008, p. 128.

Públicos de Aragón e Resolución 16/2016, do Tribunal de Contratación Pública de Madrid)¹³, o que reflicte a idea de que a contratación pública é unha ferramenta para a efectividade das políticas públicas¹⁴.

Por outra banda, a contratación pública debe ser regulada desde a óptica da consecución efectiva e eficiente da prestación demandada. Isto exige atender con especial interese a fase de execución do contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva do fin derivado da prestación concreta 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 por que 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)¹⁵. En efecto, para todos os Estados membros, a eficacia do sistema público de pedidos pasou a ser unha prioridade, tendo en conta as limitacións orzamentarias actuais. Así pois, cómpre dispor de instrumentos flexibles e de uso sinxelo que lles permitan aos poderes públicos e aos seus provedores adxudicar contratos transparentes e competitivos o máis doadamente posible, para poder comprar coa mellor relación calidade/prezo (*value for money*)¹⁶.

13 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 supuña, 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 podían basearse 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 o 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 os demais licitadores, xa que, ao comparar as ofertas, se lle 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 Ditame 4464/98, do 22 de decembro. Na doutrina, sen ánimo exhaustivo, poden citarse os seguintes traballos: BERNAL BLAY, M. A., “Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”, Gimeno Feliú, J. M. (ed.), *El Derecho de los contratos del sector público*, Monográficos de la Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º X, Zaragoza, 2008; MORENO MOLINA, J. A., e PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de contratos del sector público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 516 e ss.; VÉRNIA TRILLO, S., “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 20, 2002, pp. 429-454; MESTRE DELGADO, J. F., “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, cit., pp. 705-730; GOSÁLBEZ PEQUENO, H., “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, n.º 20, 2003, pp. 27-67; LÓPEZ TOLEDO, P., “Contratación pública y medio ambiente”, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 33, 2004, pp. 25 e ss.; MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L., “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 e ss.; GIMENO FELIÚ, J. M., “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 61 e ss.; VILLALBA PÉREZ, F., “La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de contratos del sector público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 74, 2009, pp. 49 e ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico”, *Instituto Andaluz de Administración Pública*, Sevilla, 2009; VÉLEZ TORO, J. A., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local”, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 10, 2002, pp. 32 e ss.; BLÁZQUEZ ROMÁN, J. A., e RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, cit., pp. 39 e ss.; GONZÁLEZ ALONSO, A., “La contratación pública ecológica”, *Justicia Administrativa*, n.º 47, 2010, pp. 31 e ss.; e MEDINA ARNAIZ, T., “Social Considerations in Spanish Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, vol. 20, n.º 2, 2011, pp. 56-79.

14 Vide MEDINA ARNAIZ, T., “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, cit., pp. 43-104.

15 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.

16 Baixo este concepto ponse 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. Vide, por todos, ARROWSMITH, S., LINARELLI, J., e WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, pp. 28-30.

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 lexislativos que poderían introducirse para facilitar e flexibilizar a adxudicación 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 particulares¹⁷.

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 lle 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; pídelles 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) Pídelles 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 deben respectarse ou, en caso de que non se respecten, explicarse;

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 asegurarlles certeza xurídica tanto aos operadores económicos como 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 tramitación¹⁸:

- 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.

17 O maior número de respostas procedeu do Reino Unido, Alemaña e Francia. No libro *Observatorio de los contratos públicos 2010* (Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 459-516) recóllense as contribucións presentadas polo grupo de investigación español composto por Gimeno, J. M.; Moreno, J. A.; Gallego, I.; Bernal, M. A., e Medina, T.

18 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 no DOUE do 18 de decembro de 2012.

- 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 adxudicación de contratos de concesión [Bruxelas, 20.12.2011, COM (2011) 897 final 2011/0437 (COD)].

Tras o debate parlamentario, adoptáronse novos textos con importantes novidades, establecendo un prazo de transposición 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 superar a lóxica “harmonizadora” das súas predecesoras e optan, como sinala G. A. BENACCHIO, por prescindir do establecemento de regras excesivamente ríxidas e invasivas en favor da promoción dos obxectivos de simplificación e eficiencia¹⁹. Son textos, polo demais, de maior “densidade” que as súas predecesoras e séguense observando parecidas deficiencias técnicas que complican a correcta adaptación das súas regras ás normas nacionais²⁰. Pero a pesar de todo, na miña opinión, supoñen un importante avance, pois deben permitir reformular o modelo teórico e práctico da lexislación de contratación²¹.

Pero, ademais, non pode descoñecerse a existencia dun dereito pretoriano que vertebra o sistema²². Nunha materia tan sensible e á vez tan cambiante, existe unha importante “fonte de dereito”, xa que a xurisprudencia do TXUE da Unión Europea conformou un sólido e coherente dereito pretoriano que serve de fonte interpretativa e que limita aquelas opcións que poidan contravir as regras da Unión Europea. De feito, son, na práctica, unha especie de codificación que dota de coherencia e seguridade xurídica o sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica nos ordenamentos nacionais). Así, os conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidade coa doutrina fixada polo TXUE²³, doutrina que debe ser coñecida e respectada polos distintos intérpretes ou aplicadores das regras da contratación pública, o que limita interpretacións ou prácticas nacionais que pretendan unha visión “local” das normas de contratos públicos²⁴. Existe, en consecuencia, unha “harmonización” a escala de doutrina TXUE que impide que se lamen os principios da contratación pública

19 Vide “Verso le Direttive di quarta generazione”, Benacchi, G. A., e Cozzio, M. (coord.), *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, 2012, p. 8.

20 Especialmente crítico, tamén co dereito da Unión Europea, se manifesta SANTAMARÍA PASTOR, J., “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 159, 2013, p. 35.

21 Remítome á miña monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, cit.

22 Vide GIMENO FELIÚ, J. M., “La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 172, 2015, pp. 81-122. Tamén GALLEGO CORCOLES, I., “Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, Almeida, M., e Martín, I. (dir.), *La nueva contratación pública. Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 e 14 de novembro de 2014), pp. 111-116. En relación co impacto da xurisprudencia no proceso de creación das regras sobre contratación pública, vide COZZIO, M., “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013, pp. 89-116.

23 Vide CHINCHILLA MARÍN, C., “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las directivas”, Sánchez Morón, M. (dir.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; e SÁNCHEZ MORÓN, M., “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, Sánchez Morón, M. (dir.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102.

24 Para coñecer como se realizou a transposición da normativa de contratación pública nos distintos Estados membros, é de especial interese a excelente monografía anteriormente citada, dirixida por SÁNCHEZ MORÓN, M., *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, cit.

e que exige unha interpretación funcional (e non formal)²⁵. Isto explica por que os órganos de control nacionais, en calidade de “xuíces comunitarios”, aplican esta doutrina²⁶.

2 A transposición das directivas europeas de contratación en España. Un proceso inacabado

O Consello de Ministros do 17 de abril de 2015 aprobou o Informe sobre os anteproxectos de modificación da lexislación de contratos públicos en España²⁷. O comunicado oficial informa de que con esta norma se pretende incorporar á lexislación española o paquete de directivas comunitarias de contratación pública e ten como obxectivos primordiais mellorar a transparencia e a competencia na contratación, así como axilizar os procedementos fomentando a utilización de medios telemáticos²⁸.

25 Como explica moi ben CHINCHILLA MARÍN, C. (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, cit., pp. 38-39), a interpretación do dereito comunitario dos contratos públicos debe respectar tres regras: a) débese realizar desde a lóxica do dereito comunitario e non desde os dereitos nacionais, b) a interpretación debe ter un alcance funcional/finalista e c) debe practicarse unha interpretación ampla do dereito comunitario cando se pretende determinar, en clave positiva, o ámbito de aplicación desta normativa e, pola contra, estrita, se se trata de “excluir” a súa aplicación.

26 Esta xurisprudencia é parámetro interpretativo dos dereitos nacionais, pero a súa influencia esténdese tamén ao corpo normativo. Destácao ben SÁNCHEZ MORÓN, M., “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, cit., p. 82.

27 O Estado español iniciou os trámites de transposición antes da aprobación definitiva das directivas, mediante a creación dun grupo de expertos (GELEC) que se constitúe en xaneiro de 2014, con dirección do director xeral de Patrimonio. Este grupo, tras un ano de traballo, presentou un primeiro documento definitivo en xaneiro de 2015, iniciándose a tramitación formal para a súa presentación como proxecto de lei.

28 Mediante disposición adicional, determínase o criterio de atribución competencial. Da lectura deste precepto –á marxe de que sexa constitucionalmente discutible o sistema de lista para determinar o básico en favor do Estado (a Lei 31/2007, do 30 de outubro, non segue polo demais este modelo)– puidese desprenderse a opinión da escasa marxe de manobra competencial das Comunidades Autónomas, visión de ningún xeito correcta, xa que esta Disposición TRLCSP exige unha interpretación desde a perspectiva dos marcos estatutarios vixentes (e non á inversa, xa que o Estatuto ten unha indiscutible función constitucional). O núcleo duro das normas que merecen o cualificativo do básico da contratación pública son as disposicións xerais, os elementos estruturais e os procedementos de selección e adjudicación de contratos (materias que, por certo, teñen directo fundamento comunitario). Tamén serán básicas as normas que regulan o réxime xurídico dos contratos cualificados como administrativos. Así, pola contra, non terán carácter de básico de ningún xeito as cuestións de organización administrativa e de xestión contractual (incluíndo as relativas á preparación do contrato ligadas a estas). Certamente, a partir da competencia estatal exclusiva sobre a lexislación básica de contratos, recoñéceselles ás Comunidades Autónomas a de ditar normas de desenvolvemento no espazo definido por aquelas (STC 68/1988, do 19 de abril) e a súa execución. Convén abordar o alcance desta competencia exclusiva do Estado sobre contratación e concesións administrativas. SANTAMARÍA, J. (*Comentarios a la Ley orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra*, MAP, Madrid, 1992, pp. 521-522) sinalou a heteroxeneidade do concepto de contratos administrativos, que inclúe materias con títulos competenciais diferentes. Os aspectos organizativos da contratación e clasificación dos contratistas corresponderían á competencia de organización administrativa. A regulación dos contratos de entes instrumentais privados é competencia referida á organización do sector público. Os aspectos procedementais respecto á elaboración de proxectos, selección de contratistas e recepción de obras terían como título competencial o dos procedementos administrativos. Só as normas substantivas contractuais para as Administracións públicas, como as relativas á capacidade para contratar, o prezo e a formalización e execución do contrato, estarían amparadas no apartado de contratos e concesións administrativas a que se refire o artigo 149.1.18 CE. O Tribunal Constitucional asimila o contido básico aos principios e garantías comunitarios, que implica para a Comunidade Autónoma o deber de adecuar a súa competencia a estes, ao traspor a normativa, fágao ou non o Estado por medio de leis de bases. Sobre todo, se temos en conta que as directivas son normas de resultado, como se desprende do seu propio contido e alcance normativo, fundamentadas nuns principios que, pola súa banda, debe asumir a lexislación básica estatal. Polo tanto, para os efectos do exercicio da competencia propia da Comunidade de Autónoma, a súa referencia substancial son os principios e obxectivos do dereito comunitario, que son, á súa vez, os principios da lexislación básica estatal.

Nada cuestiona esta interpretación a recente STC 56/2014, do 10 de abril, que resolve unha cuestión de inconstitucionalidade e que contén doutrina en materia de repartición de competencias entre Estado e CC. AA. sobre contratos administrativos, á vez que declara a nulidade da lei cántabra que exceptúa a prohibición de pagamento aprazado. Nesta sentenza afirmase que “no que concirne á repartición competencial entre o Estado e as Comunidades Autónomas, a materia «contratos administrativos» aparece diferenciada no artigo 149.1.18 CE, aínda que forme parte do amplo feixe de competencias recollidas no mesmo precepto constitucional, que teñen diverso alcance e natureza, e cuxa heteroxeneidade impide un tratamento unívoco (STC 61/1997, do 20 de marzo, FX 11). Rexida así a lexislación sobre contratos administrativos por un título competencial específico, esta circunstancia por sí soa impide aceptar a operación de subsunción noutros ámbitos competenciais que propón o Goberno de Cantabria. Segundo a doutrina deste Tribunal, recapitulada na STC 120/2012, do 4 de xuño, FX 5: «desde un principio, vimos mantendo que en materia de delimitación de competencias a regra de máis amplo alcance debe ceder ante a regra máis especial [SSTC 71/1982, do 30 de novembro, FX 6; 87/1985, do 16 de xullo, FX 8; 87/1989, do 11 de maio, FX 3 a); e 193/1998, do 1 de outubro, FX 1.]. Ou, o que é o mesmo, que o título específico ha de prevalecer sobre o xenérico [SSTC 48/1988, do 22 de marzo, FX 2; 49/1988, do 22 de marzo, FX

2.1 Principais contidos do novo texto da Lei de contratos do sector público

Cos textos preparados –agora anteproxecto²⁹– intentouse unha correcta transposición das directivas 23, 24 e 25 de 2014. No que debe ser a nova Lei de contratos do sector público, son 340 artigos e 35 disposicións adicionais. É certo que pode parecer un texto “continuista”

11; e 80/1988, do 28 de abril, FX 3), sen prexuízo de que igualmente afirmáramos que a este criterio non se lle pode atribuír un valor absoluto (STC 213/1988, do 11 de novembro, FX 3)”. Existe, pois, unha competencia compartida que exige o axeitado “equilibrio” de regulacións (serve de referencia a STC do 30 de abril de 2015, no recurso de inconstitucionalidade núm. 1884-2013, relativo á posibilidade de que o *Servizo Madrileño de Saúde poida adxudicar contratos para a xestión do servizo público de asistencia sanitaria especializada nos seis hospitais que se citan no precepto legal*). Igualmente, a STC 37/2015, do 19 de novembro de 2015, que declara inconstitucionais certos trámites formais da Lei 3/2011, de medidas de contratos públicos de Aragón, deixou clara a competencia autonómica nesta materia.

Iso non debe desincentivar o desenvolvemento competencial, pois a opción de non regular converte en exclusiva de facto a competencia do Estado, o que supón negar, en si mesmo, as propias capacidades da Comunidade Autónoma.

E, recollida a competencia nos estatutos, a Comunidade poderá legislar sobre contratación pública respectando, claro, o básico (*vide* SAN-MARTÍN MORA, A., “Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias”, *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*, Zaragoza, 2010, pp. 405-428; e GIMENO FELIÚ, J. M., “La Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público. Alcance de su contenido y valoración de sus propuestas”, *Actas XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Xustiza de Aragón, 2015, pp. 7-29), opción seguida, por exemplo, pola Comunidade Foral de Navarra mediante a Lei 6/2006, do 9 de xuño (a xustificación deste ámbito competencial pode verse no traballo de CRUZ ALLI ARANGUREN, J., “La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos”, *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Colección Pro Libertate, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2007, pp. 45-120).

29 O Consello de Ministros do 17 de abril de 2015 aprobou o Informe sobre os anteproxectos de modificación da lexislación de contratos públicos en España. O comunicado oficial é o seguinte: Informe sobre os anteproxectos de nova normativa para a contratación pública:

“Incorpórase á lexislación española o paquete de directivas comunitarias de contratación pública e ten como obxectivos primordiais mellorar a transparencia e a competencia na contratación, así como axilizar os procedementos fomentando a utilización de medios telemáticos.

O Consello de Ministros recibiu dous informes do ministro de Facenda e Administracións Públicas sobre os anteproxectos de lei de contratos do sector público e de contratos nos sectores específicos da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais. Os anteproxectos someteranse a diversos trámites e informes preceptivos antes da súa remisión polo Consello de Ministros ás Cortes Xerais.

Estes dous anteproxectos incorporan á lexislación española as tres directivas comunitarias sobre contratación pública que foron publicadas o mes de marzo de 2014, e algunhas das súas principais novidades son as seguintes:

- Introdúcese un novo procedemento de adxudicación denominado de “asociación para a innovación”, para aqueles casos en que resulte necesario realizar actividades de I+D en obras, servizos e produtos, para a súa posterior adquisición pola Administración. Os candidatos seleccionados realizarían as actividades de I+D requiridas e adxudicáraselle finalmente o contrato ao que ofrezca a mellor relación calidade-prezo.

- Ampliáse o ámbito subxectivo da lei que, en determinadas circunstancias e supostos, se aplicará a partidos políticos, organizacións sindicais e organizacións empresariais, cando o seu financiamento sexa maioritariamente público.

- Apóstase decididamente pola utilización de medios electrónicos, informáticos e telemáticos nos procedementos considerados na lei.

- Co obxectivo de reducir as cargas administrativas, xeneralízase o uso das chamadas «declaracións responsables», en que o empresario simplemente manifesta que cumpre os requisitos para acceder á licitación, sen necesidade de presentar documentación xustificativa ata o momento en que resulte adxudicatario do contrato.

- Para conseguir unha maior transparencia, restrínxese notablemente o denominado «procedemento negociado» (que non ten publicidade), eliminando o motivo da pequena contía do contrato dentro dos supostos que hoxe en día permiten a súa utilización. Non obstante, para non perder as vantaxes de axilidade que ten este procedemento, créase un novo, o procedemento aberto simplificado, en que a duración do proceso de contratación será moi breve (ao redor dun mes), pero que será totalmente transparente, con publicación obrigatoria en Internet.

- Foméntase e impúlsase a competencia a través de diversos mecanismos, tales como:

A introdución dun incentivo para que os contratos se dividan en lotes. Ata este momento, a normativa vixente exige que se motive e xustifique a existencia de diversos lotes nun contrato. A partir da nova lei, o principio será xustamente o contrario e deberase xustificar como excepcional o feito de que non existan lotes. Esta división en lotes favorece especialmente o acceso das pemes aos contratos públicos.

A restrición na utilización dos chamados «medios propios» (entidades creadas por unha Administración ou poder adxudicador para a realización de determinadas actividades sen someterse a un procedemento de contratación). Na nova lei aumentan as exigencias para garantir que a utilización destes medios propios está suficientemente xustificada e non é un modo de eludir a publicidade e concorrencia características da contratación pública.

- Incorpórase unha nova regulación, máis equilibrada, da regulación da responsabilidade patrimonial aplicable ás concesións. Na normativa actual, se hai unha resolución da concesión, sexa cal sexa a súa causa, a Administración debe aboarlle ao concesionario os investimentos que realizou. Coa nova normativa, se a resolución se produce por unha causa imputable ao contratista, como acontece nos casos de insolvencia ou concurso de acredores, a indemnización determínase polo valor de mercado da concesión. Este novo réxime incentivará que se produza un cálculo rigoroso dos investimentos necesarios en concesión e unha mellor xestión, dado que o concesionario, se a resolución lle é imputable, xa non terá garantida a recuperación do investimento.

- Para mellorar a gobernanza nesta materia, créase no seo da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado un Comité de Cooperación, no que participarán Comunidades Autónomas e entidades locais, que será un órgano de encontro, cooperación e unificación de criterio, así como de recompilación de información para elaborar o informe de supervisión que debe remitirse cada tres anos á Comisión Europea”.

Regap



ESTUDIOS

ou, en palabras de S. DEL SAZ en relación coa lei de 2007, “un mesmo traxe con distintas raias”³⁰. Non obstante, existen notables diferenzas que fan que este texto poida impulsar unha diferente “xestión práctica” da contratación pública. Intentarei, aínda de forma sucinta, dar conta das principais novidades que se incorporaron ao actual anteproxecto³¹:

a) Con relación á sistemática formal, decídese, como premisa previa, non facer unha lei *ex novo*, senón “partir da” estrutura TRLCSP de 2011. Existirán así dúas leis: a lei de contratos do sector público e a lei de contratación en sectores especiais, que virán substituír o TRLCSP e a Lei 31/2007, de contratación en sectores especiais. O articulado desta lei estruturouse nun título preliminar dedicado a recoller as disposicións xerais nesta materia e catro libros sucesivos, relativos á configuración xeral da contratación do sector público e os elementos estruturais dos contratos (libro I), a preparación dos contratos administrativos, a selección do contratista e a adxudicación destes contratos, así como os efectos, cumprimento e extinción destes contratos (libro II), os contratos doutros entes do sector público (libro III), e, por último, a organización administrativa para a xestión da contratación (libro IV). Unha das principais novidades é que se adopta unha uniformización do réxime xurídico na licitación, con independencia da natureza pública ou privada do poder adxudicador. Hai tamén novidades en simplificación que levan consigo descarga burocrática e maior axilidade en tramitación/adxudicación. Introdúcese a mención ao CPV co obxectivo de favorecer unha mellor tipificación contractual e unha maior transparencia.

b) Consérvase a redacción dos artigos 1 e 2, coa introdución do principio de integridade. É un sinal de que a lei pretende combater a problemática da corrupción. E non é unha mera cuestión formal, pois ademais do efecto didáctico da súa inclusión, refórzase a idea de que a integridade (a honradez) non é un simple principio ético, senón que ten efectos xurídicos³².

c) Dáse nova redacción ao artigo 3 para aclarar o concepto de poder adxudicador: o parágrafo 1 mantense para definir qué é sector público. O parágrafo 2 indica quen é o poder adxudicador, e utilízase o sistema de lista. No parágrafo 3 indícase quen é Administración pública. Suprímese a mención a que as entidades públicas empresariais non se comportan como Administración pública e acórdase que só as entidades de dereito público que sexan efectivamente de mercado serán non Administración pública para efectos desta lei. Unha novidade importante –en relación co que xa expuxemos– é que se inclúen partidos políticos e sindicatos e organizacións empresariais se hai financiamento público maioritario, sen dúbida un cambio de evidente interese, máxime no actual contexto de falta de transparencia da xestión política que cuestiona a propia lexitimidade das institucións administrativas³³.

30 DEL SAZ, S., “La nueva Ley de contratos del sector público ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, *Revista de Administración Pública*, n.º 174, 2007.

31 Remítome ao meu traballo “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho «pretoriano». Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, no libro *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-60.

32 Vide GIMENO FELIÚ, J. M., “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, *Las Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105.

33 Axústanse, igualmente, certas previsións relativas á Administración local, tanto en materia de organización, contías de contrato menor en función de poboación e de elementos de control. Sobre a incidencia da Directiva 2014/24 na Administración local, resulta de especial interese o traballo de BERNAL BLAY, M. A., “La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública”, *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, n.º 2, nova época, 2014.

d) En negocios excluídos decídese mellorar a sistemática con varios preceptos distintos que conteñan unha materia idéntica e un último “caixón de xastre”. En cuestión de convenios (introdúcese o termo de “cooperación”), substitúese “natureza” por contido e causa (preténdese evitar fraudes e favorecer o control, e que baixo subterfuxios formais se esconda unha relación que é un contrato público). Na letra d) cámbiase a mención de Administración pública pola de poder adjudicador. Así mesmo, dásele substantividade á compra precomercial.

e) Regúlase a cooperación vertical e horizontal. Óptase por utilizar as categorías e conceptos comunitarios, co fin de favorecer a predictibilidade. Así, non se fala de encomendas, senón de encargos, encargos que deben ser obxecto de publicidade co fin de garantir, mediante o control, a idoneidade de cada encarga. Os entes que teñan consideración de medios propios deben contar cos medios idóneos³⁴. En todo caso, cen por cento capital público. Son necesarios, ademais, outros requisitos: que a empresa teña o carácter de “medio propio”; que dispoña de medios suficientes para cumprir a encarga que se lle faga; que solicítase autorización do poder adjudicador de que dependa; que non teña participación dunha empresa privada, e que non poida realizar libremente no mercado máis dun 20 % da súa actividade.

f) Os contratos asinados no ámbito da defensa e seguridade seguirán rexéndose pola súa correspondente lei específica (Lei 24/2011, do 1 de agosto, de contratos do sector público nos ámbitos da defensa e da seguridade), nos supostos nela determinados. Delimitase no texto, así mesmo, a aplicabilidade desta lei ou da lei específica, segundo os distintos supostos posibles no caso de contratos referidos aos sectores da auga, a enerxía, os transportes e os servizos postais.

g) Na tipoloxía de contratos hai axuste de definicións de obras e servizos (concepto funcional de obras: que exista influencia, STXUE do 30 de outubro de 2009). Decídese que prazo destes últimos será común a todo poder adjudicador con excepcións xustificadas (investimentos, etc.). O prazo ordinario é de 5 anos (porque é o que referencia a Directiva concesións). Desaparece o tipo de contrato de colaboración público-privada, pero mantense a posibilidade de sociedade de economía mixta como fórmula de CPPI³⁵. Esta decisión está motivada pola experiencia práctica, preténdese evitar confusións ou incorrecto uso. En todo caso, a opción de realizar CPP (desde a perspectiva de SEC 2010) atópase na regulación de concesións. Incorporárase a definición de contrato de servizos conforme o dereito da Unión Europea. Así, inclúese o contrato de concesión de servizos, que se caracteriza pola existencia de risco (xa non hai contrato de xestión de servizos públicos: elimínanse as figuras do concerto e da xestión interesada). Adóptase o criterio do risco operacional como elemento para delimitar

34 Criterio defendido no Informe 65/07, do 29 de xaneiro de 2009, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado –«Consideración de medio propio dun concello e dos seus organismos autónomos dunha sociedade municipal e procedemento de encomenda de xestión»–, que engade aos requisitos mencionados o da idoneidade do ente para recibir e prestar a encarga, afirmando: “Haberá que engadir un último requisito, como é a idoneidade para executar a encomenda de xestión e, en tal sentido, debe dispor de persoal e medios materiais e técnicos necesarios para executar a encomenda”.

35 A favor desta eliminación de contrato CPP do artigo 11 TRLCSP pódese ver a opinión de MAGIDE HERRERO, M., “Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa”, Laguna Sanquircio, F. (coord.), *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, AESMIDE/Fundación Arecos, Madrid, 2012, pp. 68-69. Certamente, como ben sistematizou, nunha análise exhaustiva, son moitas as variables e complexidades deste tipo contractual “especificamente español”, e quizais por iso conveña a súa eliminación para uniformizar as categorías e os conceptos nun marco normativo europeo, máxime como indica HERNANDO RYDINGS, M., en contratos destas características, que aconsellan a maior certeza da estrutura xurídica e económica. *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012, pp. 534-541. Tamén FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., “El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 167, 2014, pp. 293-326.

a concesión do contrato³⁶. O prazo de concesións queda vinculado ao prazo necesario de retorno de investimentos.

Defínese contrato mixto con regra xeral de valor estimado da prestación. Aclárase que os contratos administrativos/privados son, en esencia, “réxime xurídico”.

h) Decídese reformar o tema da xurisdición superando a dualidade xurisdiccional. Todas as fases de preparación e adxudicación, á marxe do importe e da natureza do poder adxudicador, se rescindían en orde contencioso-administrativa³⁷. Existe agora coherencia coa solución adoptada polo actual artigo 2 b) LX de 1998, que establece a regra (que non debería ser alterada pola lexislación de contratos, como lexislación sectorial) de que todas as cuestións de preparación e adxudicación de calquera poder adxudicador se deben rescindir en sede contenciosa³⁸.

A opción de diferenciar pola consideración de contrato harmonizado ou non harmonizado que estableceu o artigo 21. 2 da Lei de contratos do sector público de 2007 separábase, pois, dunha interpretación uniforme que rescindiaba na orde contenciosa os contratos públicos de entes que non son Administración pública. Así, de forma “sorprendente”, habilitaba a competencia da orde civil nos contratos non harmonizados dos poderes adxudicadores que non son Administración pública, o que viña “resucitar” a dualidade de xurisdición cos seus sabidos inconvenientes procesuais e de seguridade xurídica. A contía do contrato serve para fixar o órgano competente, sendo alleo á lóxica da natureza do suxeito ou do interese público como criterios delimitadores.

É –e debe ser– o criterio funcional de poder adxudicador e non formal de Administración pública o que determina ante que orde xurisdiccional se rescindía a competencia³⁹, máxime

36 Existen problemas derivados de SEC 2010: agora é transferencia de risco de demanda, ou risco de oferta, ou de ambos os dous (son, pois, distintos criterios de SEC 95). Sobre a incidencia do novo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010, pode consultarse o traballo de MACHO PÉREZ, A. B., e MARCO PEÑAS, E., “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, cit., pp. 437-474.

37 Non resulta posible unha solución formal ancorada na idea rixida do contrato administrativo, pois, como ben explicou MIR PUIGPELAT, O., o dereito administrativo defínese na actualidade non só sobre a base do elemento subxectivo –Administración pública–, senón tamén a partir da súa consideración como dereito exorbitante que se dirixe a conciliar o interese xeral e o particular. E resulta evidente tal condición en calquera contrato público (onde as regras e principios son públicos), tal como xa advertira, por certo, o Tribunal Supremo na coñecida Sentenza Hotel Andalucía Palace (n.º 2113/1965 do 4 de febreiro), onde o dato de que existen regras administrativas é o que decidiu a competencia a favor da orde contenciosa (nun contrato dunha empresa pública).

38 De feito, coa LCAP de 1995, xa a sala do civil se declarou incompetente en contratos de empresas públicas ao afirmar: “que «non cabe dúbida de que o contrato cuxas consecuencias xurídicas se presentan ante o Tribunal Civil é de natureza administrativa: así o revela o procedemento administrativo de licitación e de adxudicación da obra contratada, a previa determinación dos correspondentes pregos de condicións administrativas e técnicas, e, en fin, a propia tipoloxía do contrato, que non é senón das obras públicas, e celebrado por unha empresa pública municipal, como o é «Aguas del Puerto, Empresa Municipal, S.A.»». A tal respecto, é bo lembrar que o artigo 1.º da Lei 13/95 (RCL 1995, 1485, 1948) de contratos das Administracións públicas establece que os contratos que asinen as Administracións públicas se axustarán ás prescricións da citada lei, a cuxos efectos se entenderá por Administracións públicas tamén as entidades de dereito público con personalidade xurídica propia, vinculadas ou dependentes de calquera das Administracións públicas, sempre que fosen creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil e cuxa actividade estea maioritariamente financiada polas Administracións públicas ou outras entidades de dereito público, ou ben cuxa xestión estea sometida a un control por parte destas últimas, ou cuxos órganos de administración, de dirección ou de vixilancia estean compostos por membros máis da metade dos cales sexan nomeados polas Administracións públicas e outras entidades de dereito público, notas estas que se dan de forma expresa na empresa pública expresada, dedicada á subministración de augas potables de El Puerto de Santa María, e cuxos cargos directivos son nomeados e os seus orzamentos aprobados polo Concello da dita cidade, debemos ratificar a resolución da Audiencia” (Sentenza n.º 776/2005 do 11 de outubro. RX 2005\857).

39 Explícase de forma excelente no traballo de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., e FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 237-277.

cando o artigo 2 LX vén admitindo a categoría dos actos “materialmente” administrativos. En definitiva, nunha actividade como a dos contratos públicos, tan sensible desde unha perspectiva económica, é necesario dotar a arquitectura xurídica do control da coherencia necesaria que garanta o máximo de seguridade xurídica e favoreza a predictibilidade. E, dado que resulta evidente que na fase de preparación e adxudicación de calquera contrato público (incluíndo as modificacións ilegais), sexa ou non realizado por unha Administración pública, hai un interese público relevante, debe corresponderlle á xurisdición contencioso-administrativa a súa fiscalización⁴⁰.

Desaparece a previsión á arbitrase para os contratos das Administracións públicas, para que sexa decisión de cada Administración pública.

i) No ámbito do recurso especial, mantense o modelo dos tribunais administrativos (cuxas vantaxes destacou o profesor SANTAMARÍA PASTOR, J.⁴¹). Este sistema de “xustiza administrativa especial” foi reforzado polo feito de que o Tribunal de Xustiza da Unión Europea admitiu a trámite a cuestión prejudicial presentada polo Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público o 23 de xullo de 2014 (asunto C-203/14), o que presupón recoñecer que estes tribunais administrativos –con fundamento na Directiva 89/665 e a súa reforma pola Directiva 66/2007– teñen a cualificación de órganos xurisdicionais xa que teñen orixe legal, teñen carácter de permanentes, utilizan un procedemento contraditorio aplicando as normas xurídicas e son independentes (Sentenza do 17 de setembro de 1997, asunto C-54/96 Dorsch Consult), e así o declarou a Sentenza TXUE do 6 de outubro de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, que recoñece as notas exixidas para tal consideración –carácter contraditorio do procedemento, independencia, e carácter obrigatorio da súa xurisdición– e declara que os órganos de recursos contractuais de España son órgano xurisdiccional no sentido do artigo 267 TFUE.

Desde a perspectiva do procedemento, mellóranse os aspectos de invalidez e desaparece a cuestión de nulidade contractual, que se integra no recurso especial. O recurso especial configúrase con carácter obrigatorio. Estabécese que é para importes harmonizados, pero deslegalízanse as contías. Así, as Comunidades Autónomas (como xa fixeron Navarra e Aragón) poderán rebaixar os límites (o que permite un maior control da Administración local e da institucional). Refórzase a planta baixo a previsión de que non existan tribunais locais⁴². A decisión da Comunidade Autónoma atrae a competencia do órgano concreto de recursos contractuais (a planta debe ser pechada e coherente, polo que non deben existir órganos de control de ámbito local).

Recoñécese unha lexitimación ampla conforme a doutrina dos tribunais administrativos (enténdese que inclúe doutrina do Tribunal Constitucional sobre a lexitimación de concelleiros, tal como recolle expresamente o Real decreto 814/2015, do 11 de setembro, polo que se

40 Por outra parte, desde a lóxica da arquitectura dos principios procesuais sobre os que se fixa a competencia, basicamente suxeitos e obxecto, con causa de interese público, resulta incompresible que o criterio contía poida determinar un cambio de orde xurisdiccional, posibilidade contraria ao bo funcionamento do Estado de Dereito e da necesaria seguridade xurídica, pois a dualidade xurisdiccional en asuntos da mesma materia e suxeitos quebra estes. Critican por iso, entre outros, a opción do artigo 21 TRLCSP os prof. GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, T. R. (*Curso Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 2013, p. 622).

41 Explicao de forma moi clara na súa monografía *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, en especial, pp. 48-64.

42 Remítome ás consideracións do meu estudo “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva”, *Revista Derecho Público de Cataluña*, n.º 47, 2013.

aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (entrada en vigor o 25 de outubro de 2015)⁴³. Hai un novo sistema de impugnación de prazos dos pregos (que incorpora a doutrina da Audiencia Nacional). As comunicacións son electrónicas en todo caso. E esténdese o obxecto do recurso contra modificacións e encargos ilegais (o que supón que xa non é recurso precontractual)⁴⁴. Elévanse as multas por temeridade ou mala fe na interposición do recurso a 30.000 euros⁴⁵. Os diferentes órganos de recurso que sexan creados acordarán as fórmulas de coordinación e colaboración máis axeitadas para favorecer a coherencia dos seus pronunciamentos e para a unificación da súa doutrina en relación coas cuestións que sexan sometidas ao seu coñecemento. Os ditos órganos poderán ademais propor os axustes normativos e recomendacións que resulten pertinentes para un mellor funcionamento dos mecanismos de recurso previstos na normativa sobre contratos públicos (disposición adicional 24).

j) No relativo ás cuestións de solvencia, aclárase como condición de execución o que é a adscrición de medios como complemento necesario á solvencia que se exige. A clasificación empresarial mantense só en contratos de obras de máis de 500.000 euros. Importante novidade, desde a perspectiva de simplificación, é que se establece a declaración responsable como regra xeral en todo procedemento aberto. E regúlase o modelo de documento (o DOUE do día 6 de xaneiro de 2016, serie L 3, publica o Regulamento de Execución (UE) 2016/7 da Comisión do 5 de xaneiro de 2016 polo que se establece o formulario normalizado do documento europeo único de contratación). Hai un precepto (artigo 64) dedicado á loita

43 A lexitimación non pode ser un obstáculo para analizar a legalidade dun procedemento contractual, sempre que se acredite un interese directo e non unha mera expectativa. O recurso especial debe interpretarse desde a lóxica do artigo 24 CE, que lles confire a todas as persoas –persoas físicas ou persoas xurídicas– o dereito a acceder a un tribunal (ou órgano independente de control) para interesarse a protección dos seus dereitos e intereses lexítimos individuais ou colectivos, o que obriga a interpretar as normas procesuais que regulan a atribución de lexitimación de forma razoable, en sentido amplo e non restritivo, coa finalidade de outorgarlle tutela xudicial ao administrado e de garantir a fiscalización do cumprimento da legalidade por parte da Administración (SSTC 28/2005, do 14 de febreiro, e 139/2010, do 21 de decembro). En todo caso, debería avanzarse cara a unha lexitimación ampla, dado que a verdadeira finalidade do control debe ser garantir o dereito a unha boa administración –como recorda a Directiva 2007/66–. Sobre a lexitimación do concelleiro no recurso especial, a Sentenza do TSJ de Aragón 500/2015 lembrou que a doutrina do TC é directamente aplicable a este suposto, afirmando que *“os razoamentos, que fundamentan a lexitimación dos concelleiros para impugnar na vía contencioso-administrativa os acordos municipais en cuxa adopción non interveu, serven igualmente para avalar a súa lexitimación para interpor o recurso especial en materia de contratación previsto no artigo 40 TRLCSP, sen que o seu artigo 42, relativo á lexitimación, nos poida levar a outra conclusión, precisamente en atención ao interese lexítimo que posúen, nos termos establecidos pola doutrina constitucional e xurisprudencial referida, interese –e mesmo obrigación– distinto do interese abstracto na legalidade, de controlar o correcto funcionamento do Concello, como único medio, á súa vez, de conseguir a satisfacción das necesidades e aspiracións da comunidade veciñal que, como primeira competencia, lles asigna aos municipios o artigo 25.1 LBRL”*.

44 Sobre o carácter non precontractual do recurso especial, pode verse o meu traballo “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, Cano Campos, T., e Bilbao Alexiades, E. (coords.), *La contratación pública: problemas actuales*, Consello Consultivo de Madrid, Madrid, 2013, p. 99, pp. 83-140.

45 Como recorda a Audiencia Nacional (Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) na súa Sentenza do 14 de maio de 2014. XUR 2014\157183, o artigo 47.5º TRLCSP outorga a posibilidade de imporlle unha multa ao recorrente cando aprecie temeridade ou mala fe na interposición do recurso. A finalidade desta facultade de impor unha multa non é outra que a de evitar que ese dereito ao recurso especial non se utilice de xeito abusivo co fin de dilatar o procedemento de contratación, tendo en conta que a mera interposición do recurso contra o acto de adjudicación suspende a tramitación do expediente de contratación ata que este sexa resolto (artigo 45 TRLCSP). Obviamente, a denominación de multa non implica que teña natureza sancionatoria, pois a súa finalidade é de protección do uso axeitado do sistema do recurso especial para conciliar axeitadamente os distintos intereses públicos. Tería o seu equivalente na previsión do artigo 247 da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuízamento civil, sobre respecto ás regras da boa fe procesual e multas polo seu incumprimento, onde se di que *“se algunha das partes actuou conculcando as regras da boa fe procesual, poderán imporlle, en peza separada, mediante acordo motivado, e respectando o principio de proporcionalidade, unha multa que poderá oscilar de cento oitenta a seis mil euros, sen que en ningún caso poida superar a terceira parte da contía do litixio. Para determinar a contía da multa, o tribunal deberá ter en conta as circunstancias do feito de que se trate, así como os prexuízos que ao procedemento ou á outra parte se lle tivesen podido causar”*. Así, é unha facultade de carácter procesual do tribunal administrativo decidir se concorren estas circunstancias de mala fe e/ou temeridade para impor a multa.

contra a corrupción e á prevención dos conflitos de intereses. Establécese un novo modelo de prohibición de contratar, que é o mesmo para calquera poder adxudicador, sexa ou non Administración pública. Esténdese o réxime de familia (a prohibición esténdese igualmente, en ambos os dous casos, aos cónxuxes, persoas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendentes e descendentes, así como a parentes en segundo grao por consanguinidade ou afinidade das persoas a que se refiren os parágrafos anteriores, cando se produza conflito de intereses) e axústase a prohibición ao “contrato”. Regúlase un novo sistema e procedemento de determinación das prohibicións de contratar (vinculado a cada contrato).

k) Revisanse, para os efectos da súa homoxeneización, as diversas expresións que se utilizaban no texto refundido anterior para referirse ao valor dos contratos, por exemplo “contía” ou “importe do contrato”, reconducíndose na maior parte dos casos ao concepto de “valor estimado” do contrato, que resulta ser o correcto. Este concepto queda perfectamente delimitado na nova lei, igual que o están o de “orçamento base de licitación” e o de “prezo do contrato”, evitándose, desta forma, calquera posible confusión entre eles.

l) En materia de procedementos, regúlase as consultas preliminares ao mercado (artigo 115) e introdúcese o procedemento aberto con tramitación simplificada (moi similar ao da Lei 3/2011 de Aragón). Os limiares para a súa utilización son os propios dos contratos non harmonizados en subministracións e servizos, e 2 millóns nos contratos de obras (salvo que o licitante sexa un poder adxudicador non Administración pública, caso en que lle estará permitido empregar calquera que sexa o importe do contrato).

En materia do procedemento negociado, no APLCSP hai unha novidosa regulación do procedemento negociado con máis detalle (artigos 164 a 169). Así, advírtese que existe obriga de negociar, delimitando a ponderación dos distintos aspectos a negociar (e a ausencia de negociación é causa de nulidade, como indicou o Acordo do TACPA 8/2015). Pero o máis destacado é que desaparece o suposto de procedemento negociado sen publicidade pola contía (coa evidente intención de evitar a opacidade e os supostos de corrupción), opción que se explica de forma expresa na exposición de motivos do APLCSP:

“Con independencia das normas chamadas a facilitar a loita contra a fraude e a corrupción, inclúense novas normas tendentes ao fomento da transparencia nos contratos. Así, debe mencionarse, entre outras cuestións, a introdución dunha novidade significativa: a supresión do suposto de aplicación do procedemento negociado sen publicidade por razón de contía.

Este procedemento, moi utilizado na práctica, resultaba moi áxil pero presentaba un déficit de transparencia, ao carecer de publicidade, correndo o risco de xerar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, créase na lei un novo procedemento de adxudicación, o denominado procedemento aberto simplificado, xa citado anteriormente ao aludir a procedementos de adxudicación, no cal o proceso de contratación está concibido para que a súa duración sexa moi breve e a tramitación moi sinxela, pero sen descoidar as necesarias publicidade e transparencia no contrato”⁴⁶.

46 Esta opción de eliminar a posibilidade de negociación pola contía foi implantada en Cataluña mediante o Decreto lei 3/2016, do 31 de maio, de medidas urxentes en materia de contratación pública (artigo 7). Este decreto lei ten por obxecto establecer medidas en relación coa aplicación de determinadas disposicións da Directiva 2014/23/UE, do Parlamento e do Consello, do 26 de febreiro, relativa á adxudicación de contratos de concesión, e a Directiva 2014/24/UE, do Parlamento e do Consello, do 26 de febreiro, sobre contratación pública, pola cal se derroga a Directiva 2004/18/CE.

Mantense a figura do contrato menor e as súas contías⁴⁷. Axústanse estas en función de municipios de menos 5.000 habitantes (como en Aragón). No ámbito da innovación e o desenvolvemento, coa idea de favorecer as empresas máis innovadoras, destaca especialmente a introdución do novo procedemento de asociación para a innovación. Axústase o diálogo competitivo ás novidades da directiva (reforma técnica).

m) Sobre os acordos marco, a nova normativa prevé que a posibilidade de adxudicar contratos con base nun acordo marco estará condicionada a que no prazo de trinta días desde a súa formalización se tivese remitido o correspondente anuncio desta á Oficina de Publicacións da Unión Europea, en caso de que se trate de contratos suxeitos a regulación harmonizada, e se tivese efectuado a súa publicación no perfil de contratante do órgano de contratación, e no *Boletín Oficial del Estado* no caso dos acordos marco formalizados na Administración xeral do Estado e as entidades vinculadas a esta que gocen da natureza de Administracións públicas.

Só poderán asinarse contratos baseados nun acordo marco entre as empresas e os órganos de contratación que fosen orixinariamente partes nel (agás o disposto no apartado 4 do artigo 225 en relación cos acordos marco asinados por centrais de contratación).

En todo caso, as empresas parte do acordo marco estarán obrigadas a manter no acordo marco os prezos con que concorren no mercado se estes mellorasen os da adxudicación do acordo marco, sempre que as condicións aplicables á prestación fosen similares.

n) Loxicamente, a proposta de normativa inclúe medidas a favor das pemes⁴⁸: nova regulación da división en lotes dos contratos. Así, invértese a regra xeral que se utilizaba ata agora, de maneira que só se non se divide hai que xustificalo. Regúlase a oferta integradora e pódese limitar o número de lotes. O acceso aos pregos e demais documentación complementaria debe ser por medios electrónicos a través do perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo e gratuíto, e que deberá poder efectuarse desde a data da publicación do anuncio de licitación ou, se é o caso, do envío da invitación aos candidatos seleccionados.

ñ) Precísanse os criterios de adxudicación, que deben cumprir os seguintes requisitos: a) En todo caso estarán vinculados ao obxecto do contrato. b) Deberán ser formulados de xeito obxectivo, con pleno respecto aos principios de igualdade, non discriminación, transparencia e proporcionalidade, e non lle conferirán ao órgano de contratación unha liberdade de decisión ilimitada. c) Deberán garantir a posibilidade de que as ofertas sexan avaliadas en condicións de competencia efectiva. Hai unha dobre distinción de criterios: criterios relacionados con custo (inclúese unha mellor relación custo-eficacia) e criterios cualitativos que permitan identificar a oferta que presenta a mellor relación calidade-prezo. Limitase o uso do criterio melloras: non poderá asignárselle unha valoración superior ao 2,5 %. Defínense como prestacións

Como consecuencia da Recomendación da Decisión do Consello da Unión Europea do 27 de xullo de 2016, pola que se formula unha advertencia a España para que adopte medidas dirixidas á redución do déficit, presentouse a proposición de Lei de medidas para promover a transparencia na contratación pública –Grupo Parlamentario Popular–, no Congreso, 21 de outubro de 2016.

47 Na miña opinión, non é unha decisión acertada, e debería, nesta liña de “redución de opacidade”, revisar a oportunidade do seu mantemento (ou, polo menos, as súas contías), que en moitas ocasións serve para fragmentar o obxecto do contrato.

48 Sobre a cuestión das pemes e a contratación pública, pode consultarse: GIMENO FELIÚ, J. M., “La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación pública y las pymes como estrategia de reactivación económica”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 59-84, e o estudo de BARRIO GARCÍA, G., “Contratación pública y pyme. Un comentario a la luz de la propuesta de directiva en materia de contratación pública”, Pernas García, J. J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 133-160.

adicionais as que figuraban definidas no proxecto e no prego de prescricións técnicas, sen que aquelas poidan alterar a natureza das ditas prestacións.

En criterios de adjudicación inclúese, ademais, a definición e o cálculo do custo do ciclo de vida e das ofertas anormalmente baixas. Regúlanse criterios de desempate (criterios sociais). Recórdase a obriga de establecer a ponderación relativa atribuída a cada un dos criterios de valoración, que poderá expresarse fixando unha banda de valores cunha amplitude máxima axeitada. A elección das fórmulas terase que xustificar no expediente, e estas deberán permitir que en condicións normais puidese chegar a existir unha diferenza equivalente á ponderación correspondente ao respectivo criterio automático entre a mellor e a peor oferta.

Os órganos de contratación poderán exixir que os operadores económicos proporcionen un informe de probas dun organismo de avaliación da conformidade ou un certificado expedido por este último, como medio de proba do cumprimento das prescricións técnicas exixidas, ou dos criterios de adjudicación ou das condicións de execución do contrato. Detállase o réxime da confidencialidade das ofertas, e a notificación da adjudicación efectuarase por medios electrónicos.

o) Destaca a posibilidade de que, logo de previsión en pregos, o poder adjudicador comprobe o estrito cumprimento dos pagamentos que o contratista principal lle fai ao subcontratista, así como o réxime máis rigorista que respecto dos prazos de pagamento debe cumprir tanto a Administración como o contratista principal, co fin de evitar a lacra da morosidade que pesa sobre as Administracións públicas, cumprindo así o disposto dentro da Directiva 2011/7/UE do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de febreiro de 2011, pola que se establecen medidas de loita contra a morosidade nas operacións comerciais.

p) O réxime de modificación do contrato, máis restritivo que o que establecen as novas directivas comunitarias (artigo 72 da directiva). Introdúcese o adverbio “só” e limitáanse as posibilidades. Non hai modificados de *minimis*. Regúlase a cesión do contrato co fin de evitar que se considere modificación contractual. Toda modificación ten que publicarse e deben notificarse os acordos de modificación (opción xa incorporada en Aragón e Navarra).

Non obstante, existe certa “disfunción”, por comparación co réxime actual en relación cos poderes adjudicadores que non son Administración pública (artigo 20 TRLCSP), pois “limitáse”, ao meu xuízo indebidamente, a aplicación do procedemento de modificación contractual só para os contratos de importe harmonizado. A previsión que se contén no artigo 26 do anteproxecto debería ser revisada para dotar o sistema da uniformidade pretendida, e evitar zonas de sombras vinculadas á natureza do ente e o importe do contrato. Esta decisión supón un claro “retroceso” na lóxica da rexeneración democrática e a prevención da corrupción. Por iso, debería ser obxecto de reconsideración, pois o que está en xogo é a eficiencia e o dereito a unha boa administración⁴⁹.

q) No réxime de contratos administrativos existen axustes técnicos (maior prazo de garantía nos contratos de obras), máis importantes en concesións: inclúese o concepto TIR. Limitáse, como xa se dixo, a RPA atendendo ao novo criterio SEC 2010 (o pagamento da concesión realizarase atendendo ao seu valor de mercado). Permítese pagamentos por dispoñibili-

49 Vide GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de los contratos del sector público”, *Observatorio de los contratos públicos 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 31-138.

dade⁵⁰. Interesa chamar a atención no dato de que a retribución terá a condición de tarifa, tanto nos casos de concesión de obras como de concesión de servizos (os nosos “servizos públicos”). Acóllese expresamente a tese defendida desde hai moito tempo polo profesor TORNOS MAS, J.⁵¹, o que obrigará a reformular certa xurisprudencia que, en servizos públicos, opta pola configuración de taxa⁵². E non é unha cuestión sen efectos prácticos, pois, como ben advirte TORNOS MAS, J., “a taxa supón recadación para un gasto público. Isto determinará que o servizo se converte nun gasto que pode computar para os efectos do déficit municipal. De acordo cos criterios EUROSTAT en relación co tratamento contable dos modelos concesionais, un cambio de modelo como o que se formula (unido a outros datos adicionais como o compromiso de reversión das instalacións á finalización do contrato) pode implicar que os compromisos de pagamento adquiridos polo Concello pola duración total do contrato se consoliden na súa contabilidade, para os efectos do cálculo do déficit e a débeda”. A opción do anteproxecto, por este motivo, é clara: a retribución da concesión ten natureza xurídica de tarifa (e non pode ser xa de opción pola entidade contratante)⁵³.

r) Ao regular o reequilibrio económico da concesión de obras e servizos, mantense a redacción actual sobre o *factum principis* (decisión da Administración pública concedente que incide de forma substancial en concesión) e non se incorpora como causa de reequilibrio o risco imprevisible⁵⁴.

Pódese ampliar un 15 por cento da súa duración inicial para restablecer o equilibrio económico do contrato. No ámbito dos sectores públicos autonómico e local, deberán remitirse ao Comité Técnico de Contas Nacionais todos os contratos de concesión de obras ou de concesión de servizos adxudicados nos seus respectivos ámbitos, cuxo valor estimado sexa

-
- 50 Existen problemas derivados de SEC 2010: agora é transferencia de risco de demanda, ou risco de oferta, ou de ambos os dous (son, pois, distintos criterios de SEC 95). Sobre a incidencia do novo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010, pode consultarse o traballo de MACHO PÉREZ, A. B., e MARCO PEÑAS, E., “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, cit., pp. 437-474.
- 51 “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 24, 2011, pp. 22-29.
- 52 Vide TORNOS MAS, J., no seu excelente artigo “Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (R151151068)”, *Revista Derecho Municipal*, lustel, 10 de marzo de 2016. A análise da evolución xurisprudencial e as consecuencias prácticas da distinta cualificación reforzan as conclusións que propón.
- 53 A opción de configurar a taxa suporía, de feito, a imposibilidade de impulsar concesións de servizos. Sirva de referencia o traballo de GARCÍA HERNÁNDEZ, J., “El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?”, *Revista Derecho Local*, n.º 38, 2016.
- 54 Esta decisión de “non cambiar” a regulación do *factum principis* non parece unha boa solución. Na miña opinión, deben 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 rendibilidade. A concesión é explotada polo contratista a risco e ventura, de tal maneira que a repartición de riscos pactada non debe ser alterada nin modificada, o que non impide –máis ben o contrario– o reequilibrio financeiro, pois, como xa advertiu o Consello de Estado, a propósito do principio de risco e ventura, «o fundamento deste principio é tripto: en primeiro lugar, o principio de seguridade xurídica (Ditame número 50.293, do 5 de novembro de 1987); en segundo lugar, o principio de concorrencia e a necesidade de non desvirtuar as garantías presentes na adxudicación dos contratos das Administracións públicas (pois unha erosión do principio de risco e ventura podería facer ilusorias as garantías que na licitación se lles ofreceron a aqueles licitadores que non resultaron adxudicatarios), e en terceiro lugar, a protección dos intereses da facenda pública» (Ditame do 13 de marzo de 2003, Expediente 3.344/2002). Non recoñecer tal opción para o equilibrio do contrato levaría consigo importantes doses de inseguridade xurídica que condicionarían 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 debe regularse 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 a TIR. Por último, aínda que se entenda agora excluído, ben poderían regularse os efectos do risco imprevisible (o que evitaría a posterior “xudicialización”, coas incertezas que comporta). Vide GIMENO FELLÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. ¡El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos!*, cit., pp. 148-150.

igual ou superior a doce millóns de euros, ou cando no seu financiamento se prevexa calquera forma de axuda ou achega estatal, ou o outorgamento de préstamos ou anticipos.

s) Unha novidade moi importante é a regulación do libro III relativo aos contratos de poderes adjudicadores que non son Administración pública, así como do resto de entes do sector público que non teñan o carácter de poderes adjudicadores. Suprímese a obriga de aprobar instrucións de contratación, o que implica a uniformización das regras xurídicas (o cal é un claro avance en seguridade xurídica e efectiva transparencia).

t) En materia organizativa, destaca a previsión relativa á mesa de contratación, que se define como órgano de asistencia técnica especializada (o que supón que non pode ter compoñente político nas persoas que se designan, tal como advertira o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos no seu Acordo 45/2013, do 7 de agosto). Regúlanse os órganos de contratación das entidades locais (sen especiais novidades). Debe mencionarse a nova regulación da figura do perfil de contratante, máis exhaustiva que a anterior, que lle outorga un papel principal como instrumento de publicidade dos distintos actos e fases da tramitación dos contratos de cada entidade. Pero para os efectos de publicidade/transparencia, realizárase a publicidade no Portal de Contratación do Sector Público (ou autonómicos, interconectados). Os prazos iníciense no momento de publicación no PCSP. O boletín oficial non é xa obrigatorio e será gratuito.

Existe unha nova regulación do Rexistro de Contratos do Sector Público (que debe servir para mellorar non só en simplificación, senón tamén en transparencia), no que se inscribirán todos contratos adjudicados por entidades do sector público, sendo obrigatoria, para os ditos efectos, a comunicación de datos relativos a todos os contratos formalizados por importe igual ou superior a cinco mil euros.

u) Óptase pola extensión da regra de utilización de medios electrónicos, mesmo para as ofertas. En canto á presentación facturas, o contratista terá a obriga de presentar a factura que expedise polos servizos prestados ou bens entregados ante o correspondente rexistro administrativo para os efectos da súa remisión ao órgano administrativo ou unidade a quen corresponda a tramitación desta. Nos pregos de cláusulas administrativas para a preparación dos contratos que se aproben a partir da entrada en vigor desta disposición, incluírase a identificación do órgano administrativo con competencias en materia de contabilidade pública, así como a identificación do órgano de contratación e do destinatario, que deberán constar na factura correspondente.

v) Deséñase un novo sistema de gobernanza, do que deriva un novo rol da Xunta Consultiva de Contratación (créase un comité con representación das comunidades autónomas) por existencia do dereito da Unión Europea⁵⁵. Os poderes adjudicadores terán a obriga de transmitir o texto dos contratos realizados referidos de forma que este organismo poderá examinalos e valorar se existen prácticas incorrectas –ademais de permitirles 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–,

55 Cuestión na que insiste a citada Recomendación de Decisión do Consello da Unión Europea do 27 de xullo de 2016, pola que se formula unha advertencia a España para que adopte medidas dirixidas á redución do déficit.

levan consigo claras e evidentes ineficiencias dos fondos públicos. Esta regulación obrigará a modificar os regulamentos de funcionamento das xuntas consultivas autonómicas.

De todo o exposto, conséntase que a nova regulación que se contén no anteproxecto non é unha mera “maquillaxe”, e que incorpora importantes novidades (aínda que é certo que resulta unha lei moi extensa e con algúns problemas formais)⁵⁶.

“Renúnciase” á idea dun “código de contratos públicos”, con partes diferenciadas en función do obxecto: contratos públicos, concesións, contratos excluídos⁵⁷. Non obstante, a transposición recolle en parte esta visión “codificadora”, xa que presenta un texto de doada comprensión e aplicación práctica, compatible co dereito comunitario (con referencia expresa aos preceptos das directivas que se traspoñen en cada artigo da lei), o que pode dotar de seguridade xurídica e predictibilidade nun sector de tanta transcendencia económica e social. É de esperar que, tras o trámite de información pública, así como do debate parlamentario, se poida mellorar no substantivo e no técnico unha norma de tal significado para o correcto funcionamento das institucións públicas, así como para previr efectivamente o problema da corrupción, tan xeneralizada no ámbito dos contratos públicos⁵⁸. E interesaría unha transposición rápida, para evitar os problemas prácticos do efecto directo das directivas tras o vencemento do prazo do 18 de abril de 2016⁵⁹.

En canto á pretensión dun cambio de modelo na contratación pública máis eficiente e máis efectivo na prevención da corrupción, as medidas adoptadas parecen acertadas⁶⁰: inclúese

56 Incórpóranse moitas das propostas que xa realizamos con anterioridade (por todas, o meu relatorio “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, *Las nuevas directivas de contratación pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015).

57 Así o propuxen no meu traballo “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las peme como estrategia de reactivación económica”, cit., pp. 25-84.

58 Remítome ao meu traballo “Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos”, publicado en www.obcp.es (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.180/relcategoria.208/relmenu.3/chk.1b2c9f6d99eef44223c17ac60720747>). En extenso, o meu estudo “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, M. Villoria (dir.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300, e o traballo de MEDINA ARNAIZ, T., “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 104.2, 2016, pp. 77-113.

59 Nese contexto, a Memoria do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de 2014 advirte a necesidade dunha coordinación dos distintos tribunais administrativos de recursos contractuais (ante xuíz comunitario), co obxectivo de aclarar que preceptos despregarán efecto directo, desprazando, desde a lóxica da primacía do dereito da Unión Europea, as previsións do TRLCSP que resulten contrarias.

60 A Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia publicou en febreiro de 2015 un documento de análise da contratación pública en España “PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia” (http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf). Nel reconece unha serie de fortalezas e de oportunidades de actuación orientadas á consecución de maiores niveis de transparencia e competencia, e cifra en 47.000 millóns de euros a “ineficiencia” do modelo de contratación pública en España. Así mesmo, o *Informe do Tribunal de Contas núm. 935* (pp. 228 a 230) puxo de relevo unha serie de deficiencias ou anomalías, indicando que nalgúns contratos non se motivou axeitadamente a necesidade pública que os xustificaba (p. ex., cando se recorre a un contrato de consultoría, asistencia ou servizos sen concretar as razóns polas que non se pode asumir (con medios propios) ou ben o uso de criterios discriminatorios nos pregos (p. ex., a necesidade de contar con experiencia ou medios vinculados a unha Comunidade Autónoma). Tamén se advirte a falta de xustificación para utilizar a tramitación de urxencia ou de emerxencia ou o fraccionamento da contía do contrato usando o contrato menor, todo iso coa finalidade de eludir a publicidade e a concorrencia. Polo que respecta aos conflitos de intereses,ponse de manifesto que ese problema é especialmente relevante no ámbito local (p. 31). Igualmente, advírtese que se daba unha “falta de xustificación da concorrencia dos supostos legais que permiten a utilización de procedementos negociados sen publicidade, que implican a exclusión dos contratos así adjudicados dos principios de publicidade e libre concorrencia, a maior discrecionalidade na selección dos adjudicatarios e nos que, ademais, non adoitan obterse baixas apreciables, particularmente cando se invocou a existencia dunha imperiosa urxencia ou dun único empresario capacitado para a realización das correspondentes prestacións” (p. 230). Finalmente, fai referencia aos atrasos na execución dos contratos, especialmente os de obras, a deficiente constancia da conformidade tanto dos produtos subministrados en bens funxibles ou material sanitario (contrato de subministración) como dos contratos de consultoría, asistencia ou servizos. Neste último caso,ponse de manifesto a suba dos prezos en función das subas salariais, o que rompe co principio de risco e ventura e a revisión de prezos conforme as fórmulas predeterminadas (p. 230). Resulta tamén de interese a Comunicación da Comisión *Loita contra a corrupción na UE*, COM (2011)

expresamente con valor xurídico o principio de integridade, esténdese a aplicación a partidos políticos e sindicatos e organizacións profesionais, elimínanse prácticas que permitan a opacidade (regulación estrita dos convenios e das encargas a medios propios, eliminación da posibilidade de utilizar o procedemento negociado sen publicidade pola contía, publicidade e control dos modificados, eliminación das instrucións internas dos poderes adjudicadores que non son Administración pública, publicidade deseñada para ser transparente pondo en valor a Plataforma de Contratos do Sector Público, regulación dos conflitos de intereses e extensión das prohibicións de contratar por vínculos familiares, reforzo do recurso especial, profesionalización das mesas, etc.) e foméntase a simplificación.

2.2 Da tramitación do anteproxecto. A conclusión do expediente co Ditame do Consello de Estado

Tomada en consideración polo Consello de Ministros, comezou a tramitación “externa” deste. Tras un trámite de información pública (Resolución da Subsecretaría de Facenda e Administracións Públicas do 21 de abril de 2015), emitíronse os preceptivos informes: do Consello Xeral do Poder Xudicial do 11 de xuño de 2015; do Consello Económico e Social do 25 de xuño de 2015; do Tribunal de Contas do 6 de xullo de 2015; da Comisión Nacional dos Mercados e a Competencia (CNMC) do 16 de xullo de 2015; da Federación Española de Municipios e Provincias (FEMP) do 12 de maio e 16 de xullo de 2015; e da Comisión Nacional de Administración Local (CNAL) do 13 de xullo de 2015.

Tras a revisión á vista das alegacións e informes, mediante o Ditame da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do 17 de setembro de 2015, favorable á aprobación da norma elaborada, aprobouse o texto do anteproxecto do 19 de outubro de 2015, que foi obxecto de remisión ao Consello de Estado (xunto cunha memoria da análise de impacto normativo e táboa de correspondencias entre a norma actualmente vixente e a elaborada), para dar por “pechados” os trámites administrativos.

E mediante Ditame do 10 de marzo de 2016, o Consello de Estado aprobou o ditame que se emite con carácter preceptivo de conformidade co establecido no artigo 21.2 da Lei orgánica 3/1980, do 22 de abril, que prevén que o pleno deste corpo consultivo debe ser consultado no caso de *“anteproxectos de leis que se deban ditar en execución, cumprimento ou desenvolvemento (...) do dereito comunitario europeo”*.

A emisión do ditame comporta a culminación do procedemento de elaboración da norma, a falta da súa aprobación como proxecto de lei e ulterior remisión ás Cortes Xerais para a súa tramitación. E como o Goberno se atopa en funcións tras a celebración das últimas eleccións xerais, de acordo co establecido no artigo 21.5 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno, o Goberno en funcións non pode *“presentarlle proxectos de lei ao Congreso dos Deputados ou, se é o caso, ao Senado”*.

O Consello de Estado, nun estudo minucioso, advirte cuestións formais relativas á estrutura, e conclúe que *“En todo caso, o resultado final é que o anteproxecto presenta unha estrutura artificial e complexa cuxo manexo e comprensión resultan arduos para o avezado*

308 final, do 6 de xuño. En extenso, remítome ao meu traballo “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, cit.

nas materias de contratación pública e extraordinariamente difícil para quen non o está, en detrimento mesmo, en ocasións, da seguridade xurídica".

O texto sometido a consulta merece, en termos xerais, un xuízo favorable (advirte que ten unha estrutura complexa que fai o seu manexo arduo e moi difícil para o operador xurídico). Non obstante, fórmulanse unha serie de consideracións á regulación proxectada, que teñen distinto alcance e relevancia. Para os efectos do artigo 130.3 do seu regulamento orgánico, teñen carácter esencial as formuladas aos artigos 6.1, 15 e 17, 44.7, 50.1.b) último parágrafo, 51.3, 55.e), 119.2.b), 138.3, 161.1, 172,3 e 173, 162, 179, 26 e 316 en relación coa obriga establecida no artigo 199, 212 e 315.

As observacións deste extenso ditame concréntanse, como indica o propio Consello de Estado, en:

1.º A disciplina dos convenios interadministrativos resulta excesivamente ríxida e imposibilita a súa utilización como instrumento ordinario de colaboración entre as Administracións públicas.

2.º A configuración dos contratos de servizos e de concesión de servizos e a supresión do contrato de xestión de servizos públicos –quedando embebido no segundo dos citados– non asegura un réxime axeitado para garantir os principios de igualdade, universalidade e continuidade dos servizos públicos ou de interese xeral⁶¹.

3.º O mantemento –e extensión nalgúns casos– da regra de que os contratos se perfeccionan pola súa formalización e non polo mero consentimento non está xustificade no expediente e suscita dificultades que o anteproxecto non resolve de xeito satisfactorio⁶².

4.º O sistema de repartición de competencias xurisdiccionais prevista no artigo 27 do anteproxecto non soluciona as dificultades apreciadas na práctica desde 2007, sendo aconsellable a volta ao tradicional que lle encomenda á xurisdición contencioso-administrativa o coñecemento dos actos suxeitos ao dereito administrativo e á xurisdición civil o axuízamento dos suxeitos ao dereito privado⁶³.

5.º O recurso especial en materia de contratación debería ter carácter potestativo e estenderse aos contratos non suxeitos a regulación harmonizada en todo caso e como mínimo cando aqueles sexan formalizados por poderes adxudicadores, determinándose legalmente os contratos cuxos actos son impugnables a través deste instrumento⁶⁴.

61 Neste punto, o Consello de Estado vén asumir a tese defendida e argumentada por MARTÍNEZ ALONSO, J. L., nas súas alegacións presentadas e concretadas no seu traballo "Modificación de la Ley de contratos del sector público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 40, 2015. Tamén HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., propón readaptar a categoría do contrato de xestión de servizos públicos e manter o modelo de concertos ("La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos", cit., pp. 50-57).

62 Esta opción, que foi unha exigencia das institucións europeas coa finalidade de preservar o efecto útil do recurso especial, foi cuestionada na doutrina científica polo profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., "El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria «de recursos»", *Revista de Administración Pública*, n.º 185, 2011, pp. 323-343.

63 Explícase de forma excelente no traballo de VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., e FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público", cit., pp. 237-277.

64 Tese defendida no meu estudo "Sistema de control de la contratación pública en España (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)", cit. Esta posición, como se indica neste traballo, é compartida por numerosa e especializada doutrina científica.

6.º O réxime singular de presentación do recurso especial –derrogando o sistema ordinario establecido na lexislación de procedemento administrativo– constitúe un obstáculo inxustificable e gravoso para os administrados⁶⁵.

7.º Cómpre perfilar determinados aspectos da regulación das consultas preliminares á contratación co fin de evitar situacións que distorsionen a igualdade e a competencia dos licitadores no proceso de selección do contratista.

8.º É preciso reforzar o sistema de garantías que aseguren o efectivo cumprimento das responsabilidades do contratista saínte nos casos de subrogación legal de traballadores.

9.º Resulta necesario completar a regulación relativa ao denominado diálogo competitivo.

10.º A extensión das prerrogativas recoñecidas a favor da Administración en relación cos contratos administrativos aos contratos privados, mesmo cando estean suxeitos a regulación harmonizada, carece de fundamento xurídico⁶⁶.

11.º Considérase conveniente introducir no anteproxecto unha previsión que fixe o prazo máximo de tramitación dos procedementos de resolución dos contratos nun ano.

12.º Resulta conveniente reconsiderar o sistema legal previsto de indemnización de danos causados a terceiros polos contratistas nos termos indicados no corpo do ditame.

13.º A regulación proxectada dos acordos marco debería ser completada.

14.º Deberíanse introducir no anteproxecto os mecanismos precisos para asegurar a corrección dos proxectos de obras elaborados e a efectividade dos labores de supervisión e articular un sistema de exixencia de responsabilidades e sancionador axeitado.

15.º Cómpre articular unha solución certa en relación co procedemento a seguir no caso das reclamacións por danos causados polos establecementos e facultativos médicos formuladas polos beneficiarios dos concertos sanitarios do mutualismo administrativo, evitando o seu deambular polas xurisdicións civil e contencioso-administrativa como ata a data.

Correspóndelle, pois, ao novo Goberno, á vista do ditaminado, “corrixir” o texto para a súa aprobación polo Consello de Ministros e posterior remisión ás Cortes Xerais para a súa tramitación como norma legal, cuestión que se presupón prioritaria unha vez que a Comisión Europea lles enviou carta de citación por incumprimento a 21 Estados membros, entre os que está España (xunto a España, figuran outros 20 Estados membros que incumpriron o prazo de transposición das directivas. A Comisión comezou a enviar as cartas de citación tanto a España como ao resto de países implicados. Entre eles están Austria, Bélxica, Bulgaria, Croacia, a República Checa, Chipre, Estonia, Irlanda, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, os Países Baixos, Polonia, Portugal, Romanía, Eslovenia, Finlandia e Suecia), e o advertido na Recomendación da Decisión do Conse-

65 Como ben explica o profesor BERMEJO VERA, J., resulta necesaria unha nova configuración dos sistemas de xustiza administrativa que poña a atención na efectividade do control administrativo, sen que poida minguarse a súa efectividade por mor de intereses da propia Administración (“La resolución extrajudicial de conflictos”, López Ramón, F. (coord.), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015, pp. 149-212).

66 Tamén o Consello de Estado considera imprescindible revisar o contido do artigo 212 do texto sometido a consulta, de cara a adecualo á dita disposición europea (criterio defendido por MATILLA, J., e BERNAL BLAY, M. A.). Esta observación ten carácter esencial para os efectos do establecido no artigo 130.3 do Regulamento Orgánico do Consello de Estado.

llo da Unión Europea do 27 de xullo de 2016, que sinala que no noso país existe unha “falta de mecanismos de control a priori e a posteriori suficientes (que) obstaculiza a aplicación correcta e uniforme da lexislación en materia de contratación pública”, así como unha ausencia de transparencia efectiva dada a “baixa taxa de publicación dos anuncios de contratos”, o correlativo abuso do procedemento negociado sen publicación previa e as adjudicacións directas. Finalmente, denuncia que “a falta dun organismo independente encargado de garantir a eficacia e o cumprimento da lexislación en materia de contratación pública en todo o país obstaculiza a aplicación correcta das normas de contratación pública e pode xerar oportunidades para cometer irregularidades, o cal ten efectos negativos sobre a situación da facenda pública española”. Todo iso, entende o Consello da Unión Europea, fai que a nosa contratación pública sexa ineficiente, o cal ten efectos negativos sobre a situación da facenda pública española. E, nesta situación, o artigo 1.6 da Decisión do Consello dispón literalmente o seguinte: “España debe establecer un marco coherente que garanta a transparencia e a coordinación da política de contratación pública de todas as entidades e autoridades de contratación co fin de garantir a eficiencia económica e un alto nivel de competencia. O devandito marco debe incluír mecanismos de control a priori e a posteriori adecuados para a contratación pública co fin de garantir a eficiencia e o cumprimento da lexislación”.

3 O efecto directo das directivas de contratación pública en ausencia de transposición en prazo e a súa incidencia no TRLCSP

Expostas as principais novidades do anteproxecto, a situación política do momento evidenciou a imposibilidade do cumprimento dos prazos de transposición, pois os trámites lexislativos, aínda non iniciados, non son breves, cuestión non allea ao que pode suceder noutros países⁶⁷. Ante esa situación, o 19 de abril abriuse un novo escenario xurídico caracterizado polo efecto directo das directivas de contratación pública⁶⁸ e, se é o caso, un recurso por incumprimento⁶⁹.

67 Na doutrina italiana recente trátase tamén esta cuestión. Remítome aos traballos de VELTRI, G., “In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE (Consiglio di Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n.º 298 655; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n.º 2660)”, *Revista Urbanistica e Appalti*, n.º 6, 2015, pp. 655-676, e DIVERIO, D., “Qualche riflessione intorno all’efficacia della direttiva servizi negli ordinamenti degli stati membri e al suo rapporto con il TFUE”, *Revista Il Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 4, 2015, pp. 983-1003.

68 Sobre esta cuestión versaba o meu relatório “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones”, *VI Seminario de Contratación Pública*, Formigal, setembro de 2015 (disponíble en www.obcp.es), así como a miña intervención no *Congreso Internacional sobre Contratación Pública*: “Los retos de la transposición al derecho español de la nueva Directiva europea 2014/24/UE y las principales novedades del derecho comparado sobre contratos públicos”, celebrado os días 21 e 22 de xaneiro de 2016. Tamén o meu traballo “El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 143, 2016, pp. 8-19. Ese número especial desta revista contén outras interesantes colaboracións sobre o efecto directo das directivas de contratación pública.

69 O Consello de Estado, no seu Ditame do 10 de marzo de 2016 en relación co anteproxecto de Lei de contratos do sector público, recorda, sobre esta cuestión, que, “O incumprimento do citado prazo pode comportar a incoación por parte da Unión Europea do correspondente procedemento sancionador. Agora ben, en virtude dunha práctica de uso, a Comisión non o fai cando se culminou o procedemento interno de elaboración da norma de incorporación, o que, no caso español, se considera producido ao emitir o seu ditame este corpo consultivo”. Ante este escenario, a Generalitat de Cataluña aprobou o Decreto lei 3/2016 sobre medidas urxentes en materia de contratación pública. A súa xustificación é a seguinte: “O obxectivo deste decreto lei é establecer medidas en relación coa aplicación de determinadas disposicións da Directiva 2014/23/UE, do Parlamento e do Consello, do 26 de febreiro, relativa á adjudicación de contratos de concesión, e a Directiva 2014/24/UE, do Parlamento e do Consello, do 26 de febreiro, sobre contratación pública, e pola cal se derroga a Directiva 2004/18/CE”, indícase no artigo 1 do documento publicado no catálogo en liña da Generalitat. Respecto ao ámbito de aplicación do decreto, especificase que afectará a contratos do sector público suxeitos e non suxeitos a regulación harmonizada que tramiten os poderes adjudicadores da Generalitat e os entes locais da Comunidade Autónoma.

3.1 O significado da doutrina do efecto directo das directivas europeas

De acordo co disposto no artigo 51 da Directiva de concesións, 90 da Directiva de contratos e 106 da Directiva de sectores excluídos, o prazo de transposición destas concluía o 18 de abril de 2016. O Estado español optou por realizar a transposición mediante a aprobación

dunha nova lei de contratos do sector público⁷⁰, cuxo anteproxecto foi sometido a informe do Consello de Estado, que o emitiu con data do 10 de marzo de 2016 (Ditame 1116/2015)⁷¹.

Por suposto, e desde a coherencia do modelo, o contido “harmonizado” que se propón nas directivas de 2014 debe servir de referencia tamén nos contratos non cubertos, sen que sexan posibles regulacións que comporten efectos contrarios ás regras e fins da contratación pública⁷². Isto significa que os principios comunitarios inherentes á contratación pública son de directa aplicación a calquera contrato, sexa ou “non harmonizado”, evitando que existan na práctica ámbitos da contratación pública exentos en función do seu limiar⁷³.

70 Esta forma de transposición comporta problemas tanto no cumprimento de prazos como de contido (remítome ao meu traballo “La incorporación del derecho comunitario al ordenamiento nacional”, cit., pp. 61–67). Interesa recordar a Recomendación da Comisión Europea, do 12 de xullo de 2004, relativa á transposición ao dereito nacional das directivas que afectan ao mercado interior (texto pertinente para os efectos do Espazo Económico Europeo), na que se advirte que, debido á falta de rigor na transposición das directivas relativas ao mercado interior por parte dos Estados membros, a Comisión lles recomenda que adopten mellores prácticas para unha transposición correcta e dentro dos prazos establecidos. Na liña da Recomendación da Comisión, convén apuntar solucións de técnica lexislativa. Se a transposición require un acto dos Estados membros, este acto debería ser un trámite con regulación específica que permitise unha rápida reacción e que o distinga dos trámites lexislativos ordinarios.

Unha opción, seguindo o modelo de dereito comparado, podería consistir en que a incorporación ao dereito nacional se fixese mediante acto ou resolución dun órgano especializado. Nesta liña, o profesor MARTÍN-RETORTILLO, L. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, cit., pp. 186–187, propuxo crear unha especie de Gabinete de Vixilancia que avise o Goberno e o Parlamento da existencia de sentenzas condenatorias –e entendo que do efecto directo das normas e de contravencións de normas estatais de dereito comunitario nas súas distintas variantes– que ben podería descansar no Ministerio de Xustiza ou no Consello de Estado. Esta última proposta é certamente suxestiva e abondaría cunha reforma da Lei Orgánica do Consello de Estado, encaixando coas funcións inherentes a este órgano constitucional. Tamén podería pensarse en atribuírselle esta función á Comisión Mixta para a Unión Europea, creada pola Lei 8/1994, do 19 de maio, dado que o obxectivo específico desta Comisión é participar nas propostas lexislativas da Comisión Europea e no seguimento do dereito comunitario por autoridades nacionais. Tamén podería optarse por adoptar medidas no plano de política lexislativa (como teñen noutros Estados: por exemplo, en Italia mediante lei anual de transposición de normas comunitarias, ou no Reino Unido mediante decisión do Goberno dando conta ao Parlamento), que obrigarían, iso si, a unha reforma constitucional. Outra opción (proposta de ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, cit., pp. 236–237) sería prever un procedemento específico de transposición das directivas que fose similar á técnica da delegación lexislativa recepticia contida nos artigos 82 a 86 da nosa Carta Magna, de tal maneira que unha directiva se considerase como unha lei de bases cun prazo para aprobar o correspondente real decreto lexislativo idéntico ao prazo de transposición da directiva, establecendo a plena eficacia desa “lei de bases comunitaria” –coincidente coa directiva–, en caso de vencerse o prazo de mandato. Desde esta perspectiva cumprírase sempre en prazo co dereito comunitario, sen necesidade de aplicar a doutrina do efecto directo.

71 O Consello de Estado, no citado Ditame n.º 1116/2015, do 10 de marzo de 2016, en relación co Anteproxecto de Lei de contratos do sector público, recorda, sobre esta cuestión, que “O incumprimento do citado prazo pode comportar a incoación por parte da Unión Europea do correspondente procedemento sancionador. Agora ben, en virtude dunha práctica de uso, a Comisión non o fai cando se culminou o procedemento interno de elaboración da norma de incorporación, o que, no caso español, se considera producido ao emitir o seu ditame este corpo consultivo”.

72 Non en van, a 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) insistía nesta interpretación, comunicación cuxa legalidade e conformidade co dereito europeo foi confirmada pola STXUE do 20 de maio de 2010, no asunto T-258/06, que resolveu o recurso de anulación contra a Comunicación por Alemaña, ao que se adheriron como partes coadxuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Baixos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda do Norte e o Parlamento Europeo.

73 Vide o traballo de MORENO MOLINA, J. A., “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de Administración Pública*, n.º 178, 2009, pp. 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 exixidos pola dita norma e deseñando para os demais, como declara a exposición de motivos, un réxime para o que o lexislador nacional ten plena liberdade. É e que, como ben afirma BAÑO LEÓN, J. M., non cabe que un concepto da lexislación de contratos públicos se interprete dunha forma diferente cando o contrato está condicionado polas directivas comunitarias que cando non o está (“La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, p. 13), opinión que comparte CARBONELL PORRAS, E., no seu traballo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la

3.2 O significado da doutrina do efecto directo das directivas europeas de contratación pública

Como é suficientemente coñecido, a directiva é un dos instrumentos xurídicos de que dispoñen as institucións europeas para aplicar as políticas europeas. Trátase dunha ferramenta que se emprega principalmente no marco das operacións de harmonización das lexislacións nacionais. O artigo 288 do Tratado de Funcionamento da UE enuncia que a directiva é obrigatoria. Igual que o regulamento e a decisión europeos, é vinculante para os Estados membros destinatarios e é en todos os seus elementos; en consecuencia, non se pode aplicar de forma incompleta, selectiva ou parcial. Trátase, pois, dun acto xurídico que necesita de recepción formal nos distintos ordenamentos xurídicos nacionais. Isto significa que, tras a entrada en vigor da directiva, o seu contido forma parte xa do ordenamento xurídico (principio de aplicabilidade directa), pero que non despregará efectos directos ata a súa transposición formal ou vencemento do prazo de incorporación se as súas previsións son claras, precisas e incondicionadas).

En relación con este último aspecto, e para preservar a nota de primacía do ordenamento xurídico da Unión Europea⁷⁴, convén recordar que a directiva “despregará” un efecto directo vertical ao expirar o prazo de transposición, de tal forma que os particulares poden alegar o texto contra os Estados ante os tribunais sempre que as súas disposicións sexan incondicionais e suficientemente precisas⁷⁵, ou o que é o mesmo, cando non se lles outorga aos Estados membros ningunha marxe de apreciación (Sentenza TXUE do 12 de decembro de 1990, Kaefer e Procacci, asuntos acumulados C-100/89 e C-101/89).

Criterio, polo demais, xa consolidado pola xurisprudencia do TXUE cuxas sentenzas Been-tjes, do 20 de setembro de 1988, e Fratelli, do 22 de xuño de 1989 (relativas neste caso a contratos públicos), recoñecen o efecto directo por non transposición en prazo de direc-

actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

74 O carácter de primacía do dereito comunitario abordouse nos seguintes asuntos: Asunto 26/62: Van Gend & Loos (natureza xurídica do dereito comunitario, e dereitos e obrigas do individuo); Asunto 6/64: Costa/ENEL (natureza xurídica do dereito comunitario, aplicabilidade directa e primacía do dereito comunitario); Asunto 14/68: Walt Wilhelm u.a. (natureza xurídica do dereito comunitario e primacía do dereito comunitario); Asunto 106/77: Simmenthal (dereito comunitario, aplicabilidade directa e primacía), Asunto 826/79: Mireco (primacía do dereito comunitario); Asunto C-213/89: Factortame (aplicabilidade directa e primacía do dereito comunitario); Asunto C-6: Francovich, e 9/90: Bonifaci (eficacia do dereito comunitario e responsabilidade dos Estados membros por violacións do dereito comunitario, neste caso, non transposición dunha directiva); Asuntos C-13 e 113/91: Debus (conflito entre dereito comunitario e dereito nacional, aplicabilidade directa e primacía do dereito comunitario); Asunto C-393/92: Gemeente Almelo (primacía e validez uniforme do dereito comunitario); Asuntos C-46/93: Brasserie du Pêcheur, e C-48/93: Factortame (eficacia do dereito comunitario e responsabilidade xeral dos Estados membros por violacións do dereito comunitario); Asunto C-10/97-C-22/97: *IN.CO.GE '90 Srl*. (primacía do dereito comunitario); Asunto C-212/97: Centros Ltd. (medidas nacionais para evitar o aproveitamento abusivo do dereito comunitario).

75 O efecto directo do dereito europeo foi consagrado polo Tribunal de Xustiza na Sentenza Van Gend en Loos do 5 de febreiro de 1963. Nesta sentenza, o tribunal declara que o dereito europeo non só xera obrigas para os países da UE, senón tamén dereitos para os particulares. En consecuencia, os particulares poden alegar estes dereitos e invocar directamente normas europeas ante as xurisdicións nacionais e europeas. Polo tanto, non é necesario que o país da UE recolla a norma europea en cuestión no seu ordenamento xurídico interno, efecto directo que se recoñece así, entre outras, na STXUE, do 4 de decembro de 1974, Van Duyn, asunto 41/71. O TXUE recoñece de novo o efecto directo na súa Sentenza do 7 de outubro de 1968, Corveleyn c. Estado belga, Rec. 1968, p. 536. A partir da Sentenza Van Duyn, o TXUE insistirá en ocasións posteriores sobre a posibilidade de invocar ante os tribunais nacionais. Así, sentenzas do 26 de febreiro de 1975, Bonsignore, asunto 67/74; do 28 de outubro de 1975, Rutili, asunto 36/75; do 8 de abril de 1976, Royer, asunto 48/75; e do 27 de outubro de 1977, Bouchereau, asunto 30/77 (todas elas en relación coa mesma directiva 64/221/CE); sentenzas do 7 de xullo de 1976, Watson e Belmann, asunto 118/75; do 14 de xullo de 1977, Sagulo, asunto 8/77; e do 3 de xullo de 1980, Pieck, asunto 157/79 (estas con relación á directiva relativa á supresión de restricións ao desprazamento e estadia de traballadores nos Estados membros e das súas familias no interior da Comunidade). Neste mesmo sentido, maniféstase o TXCE en sentenzas do 22 de xuño de 1989, Fratelli Costanzo, asunto 103/88; e do 1 de xuño de 1999, Kortas, asunto C-319/97, doutrina aceptada polo noso Tribunal Supremo xa desde as STS do 15 de marzo de 1999 ou STS do 17 de xullo de 2003.

tivas comunitarias “en canto ás disposicións incondicionais e suficientemente precisas das directivas, sendo responsabilidade dos Estados membros o incumprimento deste deber de adaptación” (STXUE do 19 de novembro de 1991)⁷⁶.

A doutrina do TXUE é clara sobre esta cuestión. Así, xa desde a Sentenza do 5 de abril de 1979, Ratti, e a Sentenza do 19 de xaneiro de 1982, Ursula Becker contra Finanzant Munster-Innenstadt, resolveuse a aplicabilidade do efecto directo das directivas comunitarias. De feito, a Sentenza Ursula Becker formula unha cuestión de gran transcendencia, como é que as directivas comunitarias constitúen normas básicas do dereito comunitario europeo. A este respecto, a citada resolución do TXUE vén confirmar á súa vez unha xurisprudencia anterior, no sentido de que, “cando as disposicións dunha directiva son, desde o punto de vista do seu contido, incondicionais e precisas, tales disposicións poden ser invocadas polos particulares afectados a falta de medios de execución da mencionada directiva que debían ser adoptadas polo Estado destinatario da directiva nun prazo determinado”. En consecuencia, os particulares ven reforzada a súa esfera xurídica e o dereito comunitario logra que o seu efecto útil, é dicir, a súa funcionalidade, non se vexa desvirtuada por unha eventual inexecución das directivas comunitarias por un Estado membro⁷⁷.

Pero non se trata dunha cuestión dispositiva. A STXUE do 14 de xullo de 1994, Faccini Dori, xa declarou que *necesariamente se debe interpretar a lexislación estatal existente co referente da (incumplida) directiva comunitaria*, criterio asumido na STXUE do 2 de xuño de 2005, Koppensteiner GmbH, ao afirmar que, cando unha norma comunitaria establece previsións que “son incondicionais e suficientemente precisas para conferir un dereito a favor dun particular que este pode invocar, se é o caso, fronte a unha entidade adxudicadora como BIG, nestas circunstancias, o órgano xurisdiccional competente debe deixar sen aplicar as normas nacionais que lle impiden cumprir a obriga que se desprende dos artigos 1, apartado 1, e 2, apartado 1, letra b), da Directiva 89/665”⁷⁸.

Interesa recordar, de forma máis específica, a doutrina da STXUE do 24 de setembro de 1998, Walter Tögel contra Niederösterreichische Gebietskrankenkasse, sobre a aplicación directa da Directiva 92/50/CEE:

76 Por todos, en relación con esta xurisprudencia do TXUE, poden consultarse: ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, pp. 267-275; MUÑOZ MACHADO, S., *El Estado, el derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 133-137; LEZERTUA RODRÍGUEZ, M., *La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias*, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 11, 1985, pp. 275 e ss.; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., “El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea”, *Revista de Administración Pública*, n.º 109, 1986, pp. 119 e ss.; e TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., “El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, *Revista de Administración Pública*, n.º 125, 1991, pp. 227 e ss. En concreto, para a contratación pública pódese consultar COLABIANCHI, A., “Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione”, *Giurisprudenza Civile*, vol. I, 1990, p. 8.

77 EDWARD, D. A. O. “Efecto directo y primacía del derecho comunitario. El problema especial de las directivas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 42, 1995, pp. 35-42. Por suposto, a obra de ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, cit.

78 E é que, como ben destaca o profesor MARTÍN-RETORTILLO, L., “calquera xuíz ten que aplicar inmediatamente e sen rodeos o dereito comunitario. Iso é todo, nada máis, pero nada menos”. (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, cit., p. 100). Como di, o dereito comunitario europeo penetra nos ordenamentos nacionais e esgaza e descualifica calquera opción interna que sexa incompatible a través da técnica da inaplicabilidade. Sobre a obriga de interpretación TRLCSP conforme o dereito comunitario, resulta de especial interese o estudo de MORENO MOLINA, J. A., “La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, Gimeno Feliú, J. M. (ed.), *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º X, Zaragoza, 2008, pp. 49-87, recordando a importancia do principio de interpretación conforme as exixencias do dereito comunitario –con fundamento nas sentenzas do TXUE do 5 de outubro de 1994, Van Munster, C-165/91, apartado 34, e do 26 de setembro de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39–, ao tempo que resalta o papel que estas desempeñan cando aplican os múltiples conceptos xurídicos indeterminados existentes na LCSP.

“44. A este respecto, procede sinalar desde un primeiro momento que as disposicións do título I, relativas ao ámbito de aplicación material e persoal da directiva, e do título II, relativo aos procedementos aplicables aos contratos que teñan por obxecto servizos enumerados nos anexos I A e I B, son incondicionais e suficientemente precisas para seren invocadas ante un órgano xurisdiccional nacional.

45. En virtude dos artigos 8 a 10, que forman parte do título II, as entidades adjudicadoras están obrigadas, de xeito incondicional e preciso, a adjudicar os contratos públicos de servizos de conformidade con procedementos nacionais de segundo o disposto nos títulos III a VI en relación cos servizos que estean comprendidos total ou principalmente no anexo I A e conforme os artigos 14 a 16 en relación cos servizos que estean comprendidos total ou principalmente no anexo I B. O artigo 14 constitúe o título IV, mentres que o artigo 16 figura no título V”.

A xurisprudencia do TXUE entende que o carácter obrigatorio da directiva é o fundamento do efecto directo, e o dito carácter só existe respecto do Estado destinatario desta, polo que é unha norma que non pode crear, por si soa, obrigas a cargo dun particular nin pode alegarse contra el; trátase de *“evitar que o Estado poida sacar partido do seu incumprimento do dereito da Unión”*.

E para estes efectos, como ben advertiu a STXUE do 12 de decembro de 2013, Portgás (asunto C-425/12, en especial apartados 22 e seguintes), os poderes adjudicadores deben considerarse como “Estado”. E tamén os organismos, calquera que sexa a súa forma xurídica, aos que un acto da autoridade pública lles encomendou a prestación dun servizo de interese público baixo o control desta última e que dispoñen, para tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación coas normas aplicables nas relacións entre particulares⁷⁹, sempre que, como ben explicou a STXUE do 12 de decembro de 2013, Portgás, *“o dito servizo de interese público se preste baixo o control dunha autoridade pública e que a citada empresa dispoña de facultades exorbitantes en comparación coas normas aplicables nas relacións entre particulares (véxase, neste sentido, a Sentenza Rieser Internationale Transporte, antes citada, apartados 25 a 27)”*⁸⁰.

En consecuencia, os preceptos das directivas de contratación pública de 2014 que sexan claros, precisos e incondicionados despregarán efectos xurídicos de obrigada aplicación polos operadores xurídicos e, por iso, serán parámetro de control por parte dos órganos administrativos de recursos contractuais e a xurisdición contencioso-administrativa⁸¹. É necesaria, en palabras de ALONSO GARCÍA, R., unha interpretación da norma nacional conforme o

79 Sentenzas TXUE Foster e outros, apartado 20, do 14 de setembro de 2000, Collino e Chiappero, C-343/98, apartado 23; do 5 de febreiro de 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02, apartado 24; de 19 de abril de 2007, Farrell, C-356/05, apartado 40, e Sentenza do 24 de xaneiro de 2012, Domínguez, C-282/10.

80 En todo caso, como sinalou o avogado xeral nas súas conclusións do caso Portgás, o mero feito de que unha empresa privada concesionaria exclusiva dun servizo público forme parte das entidades a que se refire expresamente o ámbito de aplicación subxectivo da Directiva 93/38/CE non leva implícito que poidan invocarse contra esa empresa as disposicións desa directiva (efecto directo vertical). Haberá que acreditar que o Estado dispón sobre a mercantil dun control e unhas facultades exorbitantes (de acordo cunha definición funcional de empresa).

81 A STXUE do 16 de xuño de 1987 reitera o principio de que os Estados membros non poden invocar disposicións do seu propio ordenamento para limitar o alcance das disposicións e nocións comunitarias. *Vide*, por todos, TRAYTER, J. M., “El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, cit., pp. 188 e ss. Así, deriva, como recorda o profesor MUÑOZ MACHADO, S., dos imperativos propios do dereito comunitario: principios de primacía, e de aplicabilidade directa e uniforme deste (“La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los ordenamientos internos”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 7, 1991, pp. 9-38).

dereito europeo⁸². En todo caso, este efecto directo, segundo reiterada xurisprudencia, non permite que unha directiva poida crear, por si soa, obrigas a cargo dun particular e non pode, por conseguinte, ser invocada como tal contra a dita persoa ante un tribunal nacional⁸³.

Obviamente, o efecto directo aplícase nos supostos regulados pola directiva, o que limita o seu alcance aos importes harmonizados. Iso non impide, desde a coherencia do modelo, que o contido “harmonizado” que se propón nas directivas de 2014 poida servir de referencia tamén nos contratos non cubertos, sen que sexan posibles regulacións que comporten efectos contrarios ás regras e fins da contratación pública⁸⁴. Isto significa que os principios comunitarios inherentes á contratación pública son de directa aplicación a calquera contrato, sexa ou non “harmonizado”, evitando que existan na práctica ámbitos da contratación pública exentos en función do seu limiar⁸⁵. Así o recordou a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (Sala Quinta) do 16 de abril de 2015 no asunto C-278/14, que analiza a aplicabilidade a un contrato público de subministración de valor inferior aos limiares establecidos polas directivas de contratos públicos dos principios xerais establecidos pola xurisprudencia do TXUE, recordando que é necesario respecto dos principios xerais da contratación pública se o contrato presenta un interese transfronteirizo⁸⁶.

82 ALONSO GARCÍA, R., “La interpretación del derecho de los Estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 28, 2008, pp. 385-410.

83 Sentenzas TXUE do 8 de outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, apartado 9, do 14 de xullo de 1994, Faccini Dori, C-91/92, apartado 20, e Sentenza do 24 de xaneiro de 2012, Domínguez, C-282/10, apartado 37 e xurisprudencia alí citada.

84 Non en van, a 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) insistía nesta interpretación, comunicación cuxa legalidade e conformidade co dereito europeo foi confirmada pola STXUE do 20 de maio de 2010, no asunto T-258/06, que resolveu o recurso de anulación contra a Comunicación por Alemaña, ao que se adheriron como partes coadxuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Baixos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda do Norte e o Parlamento Europeo.

85 Vide o traballo de MORENO MOLINA, J. A., “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de Administración Pública*, n.º 178, 2009, pp. 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 exixidos 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. E é que, como ben afirma J. M. BAÑO LEÓN, 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 (“La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000, p. 13), opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS no seu traballo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

86 A Comunicación interpretativa da Comisión do 1 de agosto de 2006, C 179/02 –cuxa legalidade e conformidade co dereito europeo foi confirmada pola STXUE do 20 de maio de 2010, no asunto T-258/06, que resolveu o recurso de anulación contra a Comunicación por Alemaña, ao que se adheriron como partes coadxuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Baixos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda do Norte e o Parlamento Europeo–, xa indicaba: “No caso dos contratos cuxa contía sexa inferior aos limiares de aplicación das directivas sobre contratación pública, deberase ter en conta que, conforme a xurisprudencia do TXCE, as persoas teñen dereito a unha protección xudicial efectiva dos dereitos que lles confire o ordenamento xurídico comunitario. (...) De conformidade coa xurisprudencia relativa á protección xudicial, os recursos dispoñibles non poderán ser menos eficaces que os aplicables a reclamacións similares fundadas no dereito nacional (principio de equivalencia), e, na práctica, non deberán imposibilitar ou dificultar excesivamente a obtención da protección xudicial (principio de eficacia)”. E non pode descoñecerse o feito de que o Tribunal Constitucional, en Sentenza do 30 de abril de 2015, no recurso de inconstitucionalidade núm. 1884-2013, ao analizar contratos non cubertos pola directiva de contratación pública, afirma de forma clara que iso non elimina a suxeición aos principios da contratación pública e utiliza no seu razoamento a citada comunicación interpretativa de 2006, concluíndo que: “*mesmo cando o contrato de xestión de servizos públicos non é un contrato harmonizado (artigo 13 TRLCSP), isto é, non está suxeito nin á Directiva 2004/18/CE nin á Directiva 2014/24/UE, que derroga a anterior e está aínda pendente de transposición, a encomenda por unha autoridade pública a un terceiro da prestación de actividades de servizos debe respectar o principio de igualdade de trato e as súas expresións específicas, que son a prohibición de discriminar en razón da nacionalidade, e os artigos 43 e 49 do Tratado CE sobre a liberdade de establecemento e a libre prestación de servizos, respectivamente. Isto significa que en contratos de importe non harmonizado deberán ter un réxime equivalente no nivel de eficacia, como advertiu a citada STXUE do 6 de outubro, Orizzonte Salute, C- 61/14.*”

3.3 O efecto directo das directivas de contratación pública de 2014 e a súa incidencia na lexislación nacional

Nunha primeira aproximación, pode afirmarse que os contidos das directivas de contratación pública, dado que ou están pretraspuestos ou son claros, precisos e incondicionados, terán efecto directo case na súa totalidade, sen prexuízo de que a prol da seguridade xurídica, que é desexable nunha materia tan sensible como a contratación pública, a transposición puidese efectuarse, se ben non a tempo, o antes posible⁸⁷. A existencia do Anteproxecto de Lei de contratos do sector público, con cita dos preceptos das directivas na regulación que se propón (que inclúe concordancias co que se di no actual TRLCSP) pode servirle de axuda ao xestor.

En todo caso, dun primeiro avance, pódese indicar que terán efecto directo as seguintes cuestións:

1) As definicións terán plenos efectos xurídicos, pois son, obviamente, incondicionadas. En todo caso, non supoñen unha gran novidade práctica, pois con carácter xeral atópanse nas directivas de 2004. Si que ten gran significado o feito de que o concepto de concesión de servizos sexa xa plenamente operativo, de tal xeito que se “despraza” a categoría do contrato de xestión de servizos públicos do noso TRLCSP (artigo 8). E, tamén, á posibilidade de CPPI, que, malia non figurar como opción na dita directiva, enténdese que forma parte do modelo de CPPI fixado na comunicación interpretativa da Comisión relativa á aplicación do dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións á colaboración público-privada institucionalizada (2008/C 91/02).

2) O ámbito de aplicación e a súa concreción –poder adjudicador e entidades adjudicadoras– terá efecto xurídico. Non obstante, trátase de conceptos moi “asimilados” na práctica e con importante doutrina do TXUE que se vén aplicando de forma uniforme e constante⁸⁸, e onde, por suposto, un medio propio, como tal, ten consideración de poder adjudicador⁸⁹. Tamén terán efecto as previsións sobre centrais de compras e técnicas de contratación conxunta.

87 Este carácter detallado xa é advertido pola citada Circular 3/2015 da Avogacía do Estado ao afirmar que a Directiva de contratación pública de 2014 “establece unha regulación moi detallada e pormenorizada que, por iso, fai realmente innecesaria a promulgación dunha norma de dereito nacional que desenvolva ou complete as previsións daquela co fin de posibilitar a súa aplicación efectiva”.

88 Sirva de exemplo o Informe 7/2015, do 12 de maio, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, sobre a natureza xurídica da Feira de Zaragoza, para os efectos da aplicación da normativa sobre contratación pública, ou o Acordo 104/2015, do Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, en relación con MercaZaragoza

89 O Acordo 104/2015, do Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, insiste nesta idea: “*Esta condición de medio propio conduce de xeito inexorable á súa condición de poder adjudicador. É iso non só desde unha interpretación teleolóxica –que por si mesma rexeita a posibilidade de que unha prestación que se debería someter ás regras dunha licitación pública, como consecuencia dunha encarga a un medio propio, poida quedar subtraída ás regras da contratación pública–, senón porque a previsión ten reflexo legal expreso no artigo 4.1.n) TRLCSP: «...os contratos que deban asinar as entidades que teñan a consideración de medio propio e servizo técnico para a realización das prestacións obxecto da encarga quedarán sometidos a esta lei, nos termos que sexan procedentes de acordo coa natureza da entidade que os asine e o tipo e contía destes, e, en todo caso, cando se trate de contratos de obras, servizos ou subministracións cuxas contías superen os límites establecidos na sección 2.ª do capítulo II deste título preliminar, as entidades de dereito privado deberán observar para a súa preparación e adjudicación as regras establecidas nos artigos 137.1 e 190».* Esta disposición disciplina o réxime de contratación con terceiros que deben aplicar os medios propios, e que, en definitiva, non é outro que o réxime previsto no TRLCSP para as Administracións públicas, ou ben para os poderes adjudicadores cando se trate de entidades de natureza privada, como é o caso das sociedades mercantís (de aí a referencia «á natureza da entidade»). Non é admisible, desde a previsión legal, a posibilidade de considerar que un medio propio se cualifique, para os efectos dos contratos que asine con terceiros, como unha entidade do sector público que non teña a consideración de poder adjudicador”. Esta argumentación foi tamén a utilizada polo órgano de recursos contractuais do País Vasco na súa Resolución 23/2015, do 24 de febreiro, en relación coa tramitación dun contrato de MERCA-BILBAO, onde se conclúe que esta entidade ten a condición de poder adjudicador, ao realizar funcións de interese xeral (aínda que poidan ser tamén de interese industrial ou mercantil) e que, sobre todo, a propia condición de medio propio aboca MERCABILBAO á condición de poder adjudicador.

3) Serán de directa aplicación igualmente as previsións en relación co cálculo do valor estimado da concesión.

4) A posibilidade de cooperación vertical (*in house providing*) deberá cumprir coas exixencias das directivas (artigos 12 e 17 da Directiva contratación e Directiva concesións respectivamente): a) que o poder adjudicador 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 adjudicador que a controla ou para outras persoas xurídicas controladas polo mesmo poder adjudicador; c) que non exista participación privada na persoa xurídica controlada. Control análogo que existirá non en función da porcentaxe de participación no capital social, senón no feito de que o ente instrumental careza efectivamente de autonomía desde o punto de vista decisorio respecto do ente que realiza a encarga, non existindo nestes casos verdadeira autonomía contractual. Sobre o significado práctico concreto, resultan de grande interese as reflexións contidas no Informe 3/2015, do 27 de xaneiro de 2015, da Avogacía do Estado.

5) A determinación do prazo das concesións deberá determinarse respectando as previsións do artigo 18 da directiva (que despraza toda a regulación española que contén previsións sobre prazos nos contratos de concesión de obras e de xestión de servizos públicos). Así, *“para as concesións que duran máis de cinco anos, a duración máxima da concesión non poderá exceder o tempo que se calcule razoable para que o concesionario recupere os investimentos realizados para a explotación das obras ou servizos, xunto cun rendemento sobre o capital investido, tendo en conta os investimentos necesarios para alcanzar os obxectivos contractuais específicos. Os investimentos que se teñan en conta para os efectos do cálculo incluírán tanto os investimentos iniciais como os realizados durante a vida da concesión”*. Este prazo explícase no considerando 52 da directiva do seguinte xeito: *“A duración dunha concesión debe limitarse para evitar o peche do mercado e a restrición da competencia. Ademais, as concesións de moi longa duración poden dar lugar ao peche do mercado, obstaculizando así a libre circulación de servizos e a liberdade de establecemento. Agora ben, tal duración pode estar xustificada se resulta indispensable para permitir que o concesionario recupere os investimentos previstos para a execución da concesión e obteña ademais un beneficio sobre o capital investido. Polo tanto, para as concesións de duración superior a cinco anos, a duración debe estar limitada ao período en que resulte razoablemente previsible que o concesionario poida recuperar os investimentos realizados para explotar as obras e servizos e mais un beneficio sobre o capital investido en condicións normais de explotación, tendo en conta os obxectivos contractuais específicos que asumira o concesionario co fin de satisfacer exixencias tales como a calidade ou o prezo para os usuarios. Esta previsión ha de ser válida no momento da adjudicación da concesión. Debe ser posible incluír os investimentos iniciais e posteriores considerados necesarios para a explotación da concesión, como gastos de infraestrutura, dereitos de propiedade intelectual, patentes, equipo, loxística, contratación, formación do persoal e gastos iniciais. A duración máxima da concesión debe estar indicada nos documentos relativos a esta, agás que a duración constitúa un criterio para a adjudicación do contrato. Os poderes e as entidades adjudicadores sempre deben poder adjudicar unha concesión por un período inferior ao necesario para recuperar os investimentos, sempre e cando a compensación correspondente non elimine o risco operacional”*.

6) Para a determinación das regras aplicables ao réxime dun contrato mixto de concesións, deberanse observar as previsións dos artigos 21 e 22 da Directiva concesións. Así, nas

Regap



ESTUDIOS

concesións cuxo obxecto sexan tanto obras como servizos, adxudicaranse conforme as disposicións aplicables ao tipo de concesión predominante no obxecto principal do contrato. Para os supostos de concesións mixtas que consistan en parte en servizos sociais e outros servizos específicos enumerados no anexo IV e en parte noutros servizos, o obxecto principal determinarase en función de cal dos valores estimados dos respectivos servizos é o máis alto.

7) A regulación dos servizos de investigación e desenvolvemento son preceptos de efecto directo, aínda que esta cuestión xa está incorporada á nosa lexislación, tras a transposición das directivas de 2004.

8) A obriga de incorporar as nomenclaturas nos contratos de concesión será inmediatamente eficaz en abril do 2016, o que afecta aos denominados contratos de xestión de servizos públicos en España, considerados non harmonizados ao non estaren cubertos pola Directiva 2004/18. Esta exigencia de CPV para toda concesión de obra ou de servizos debe ser respectada. E, como elemento de publicidade e transparencia, o seu incumprimento implicará a nulidade do procedemento.

9) Serán tamén directamente aplicables as previsións de confidencialidade, previsión que se vén aplicando xa en España e que non parece que poida producir distorsións. A STXUE do 14 de febreiro de 2008, VAREC, xa declarou que o órgano que coñeza dun recurso en materia de contratación deberá garantir axeitadamente a confidencialidade das propostas dos licitadores e o segredo da dita información. A xustificación é a seguinte:

"(...) é necesario que as entidades adxudicadoras non divulguen información relativa a procedementos de adxudicación de contratos públicos cuxo contido poida ser utilizado para falsear a competencia, xa sexa nun procedemento de adxudicación en curso ou en procedementos de adxudicación ulteriores. Ademais, tanto pola súa natureza como conforme o 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 deben poder comunicarlles a tales entidades adxudicadoras calquera información útil no marco do procedemento de adxudicación, sen medo a que estas lles comuniquen a terceiros datos cuxa divulgación poida prexudicar os ditos operadores.

37. Por tales 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".

A confidencialidade, polo tanto, exige adoptar medidas e interpretacións que preserven, de xeito útil, o seu contido, o que limita o dereito ao libre acceso a toda a documentación das ofertas dos licitadores competidores, pois, como advirte a Sentenza do Tribunal Xeral da Unión Europea (Sala Segunda), do 29 de xaneiro de 2013, Cosepuri Soc. Coop. p. A., contra a Autoridade Europea de Seguridade Alimentaria (EFSA), a materia de contratos públicos fundaméntase nunha competencia non falseada.

10) Interesa destacar a directa aplicabilidade das previsións relativas aos anuncios das licitacións e de adxudicación, que deberán axustarse aos modelos que contén a directiva, obriga de anunciar que se estende agora ás concesións de servizos (contratos de xestión de servizos públicos).

11) O acceso electrónico directo, completo, gratuito e sen restricións, por medios electrónicos, dos documentos relativos ás concesións será unha previsión con efecto directo. Así, PCAP e PTT deberán ser accesibles electronicamente en todo caso (sen que se poida obrigar a xustificar o interese da documentación ou a retirada, logo de pagamento, en determinadas oficinas).

12) A definición de conflito de interese, e as súas consecuencias, terá efecto directo. O concepto de conflito de intereses, tamén recollido de forma expresa no artigo 7.4 da Convención das Nacións Unidas contra a corrupción, realizada en Nova York o 31 de outubro de 2003 (Instrumento de Ratificación do Reino de España, do 9 de xuño de 2006, publicado no BOE do 19 de xullo de 2006)⁹⁰, comprenderá polo menos calquera situación en 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 dese 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. Desta normativa infírense tres regras: a) Non se require que o conflito sexa «real» en canto que o interese particular inflúa *de facto* no desempeño da actividade pública, senón que poida ser percibido como comprometedor da obxectividade, a imparcialidade e a independencia requirida no procedemento de contratación; b) Non existe unha obriga absoluta dos poderes adjudicadores de excluír sistematicamente os licitadores en situación de conflito de intereses, dado que tal exclusión non se xustifica naqueles casos en que pode probarse que tal situación non tivo ningunha incidencia no seu comportamento no marco do procedemento de licitación e que non supón un risco real de que xurdan prácticas que poidan falsear a competencia entre os licitadores; e c) A exclusión dun licitador en situación de conflito de intereses resulta indispensable cando non se dispón dun remedio máis adecuado para evitar calquera vulneración dos principios de igualdade de trato entre os licitadores e de transparencia⁹¹.

13) Tamén terá efecto directo a previsión do artigo 36 da Directiva de concesións referida a requisitos técnicos ou funcionais, que exige que estes definan “as características requiridas dos traballos ou servizos que son obxecto da concesión. Figurarán nos documentos de concesión”. Trátase de fixar o máximo de transparencia para favorecer a competencia. E, para iso, a directiva advirte que non será posible rexeitar unha oferta baseándose en que as obras e os servizos ofrecidos non se axustan aos requisitos técnicos ou funcionais a que fixeron referencia, sempre que na súa oferta o licitador probe, por calquera medio axeitado, que as solucións que propón cumpren de forma equivalente os requisitos técnicos e funcionais.

14) A xustificación da solvencia dos licitadores realizarase mediante declaración responsable (deberán terse en conta as previsións contidas no Regulamento de Execución (UE) 2016/7 da Comisión do 5 de xaneiro de 2016 polo que se establece o formulario normalizado do documento europeo único de contratación), cuestión importante na práctica e que xa se utiliza como parámetro interpretativo, tal como advertimos con anterioridade. Isto significa

90 Así mesmo, o artigo 8 inclúe unha serie de exixencias xerais respecto dos códigos de conduta para funcionarios públicos desde a promoción da integridade, a honestidade e a responsabilidade, ademais de procurar “sistemas para exixirles aos funcionarios públicos que fagan declaracións ás autoridades competentes en relación, entre outras cousas, coas súas actividades externas e con empregos, investimentos, activos e agasallos ou beneficios importantes que poidan dar lugar a un conflito de intereses respecto das súas atribucións como funcionarios públicos” (artigo 8.5).

91 MEDINA ARNAIZ, T., “Los conflictos de intereses llegan a las directivas sobre contratación pública”, *Observatorio de los contratos públicos* 2013, 2014, pp. 271-302.

que a regulación do artigo 146 TRLCSP quedará desprazada no relativo ao carácter potestativo de tal posibilidade, que pasará a ser a regra xeral.

15) Os supostos de exclusión son, en varias das súas previsións, exemplo evidente de incondicionalidade e, por iso, terán efecto directo, o que implica unha alteración do sistema de prohibicións de contratar, de tal xeito que aquelas non contidas no noso TRLCSP deberán ser aplicadas. Un exemplo é a previsión do apartado 7 b) da Directiva de concesións, ao establecer como causa de exclusión *“se un conflito de intereses no sentido do artigo 35, parágrafo segundo, non se pode emendar con eficacia por ningunha outra medida menos intrusiva”*. Tamén terán efecto directo as previsións relativas a consultas preliminares do mercado e a previsión das medidas de *“clemencia”*.

16) Os prazos mínimos de presentación de ofertas son preceptos que teñen efecto directo. Así, a partir do 18 de abril de 2016 –sempre cumprindo coa exigencia de utilización de medios electrónicos– o prazo mínimo para a recepción das solicitudes para a concesión poderá ser de 30 días a partir da data de envío do anuncio de concesión. Non obstante, ao ser un prazo mínimo, e ser máis amplo o do TRLCSP, haberá que seguir a lei nacional. E o mesmo sucederá cando o procedemento se desenvolva en etapas sucesivas: o prazo mínimo para a recepción de ofertas iniciais será de 22 días a partir da data en que se envíe a convocatoria de ofertas.

17) En materia de procedementos, o artigo 31 da Directiva 2014/24 relativo ao procedemento de asociación para a innovación ten efecto directo (o que pode permitir despreñar xa unha estratexia efectiva para conseguir o fin de pasar da *“idea ao mercado”*). No procedemento negociado, nos importes harmonizados, tamén despreñan efecto directo as previsións das directivas, de tal forma que se amplía o seu ámbito de aplicación cando hai publicidade, e se limita se é sen publicidade, pois estamos ante un procedemento de excepción⁹², e que non son posibles interpretacións «xenerosas» deste, xa que se afecta ao principio de concorrencia e eficiencia⁹³. Pero non pode alcanzar a eliminación do suposto do procedemento negociado pola contía, por non ser un suposto cuberto pola directiva, e, por iso, non pode existir efecto directo⁹⁴. A existencia de catálogos electrónicos terá tamén efecto directo.

A existencia de informar sen demora das actuacións derivadas no procedemento de licitación será tamén de aplicación directa. Débese informar en todo caso os nomes dos licitadores seleccionados, as razóns polas que se desestimase a súa solicitude de participación ou a súa oferta, así como as razóns polas que, se é o caso, decidise non adxudicar un contrato que fora

92 Así, a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 14 de setembro de 2004, ao condenar a República Italiana pola utilización deste procedemento incorrectamente, insiste en que os supostos que o amparan deben ser interpretados restritivamente e que a carga da proba de que existen realmente as circunstancias excepcionais que xustifican a excepción incumbe a quen se queira beneficiar delas (véxanse, neste sentido, as sentenzas do 18 de maio de 1995, Comisión/Italia, apartado 23, e do 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemaña, apartado 13). O apartado 21 é esclarecedor ao lembrar que *“é certo que o obxectivo de garantir a continuidade das obras relativas a proxectos complexos e cuxa finalidade é a seguridade hidráulica dunha rexión é unha consideración técnica cuxa importancia debe recoñecerse. Non obstante, a mera afirmación do carácter complexo e delicado dun conxunto de obras non abonda para demostrar que só se lle pode encomendar a un mesmo empresario, en particular cando as obras se dividen en lotes cuxa realización debe prolongarse durante moitos anos”*.

93 Sobre o significado do principio de eficiencia na contratación, vide GIMENO FELLIÚ, J. M., “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, número monográfico da revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre “calidad institucional, transparencia y buen gobierno”, n.º 82, 2016, pp. 137-158.

94 Este é o criterio da Recomendación 1/2016, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, do 20 de abril, relativa á utilización do procedemento negociado. Pola contra, a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Cataluña, no Informe 1/2016, do 6 de abril, opina que a directiva alcanza este suposto e que queda desprazada.

anunciado ou reiniciar o procedemento. Esta previsión xa existe no noso TRLCSP –para facilitar a posibilidade de interpor o recurso especial– e non formula especiais problemas prácticos.

18) Os criterios de adxudicación (incluídas as variantes) tamén terán efecto directo⁹⁵. Así, estes deberán ser obxectivos, respectar os principios da contratación pública e garantir a avaliación das ofertas nunhas condicións de competencia efectiva tales que se poida determinar a vantaxe económica global para o poder adxudicador ou a entidade adxudicadora. Eses criterios estarán vinculados ao obxecto da concesión e non lle conferirán ao poder adxudicador ou á entidade adxudicadora unha liberdade de elección ilimitada. *Poderán incluír, entre outros, criterios ambientais, sociais ou relacionados coa innovación*. En todo caso, non son admisibles os criterios relativos ás capacidades da empresa (ou a súa experiencia⁹⁶). Estas previsións xa veñen sendo aplicadas en España e non deben presentar dificultades prácticas ao encaixar coa regulación contida no artigo 150 do TRLCSP.

19) As previsións sobre subcontratación son tamén de aplicación directa. As previsións relativas á posibilidade de que o poder adxudicador lle exixa ao licitador ou ao solicitante que mencione na oferta a parte do contrato ou a concesión que se propoña subcontratar a terceiros, así como os subcontratistas propostos (o que non prexulgará a cuestión da responsabilidade do concesionario principal), así como o caso dos contratos de obras e respecto dos servizos que deban prestarse *in situ* baixo a supervisión directa do poder ou entidade adxudicadores, tras a adxudicación da concesión e, como moi tarde, cando se inicie a execución desta, a existencia de contratista ou concesionario de comunicar o nome, os datos de contacto e os representantes legais dos subcontratistas que interveñan nas obras ou servizos en cuestión, sempre que se coñezan nese momento, así como a de notificar calquera modificación que sufra esta información durante o transcurso da concesión, e toda a información necesaria sobre os novos subcontratistas aos que asocie posteriormente á obra ou servizo en cuestión.

20) Grande efecto práctico derivará da aplicación directa do novo réxime de modificacións contractuais (artigo 72 e 43 respectivamente). O novo réxime parece ampliar as posibilidades de modificación (o que pode desprazar o réxime dos artigos 105 a 107 TRLCSP). En todo caso, a doutrina xa consolidada do TXUE non queda desprazada por esta nova regulación, pois, como advirte o considerando 107 da Directiva 2014/24, “*é preciso aclarar as condicións en que a modificación dun contrato durante a súa execución exige un novo procedemento de contratación, tendo en conta a xurisprudencia pertinente do Tribunal de Xustiza da Unión Europea*”⁹⁷. Así, esta doutrina segue sendo o parámetro de axuízamento de tal posibilidade (que non *ius variandi*) e que se limita aos casos estritamente necesarios para preservar o propio contrato sen alterar a súa causa ou contido substancial⁹⁸. Interesa

95 A STXUE do 16 de outubro de 2003 (Traunfellner) recorda que non é correcto admitir variantes se tal posibilidade non se previu e se motivou no prego ou anuncio de licitación. E unha variante non é o mesmo que o criterio “melloras”.

96 Así debe interpretarse a mención do apartado 67.2 b) da Directiva 2014/24, 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.

97 Por todos, GIMENO FELIÚ, J. M., “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, cit., p. 99, pp. 83-140; GALLEGO CORCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Las directivas de contratación pública*, número monográfico especial *Observatorio de los contratos públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167, e VÁZQUEZ MATILLA, J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 65-89.

98 HOEPFFNER, H., afirma que a modificación non é un sinal dunha enfermidade do contrato, senón que é un elemento da súa vida, da súa propia supervivencia (“La modification des contrats de la commande publique a l’épreuve du droit communautaire”, *Revue française de droit administratif*, n.º 1, 2011, pp. 98-114).

destacar unha importante medida introducida pola Directiva sobre contratación pública, que establece a obriga de publicar as modificacións contractuais, como elemento de control, co fin de garantir o axeitado cumprimento e tramitación do previsto para tal efecto no prego (artigo 72.1, último inciso)⁹⁹, posibilidade xa recoñecida pola STXUE do 8 de maio de 2014. Asunto C-161/13. A finalidade desta exigencia (que en España xa se aplica en Aragón e Navarra) é xerar a transparencia adecuada sobre as causas e consecuencias dos modificados contractuais¹⁰⁰, así como posibilitar, se é o 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 ilegal¹⁰¹. Para iso estarán especialmente lexitimados os licitadores non seleccionados¹⁰². Non en van, unha modificación ilegal é unha «nova adxudicación» (STXUE do 19 de xuño de 2008, Priesstext Nachrichtenagentur GMBH, cfr. apdo. 34) e, polo tanto, esa «nova adxudicación» forma parte do obxecto de recurso especial¹⁰³. E é que, na práctica, foi nesta fase onde proliferaron os problemas de corrupción e redes clientelares, pondo en dúbida o principio de integridade¹⁰⁴. O concepto

99 Así se prevé 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 exige 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. Vide BERNAL BLAY, M. A., “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 203-210.

100 Vide BELTRÁN GÓMEZ, A. I., “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 8 de outubro de 2012.

101 O Informe 12/2012, do 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 «*II. 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*».

102 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 en que está en xogo a necesidade de que o obxecto da contratación-prestación sexa recoñecible e non altere as regras iniciais 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 suscrito. 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, mentres 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 o 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. Este criterio é defendido por BANO LEÓN, J. M., “Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 148-151.*”

103 Como ben recordou MORENO MOLINA, J. A., 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 (*La reforma de la Ley de contratos del sector público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, p. 101). Cómpre adoptar unha interpretación útil dos principios comunitarios e a súa implicación en calquera decisión que teña impacto sobre as regras do contrato.

104 Fronte á falta de coñecemento do modificado, que aboca 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, basta 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 en que a UE podería adoptar axeitadamente iniciativas contra a corrupción).

amplio de decisión imponse, optando, novamente, por criterios funcionais relacionados coa causa do contrato¹⁰⁵.

21) Tamén terán efecto directo as previsións sobre rescisión (Directiva de contratación pública) e resolución (Directiva de concesións). Moi especialmente ten interese a previsión do artigo 44 da Directiva de concesións, que establece uns límites á posibilidade de resolución anticipada por vontade da Administración, pois desnaturalízase a filosofía do réxime de contratación no ámbito das concesións, onde non ten cobertura, coa extensión ata agora utilizada, das prerrogativas públicas exorbitantes. Isto implica, como xa expliquei, que a resolución de concesións é un claro exemplo onde o efecto directo limitará a posibilidade de extinguir un contrato por rescate, pois parece establecer un número pechado de causas de resolución¹⁰⁶. O interese público –igual que sucede coa modificación contractual– xa non é título xurídico suficiente para exercer potestades sobre o contrato. Os eixes da regulación europea non son as prerrogativas públicas, senón preservar o dereito da competencia entre operadores e respectar o principio de seguridade xurídica que obriga a observar o pactado, máxime nun sector onde os investimentos do sector privado son tan necesarios. Non significa que non se poida rescatar se existe un claro interese público, pero o rescate, como tal, é xa expropiación forzosa e non privilexio contractual, e deberá substanciarse conforme as regras e principios desta potestade.

Ademais, a decisión de rescatar poderá ser controlada –como cuestión contractual– polos órganos de recursos contractuais competentes, pois, tras o 18 de abril de 2016, amplíase o ámbito do recurso especial a estas cuestións (deixa de ser un recurso precontractual). E, ao ser norma de contido procesual, aplicárase a regra vixente ao momento de ditar o acto (neste caso, de resolución)¹⁰⁷. Así, xunto á posibilidade de suspensión da decisión –o máis probable, desde a lóxica de funcionamento do recurso especial–, o tribunal administrativo poderá valorar se o rescate, como fórmula de resolución, resulta conforme ás novas exixencias da concesión.

A opción de rescate de concesións debe, en definitiva, reinterpretarse segundo o disposto pola Directiva de concesións de 2014 e os principios europeos de contratación pública (xunto co de confianza lexítima, que obriga, como regra xeral, a observar o pactado e o dereito a unha boa administración)¹⁰⁸. E, mentres non se produza a incorporación efectiva ao ordenamento nacional, deberá respectarse o efecto directo da directiva, como previsión clara e inequívoca.

22) Por último, son de efecto directo as previsións que reforman o ámbito de aplicación da Directiva “recursos”, que se estende agora ao contrato de concesión de servizos, o que

105 GIMENO FELIÚ, J. M., “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, *Observatorio de los contratos públicos 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 31-138.

106 *Vide* GIMENO FELIÚ, J. M., “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, *Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58/59, 2016, pp. 50-71.

107 A diferenza entre normas substantivas e procesuais respecto ao réxime transitorio da aplicabilidade das novas normas é, polo demais, clásica no noso ordenamento xurídico, como convincentemente razoa a recorrente, desde a transitoria cuarta do Código civil, seguindo coas transitorias da LEC e da LXCA. O Tribunal Supremo, en Sentenza do 7 de novembro de 2012 (recurso 1085/2011), admitiu a directa aplicación de normas procesuais en materia de contratación pública. Para iso parte da necesaria distinción entre normas substantivas e procesuais e afirma que a disposición transitoria da lei 15/2010 só se refire ás normas substantivas (“falta na lei unha transitoria reitora do réxime temporal do novo procedemento xurisdiccional”).

108 Sobre os efectos e requirimentos do principio de confianza lexítima, convén lembrar a xurisprudencia do TXUE: Sentenzas do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea do 22 de marzo de 1961, *SNU/PAT contra a Alta Autoridade da Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro*, asuntos acumulados C-42/59 e C-49/59, e do 13 de xullo de 1965, *Lemmerz-Werke GmbH contra a Alta Autoridade da Comunidade Europea do Carbón e do Aceiro*, asunto 111/63.

despraza a “arcaica” previsión do artigo 40 TRLCSP, que determina a competencia en función dos gastos de primeiro establecemento e o prazo. Será o valor estimado do contrato o criterio para determinar a competencia do recurso especial. Outra importante novidade práctica é a inclusión das concesións de servizos no ámbito do recurso especial, con efecto directo. Por suposto, a diferenza entre contrato de servizos e concesión de servizos, vinculada ao sistema de retribución con transferencia de risco operacional, permite diferenciar e determinar o contrato e a súa natureza concreta á marxe da denominación, tal como sucede co concerto, que vén ser un contrato de servizos¹⁰⁹. Esta tipificación debe aplicarse para todo contrato, con indiferenza do seu importe, sen prexuízo das especialidades de réxime xurídico que puidesen existir.

Así mesmo, en relación co recurso especial, interesa destacar, aínda que non se trata formalmente dunha cuestión estrita de efecto directo, a ampliación do obxecto do recurso especial. A previsión do artigo 46 da Directiva 2014/23, de concesións, que modifica á Directiva 89/665/CEE, ten especial incidencia na redacción do artigo 1 relativa ao obxecto do recurso:

«1. Esta directiva aplícase aos contratos a que se refire a Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeo e do Consello (35), salvo que tales contratos estean excluídos de conformidade cos artigos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 e 37 da dita directiva.

Esta directiva aplícase tamén ás concesións adxudicadas polos poderes adxudicadores mencionados na Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeo e do Consello (36), salvo que tales concesións se exclúan en virtude dos artigos 10, 11, 12, 17 e 25 da dita directiva.

Para os efectos desta directiva, enténdese por «contratos» os contratos públicos, os acordos marco, as concesións de obras públicas ou de servizos e os sistemas dinámicos de adquisición.

No relativo aos contratos comprendidos no ámbito de aplicación da Directiva 2014/24/UE ou da Directiva 2014/23/UE, os Estados membros tomarán as medidas necesarias para garantir que as decisións adoptadas polos poderes adxudicadores poidan ser recorridas de xeito eficaz e, en particular, o máis rapidamente posible, nas condicións establecidas nos artigos 2 a 2 septies desta directiva, cando esas decisións infrinxan o dereito da Unión en materia de contratación pública ou as normas nacionais de incorporación da dita normativa».

A nova redacción, en canto se refire aos contratos sometidos á regulación das novas directivas, implica unha ampliación do obxecto do recurso, pois da inicial limitación ás cuestións de licitación e adxudicación esténdese agora a todas as cuestións dos contratos, o que afecta claramente aos supostos relativos a modificacións contractuais, subcontratación e causas de

109 Cómpre lembrar que a STXUE do 27 de outubro de 2005, INSALUD, asunto C-158/03, no seu apartado 32 declara que o concerto non é unha modalidade de xestión de servizo público que encaixe co concepto concesional e que, en puridade, é un contrato de servizos cuberto polas directivas: “En segundo lugar, procede sinalar que, a diferenza do que sostén o Goberno español, este asunto ten por obxecto contratos públicos de servizos e non contratos de xestión de servizos cualificados de concesións. En efecto, como se puxo de manifesto na vista, a Administración española segue sendo responsable de calquera prexuízo causado por unha eventual irregularidade na prestación do servizo. Esta circunstancia, que implica a inexistencia de transmisión dos riscos relacionados coa prestación do servizo de que se trata, e o feito de que sexa a Administración sanitaria española quen retribúe o servizo avalan a citada conclusión”. Esta interpretación foi confirmada pola recente STXUE do 22 de outubro de 2015, de condena ao Reino de España, asunto C-552-13, en relación con servizos sanitarios en Bilbao, onde o Tribunal advirte que “en primeiro lugar, procede sinalar que, como se desprende da documentación remitida ao Tribunal de Xustiza, os dous contratos números 21/2011 e 50/2011 constitúen contratos públicos de servizos, no sentido do artigo 1, apartado 2, letras a) e d), da Directiva 2004/18, cuxos importes superan o limiar previsto no artigo 7 desta, e non concesións de servizos, no sentido do artigo 1, apartado 4, desa mesma directiva, na medida en que a remuneración do adxudicatario está plenamente garantida polo poder adxudicador, que asume tamén o risco económico”.

rescisión/resolución, nos termos regulados polas directivas¹¹⁰. Igualmente, e sobre a base da xurisprudencia do TXUE sobre cando existe un contrato, poderá ser obxecto de revisión un convenio ou unha encarga a medio propio se a pesar da súa denominación, por obxecto e causa, hai un contrato público e a súa adxudicación se considera ilegal¹¹¹.

Isto significa que o recurso especial deixa de ser un recurso precontractual, e que se debe considerar contractual¹¹².

Todas estas previsións obrigan á “relectura” do vixente TRLCSP, o cal deberá ser aplicado sen descoñecer as previsións directas da directiva, que serán parámetro de legalidade ordinaria a controlar polos tribunais administrativos e a xurisdición, xa que o coñecido –e incuestionable– principio de primacía do ordenamento da Unión Europea obriga a que a norma nacional non se aplique se contravén este, criterio confirmado por xurisprudencia constante do TXUE. Nunha materia tan sensible e á vez tan cambiante, existe, como xa se advertiu ao inicio deste traballo, unha importante “fonte de dereito”, xa que a xurisprudencia do TXUE da Unión Europea conformou un sólido e coherente dereito pretoriano, que serve de fonte interpretativa e que limita aquelas opcións que poidan contravir as regras da Unión Europea¹¹³, doutrina que debe ser coñecida e respectada polos distintos intérpretes ou aplicadores das regras da contratación pública, o que limita interpretacións ou prácticas nacionais que pretendan unha visión “local” das normas de contratos públicos¹¹⁴. Existe, en consecuencia, unha “harmonización” a escala de doutrina TXUE que impide que se lamen os principios da contratación pública e que exixe unha interpretación funcional (e non formal)¹¹⁵. Isto explica por que os órganos de control nacionais, en calidade de “xuíz comunitario”, aplican esta doutrina.

-
- 110 Criterio xa admitido pola STXUE do 8 de maio de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox*, asunto C-161/13, que analiza se existe ou non dereito a un prazo de impugnación ante supostos de modificacións contractuais; en concreto, a modificación da composición do grupo adxudicatario.
- 111 A STXUE do 18 de xaneiro de 2007, *Auroux*, asunto C-220/05, xa admitiu a interpretación sobre a técnica de convenio entre un concello e unha sociedade mixta para a realización dun centro de ocio, para declarar que este é un caso de contrato de obra, que debe ser obxecto de licitación (por iso, o convenio considérase unha contratación directa ilegal). A STXUE do 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller GmbH*, asunto C-451/08, subliña que o concepto de contrato público require unicamente que a súa execución leve consigo un beneficio económico directo para o poder adxudicador, pero sen que sexa necesario acreditar tamén a existencia dunha vantaxe económica para o contratista (apartados 48-53).
- 112 Sobre esta idea, remítome ao meu estudo (e ás súas conclusións) “Sistema de control de la contratación pública en España. (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)”, cit.
- 113 *Vide* GIMENO FELIÚ, J. M., “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, cit., pp. 81-122. Tamén GALLEGO CORCOLES, I., “Las relaciones «contractuales» entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, Almeida, M., e Martín, I. (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 e 14 de novembro de 2014), pp. 111-116. En relación co impacto da xurisprudencia no proceso de creación das regras sobre contratación pública, *vide* COZZIO, M., “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, cit., pp. 89-116. Máis recentemente, o libro colectivo, BENACHIO, A.; COZZIO, M., e TITOMANLIO, F. (dirs.), *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea, Tomo I*, Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici, Universidade de Trento, 2016.
- 114 Para coñecer como se realizou a transposición da normativa de contratación pública nos distintos Estados membros, é de especial interese a excelente monografía anteriormente citada, dirixida por SÁNCHEZ MORÓN, M., *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, cit., 2011.
- 115 Como explica moi ben CHINCHILLA MARÍN, C. (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las directivas”, cit., pp. 38-39), a interpretación do dereito comunitario dos contratos públicos debe respectar tres regras: a) débese realizar desde a lóxica do dereito comunitario e non desde os dereitos nacionais, b) a interpretación debe ter un alcance funcional/finalista, e c) debe practicarse unha interpretación ampla do dereito comunitario cando se pretende determinar, en clave positiva, o ámbito de aplicación desta normativa e, pola contra, estrita, se se trata de “excluir” a súa aplicación.

Loxicamente, o efecto directo aplicarase en contratos suxeitos a regulación harmonizada, aínda que, de conformidade coa doutrina TXUE e a 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)¹¹⁶, haberá que realizar unha interpretación equivalente¹¹⁷. O contido “harmonizado” que se propón nas directivas debe servir de referencia tamén nos contratos non cubertos, sen que sexan posibles regulacións que comporten efectos contrarios ás regras e fins da contratación pública¹¹⁸. E, na miña opinión, desde a lóxica do principio de integridade e do dereito a unha boa administración, debe aproveitarse a oportunidade para “repensar” como se utiliza o procedemento negociado sen publicidade pola contía (a súa aplicación revelouse como especialmente patolóxica e favorecedora de supostos de corrupción), ou das instrucións internas (pódese decidir aplicar as previsións TRLCSP)¹¹⁹.

En conclusión, hai que esperar pola nova Lei estatal de contratos do sector público, o que non impide o desenvolvemento de competencias autonómicas no seu ámbito competencial, como sucede, por exemplo, coas especialidades de simplificación e organización de certos contratos sanitarios e sociais (especialmente sensibles desde a óptica do terceiro sector)¹²⁰. E, mentres hai transposición efectiva, haberá que aplicar o efecto directo das directivas, que poderá ser utilizado polos distintos órganos xudiciais e os tribunais administrativos de recursos contractuais.

116 Comunicación cuxa legalidade e conformidade co dereito europeo foi confirmada pola STXUE do 20 de maio de 2010, no asunto T-258/06, que resolveu o recurso de anulación contra a comunicación por Alemaña, ao que se adheriron como partes coadxuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Baixos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda do Norte e o Parlamento Europeo.

117 No apartado 20 da Sentenza do 14 de xaneiro de 2016, Ostar celtnieks SIA (asunto C-234/14), o Tribunal de Xustiza recorda que “a interpretación das disposicións dun acto da Unión en situacións que non están comprendidas no ámbito de aplicación deste se xustifica cando o dereito nacional as fixo directamente e incondicionalmente aplicables a tales supostos, co fin de garantir un tratamento idéntico destas situacións e as comprendidas no ámbito de aplicación do acto mencionado (Sentenza *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, apartado 23 e *xurisprudencia citada*)”.

118 Así o defendín en anteriores traballos, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, cit., pp. 28-31.

119 Vide GIMENO FELIÚ, J. M., “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, Villoria, M., Gimeno, J. M., e Tejedor, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300. Tamén o excelente traballo de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., *Contratación pública y transparencia*, La Ley, 2016, en especial, pp. 393-440; e as reflexións de GONZÁLEZ SANFIEL, A., “La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?”, Hernández, F. (dir.), *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 31-48.

120 Vide GIMENO FELIÚ, J. M., “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 26, n.º 2, 2015, pp. 65-85. Tamén a miña opinión, “La solidaridad y la calidad son compatibles con la contratación pública”, *Blog Revista Catalana de Dret Públic*, 30 de maio de 2016. E é que o dereito europeo da contratación pública habilita que un contrato de prestacións persoais de carácter sanitario ou social se poida ver exceptuado das regras de concorrencia propias dun contrato típico de servizos ou produtos, e que se poida adxudicar a entidades do terceiro sector sen ánimo de lucro que colaboran, desde unha óptica de solidariedade, cos fins públicos, dado o marcado carácter estratéxico, desde a perspectiva da correcta prestación, desa colaboración. En todo caso, esta posibilidade, cos límites descritos, exige unha norma legal (dentro do marco competencial español, das comunidades autónomas) que prevea e regule esta posibilidade. Sen ese marco legal expreso deberanse aplicar as regras ordinarias da contratación pública, o que pode conducir a certos efectos “perversos”. Así, se a opción política é dunha sensibilidade social nestes sectores clave, tan vinculados en España ao desenvolvemento de prestación de importantes servizos ás persoas, nun ámbito de colaboración público-privada guiado polo principio de solidariedade e calidade, deberá regularse esta posibilidade. E non é necesario, obviamente, esperar a que o Estado o regule ou, por utilizar a expresión técnica, non é necesario esperar á súa transposición formal por parte do Estado. Nesta liña, o Consello de Goberno de Aragón aprobou o Decreto lei 1/2016, do 17 de maio, que permite concertar actividades coas entidades sen ánimo de lucro no sentido antes indicado, sempre e cando se cumpran uns requisitos. Un claro exemplo de vontade política de diferenciar o que é mercado de prestacións de calidade en atención ás persoas en ámbitos moi sensibles, e onde se pon a atención na complementariedade para conseguir optimizar a eficiencia no xeito de prestar servizos tan esenciais.

3.4 Documentos prácticos de interese

Para facilitar o labor dos xestores, os tribunais administrativos de recursos contractuais de España elaboraron un documento sobre o efecto directo das directivas de contratación pública en España (que se difundiu a través de www.obcp.es), pois esa situación, por motivos de seguridade xurídica, preocupaba os distintos tribunais administrativos encargados de resolver os recursos especiais en materia de contratos públicos. O obxecto do citado documento é analizar os efectos xurídicos da falta de transposición en prazo das directivas de contratación pública e, en particular, o seu posible efecto directo, tendo en conta o texto refundido da Lei de contratos do sector público actualmente vixente. Neste contexto, este traballo unicamente pretende servir como documento de análise e reflexión para facilitar a interpretación que da normativa aplicable a partir do 18 de abril de 2016 deberá realizar cada un dos tribunais administrativos de recursos contractuais no exercicio das súas funcións.

Igualmente, sobre o efecto directo, convén salientar a Resolución do 16 de marzo de 2016, da Dirección Xeral do Patrimonio do Estado, pola que se publica a Recomendación da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre o efecto directo das novas directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE núm. 66, do 17 de marzo de 2016). Nesta recomendación analízanse os antecedentes, o efecto directo nas directivas comunitarias e unha serie de instrucións que se dividen en dúas seccións. No documento desagregáanse as recomendacións por tipoloxía de contrato suxeito a regulación harmonizada e as aplicables a todos os contratos suxeitos a regulación harmonizada.

Así mesmo, analízase esta cuestión do efecto directo no Informe 17/2015, do 3 de decembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón, relativo aos *“Efectos das directivas de contratación pública na regulación da Lei 3/2011, do 24 de febreiro, de medidas en materia de contratos do sector público de Aragón, tras a conclusión do prazo de transposición. Posibilidades de desenvolvemento”*¹²¹, e no Informe 1/2016, do 6 de abril, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Catalunya, relativa a *“Contidos da Directiva 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública, que teñen que ser de aplicación directa a partir do día 18 de abril de 2016, data en que remata o prazo para a súa transposición. Breve referencia á aplicación directa da Directiva 2014/23/UE, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión”*.

121 Neste informe indícase que resultan de aplicación directa aqueles aspectos da regulación das directivas que sexan claros e concisos e non requiran acto ningún de concreción. Entre eles, poden incluírse en todo caso o concepto de poder adxudicador, as causas de elección do procedemento ou os criterios de participación, selección e adxudicación. Outro exemplo de regulación concisa e incondicionada é o relativo á división dos contratos en lotes (artigo 46), ou as normas sobre comunicacións electrónicas (artigo 22). En todo caso, as definicións producirán plenos efectos xurídicos, pois son, obviamente, incondicionadas. Nesta cuestión si que ten gran significado o feito de que o concepto de concesión de servizos sexa xa plenamente operativo. Serán igualmente de aplicación directa as previsións en relación co cálculo do valor estimado dos contratos, así como o prazo das concesións. A obriga de incorporar as nomenclaturas nos contratos de concesión será inmediatamente eficaz. O acceso electrónico, directo, completo, gratuito e sen restricións aos documentos relativos ás concesións será unha previsión de efecto directo. Igualmente, a xustificación da solvencia dos licitadores mediante declaración responsable terá efecto directo (artigo 38). Por outro lado, existen algunhas previsións das directivas que positivizan a xurisprudencia europea sobre determinados conceptos, de modo que en moitos casos están xa traspostos á lexislación nacional, como consecuencia da incorporación paulatina deses criterios. É o caso, por exemplo, do concepto de medio propio, a cooperación horizontal, a regra da confidencialidade ou o concepto dos elementos básicos da concesión. Así sucede, por exemplo, cos artigos 13 a 18, que son fundamentalmente principios xerais, que poderíamos dicir que «foron xa traspostos». E quedan excluídos do efecto directo aqueles contidos das directivas que son susceptibles de transposición facultativa, é dicir, aqueles que os Estados membros poden incorporar, ou non. E iso porque estas normas carecen de incondicionalidade. Exemplos diso son as previsións dos artigos 32.1 (uso do procedemento negociado sen publicación previa); 46.3 (posibilidade de prever ofertas integradoras); ou 57.3 (posibilidade dos Estados membros de estableceren excepcións aos motivos de exclusión obrigatoria con carácter excepcional por razóns imperiosas de interese xeral, como a saúde pública ou a protección do medio ambiente).

Por último, convén indicar a Resolución do 6 de abril de 2016, da Dirección Xeral do Patrimonio do Estado, pola que se publica a Recomendación da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa sobre a utilización do Documento europeo único de contratación previsto na nova directiva de contratación pública. Esta recomendación ten por obxecto tanto facilitarles aos órganos de contratación a aplicación do artigo 59 da Directiva de contratación pública e do Regulamento (UE) n.º 2166/7 como axudarlles ás empresas interesadas a cumprir correctamente o formulario normalizado do DEUC segundo quedou este aprobado polo citado regulamento comunitario.

4 Conclusións

Son tempos de novos retos para a xestión da contratación pública, utilizada como principal ferramenta para a posta en marcha das necesarias políticas públicas, que aconsellan unha reflexión sobre a necesidade de abordar unha reforma das normas de contratación pública que permitan cumprir o obxectivo de maior eficiencia, visión estratéxica e integridade na adxudicación de contratos públicos.

Pero non será suficiente –como vimos insistindo en anteriores traballos– se non se asume o reto dunha axeitada e efectiva profesionalización da contratación pública¹²². A profesionalización que se propugna no ámbito da UE refírese, en primeiro lugar, á formación e preparación de todos os suxeitos implicados na contratación. Só así se pode conseguir unha nova actitude dos xestores que permita abandonar unha posición «pasiva» e lanzarse a actuar no mercado cunha visión das súas funcións que se afastan do burocrático e inclúen a planificación estratéxica e a xestión de proxectos e riscos (o que exige cambios na organización e perspectiva de actuación)¹²³.

É momento de revisar en profundidade o noso modelo xurídico e práctico (é unha oportunidade) pois, como xa advertira Albert Einstein, “*non podemos pretender que as cousas cambien se sempre facemos o mesmo*”.

5 Bibliografía

ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994.

ALONSO GARCÍA, R., “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 28, 2008.

ARROWSMITH, S., “The E. C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for a new approach”, *European Law Review*, vol. 21, n.º 1, 2002.

122 SANMARTÍN MORA, A., “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 408-409. Este traballo desenvolve as distintas posibilidades da “profesionalización” da contratación pública, que debe ser o eixe sobre o que construír un novo modelo estratéxico e eficiente, respectuoso co principio ético exigible a toda actuación administrativa.

123 GIMENO FELIÚ, J. M., “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, cit.

- ARROWSMITH, S.; LINARELLI, J., e WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000.
- BAÑO LEÓN, J. M., “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2000.
- BAÑO LEÓN, J. M., “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013.
- BARRIO GARCÍA, G., “Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación pública”, Pernas García, J. J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- BELTRÁN GÓMEZ, A. I., “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, www.obcp.es, 8 de octubre de 2012.
- BENACCHIO, G. A., “Verso le Direttive di quarta generazione”, Benacchi, G. A., y Cozzio, M. (coord.), *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, 2012.
- BENACHIO, A.; COZZIO, M., e TITOMANLIO F. (dirs.), *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea, Tomo I*, Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici, Universidad de Trento, 2016.
- BERMEJO VERA, J., “La resolución extrajudicial de conflictos”, López Ramón, F. (coord.), *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*, INAP, Madrid, 2015.
- BERNAL BLAY, M. A., “Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, Gimeno Feliú, J. M. (ed.), *El Derecho de los contratos del sector público*, monográficos de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º X, Zaragoza, 2008.
- BERNAL BLAY, M. A., “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- BERNAL BLAY, M. A., “El desarrollo de las políticas activas de empleo a través de los contratos públicos”, Pernás, J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- BERNAL BLAY, M. A., “La contratación de las Entidades Locales en el nuevo paquete legislativo europeo sobre contratación pública”, *Revista Española de Administración Local y Autonómica*, n.º 2, nueva época, 2014.
- BLAZQUEZ ROMÁN, J. A., e RAMÍREZ HORTELANO, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 42, 2005.

Regap



ESTUDIOS

- CARBONELL PORRAS, E., "El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?", *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003.
- CHINCHILLA MARÍN, C., "La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas", Sánchez Morón, M. (dir.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- COLABIANCHI, A., "Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione", *Giurisprudenza Civile*, 1990.
- COZZIO, M., "La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, Madrid, 2013.
- CRUZ ALLI ARAGUREN, J., "La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos", *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Colección Pro Libertate, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2007.
- DEL SAZ, S., "La nueva Ley de Contratos del Sector Público, ¿un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, n.º 174, 2007.
- DIVERIO, D., "Qualche riflessione intorno all'efficacia della direttiva servizi negli ordinamenti degli stati membri e al suo rapporto con il TFUE", *Revista Il Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 4, 2015.
- EDWARD, D. A. O., "Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 42, 1995.
- FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M. A., "El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 167, 2014.
- GALLEGO CORCOLES, I., "Las relaciones «contractuales» entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública", Almeida, M., e Martín, I. (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014).
- GALLEGO CORCOLES, I., "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, T. R., *Curso Derecho Administrativo*, Vol. II, Civitas, Madrid, 2013.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, J., "El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?", *Revista Derecho Local*, n.º 38, 2016.

- GIMENO FELIÚ, J. M., "Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004.
- GIMENO FELIÚ, J. M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional", *Noticias UE*, n.º 267, 2007.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 9, 2010.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMEs como estrategia de reactivación económica", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Los Tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del INFORME CORA. Balance y prospectiva", *Revista Derecho Público de Cataluña*, n.º 47, 2013.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Compra pública estratégica", Pernas García, J. (coord.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable", Cano Campos, T., y Bilbao Alexiades, E. (coords.), *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, Madrid, 2013.
- GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? (Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública)", *Revista Derecho y Salud*, vol. 26, n.º 2, 2015.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 172, 2015.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho «pretoriano». Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma", *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad", *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Regap



ESTUDIOS

- GIMENO FELIÚ, J. M., "La Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público. Alcance de su contenido y valoración de sus propuestas", *Actas XXIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Justicia de Aragón, 2015.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones", *VI Seminario de Contratación Pública*, Formigal, Septiembre de 2015 (disponible en www.obcp.es).
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)", *Observatorio de los Contratos Públicos*. Número monográfico especial (2016), Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad", Villoria, M., Gimeno, J. M., e Tejedor, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público", *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Los retos de la trasposición al Derecho español de la nueva Directiva europea 2014/24/UE y las principales novedades del Derecho comparado sobre contratos públicos", *Congreso Internacional sobre Contratación Pública*, Cuenca, 21 e 22 de xaneiro de 2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M., "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58/59, 2016.
- GONZÁLEZ ALONSO, A., "La contratación pública ecológica", *Justicia Administrativa*, n.º 47, 2010.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., "Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública", *Revista Española Derecho Europeo*, n.º 56, 2015.
- GONZÁLEZ SANFIEL, A., "La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?", Hernández, F. (dir.), *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., "¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?", *Justicia Administrativa*, n.º 20, 2003.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., "La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 60, 2016.

- HERNANDO RYDINGS, M., en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012.
- HOEPPFNER, H., "La modification des contrats de la commande publique a l'épreuve du droit communautaire", *Revue française de droit administratif*, n.º 1, 2011,
- ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, 2000.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea", *Revista de Administración Pública*, n.º 109, 1986.
- LEZERTUA RODRÍGUEZ, M., *La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias*, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 11, 1985.
- LÓPEZ TOLEDO, P., "Contratación pública y medio ambiente", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 33, 2004.
- MACHO PÉREZ, A. B., e MARCO PEÑAS, E., "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT", *Revista de Administración Pública*, n.º 194, 2014.
- MAGIDE HERRERO, M., "Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la Defensa", Laguna Sanquirico, F. (coord.), *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012.
- MARTÍN-RETORTILLO, L., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ ALONSO, J. L., "Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 40, 2015.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., *Contratación pública y transparencia*, La Ley, 2016.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria «de recursos»", *Revista de Administración Pública*, n.º 185, 2011.
- MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L., "El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004.
- MEDINA, T., "Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea", Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- MEDINA ARNÁIZ, T., "Social Considerations in Spanish Public Procurement Law", *Public Procurement Law Review*, vol. 20, n.º 2, 2011.

regap



ESTUDIOS

- MELERO ALONSO, E., "El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 1, 1999.
- MESTRE DELGADO, J., "Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 291, 2003.
- MORENO MOLINA, J. A., "La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público", Gimeno Feliú, J. M. (ed.), *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º X, Zaragoza, 2008.
- MORENO MOLINA, J. A., "Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 83, 2009.
- MORENO MOLINA, J. A., "Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada", *Revista de Administración Pública*, n.º 178, 2009.
- MORENO MOLINA, J. A., *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011.
- MORENO MOLINA, J. A., "El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación", *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012.
- MORENO MOLINA, J. A., "La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos", Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- MORENO MOLINA, J. A., e DOMÍNGUEZ ALONSO, P., "El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública", Fernández Acevedo, R., Valcárcel Fernández, P., y Bello Condide, J. (coords.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014.
- MORENO MOLINA, J. A., e PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2007.
- MUÑOZ MACHADO, S., *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986.
- MUÑOZ MACHADO, S., "La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los ordenamientos internos", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 7, 1991.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., "El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local", *Revista Electrónica CEMCI*, n.º 3, 2009.

- RAZQUIN, M. M., "Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España", *Revista de Administración Pública*, n.º 196, 2015.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico", *Instituto Andaluz de Administración Pública*, Sevilla, 2009.
- RUIZ DE CASTAÑEDA, A., "La nomenclatura CPV en la contratación", Ballesteros Arribas, S.; Castelao Rodríguez, J.; Corral García, E., e Castro Abella, F. (coords.), *Administración Local. Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros*, La Ley, Madrid, 2011.
- RUIZ DE CASTAÑEDA, A., e BERNAL BLAY, M. A., "La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes", Bernal Blay, M. A. (coord.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., "La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación", Sánchez Morón, M. (dir.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- SANMARTÍN MORA, A., "Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias", *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*, Zaragoza, 2010.
- SANMARTÍN MORA, A., "La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012.
- SANTAMARÍA, J., *Comentarios a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra*, MAP, Madrid 1992.
- SANTAMARÍA PASTOR, J., "La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 159, 2013.
- SANTAMARÍA PASTOR, J., *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- TORNOS MAS, J., "La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 24, 2011.
- TORNOS MAS, J., "Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (RIJ1151068)", *Revista Derecho Municipal*, Iustel, 10 de marzo de 2016.

Regap



ESTUDIOS

- TORNOS MAS, J., "La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales", *Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58/59, 2016.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., "El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación", *Revista de Administración Pública*, n.º 125, 1991.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., e FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., "Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativa para el control jurisdiccional de la contratación del sector público", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- VARA ARRIBAS, G., "Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública", *Revista Española de Derecho Comunitario*, n.º 26, 2008.
- VÁZQUEZ MATILLA, J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- VÉLEZ TORO, J. A., "Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 10, 2002.
- VELTRI, G., "In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE (Consiglio di Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n.º 298 655; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n.º 2660)", *Revista Urbanistica e appalti*, n.º 6, 2015.
- VÈRNIA TRILLO, S., "La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 20, 2002.
- VILLALBA PÉREZ, F., "La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 74, 2009.