

**PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LAS RECIENTES
DIRECTIVAS EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**

Paloma Sanz Baos

Letrada-Jefe del Servicio Jurídico en

la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda

Resumen: La contratación pública es un instrumento clave para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con esa finalidad, la Unión Europea ha revisado y modernizado las normas sobre contratación pública, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas, así como una mayor integración de las consideraciones sociales y medioambientales en los procedimientos de contratación. Por motivos de seguridad jurídica, se aclaran las condiciones en que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE. Además, una nueva Directiva regula el procedimiento de adjudicación de las concesiones de obras y servicios.

Palabras clave: contratación pública; procedimientos de contratación; criterios de adjudicación; modificación de contratos; contrato de concesión.

Abstract: Public procurement plays a key role to achieve smart, sustainable and inclusive growth while ensuring the most efficient use of public funds. For that purpose, European Union has revised and modernised the public procurement rules, facilitating in particular the participation of small and medium-sized enterprises (SMEs), and a better integration of social and environmental considerations in the procurement procedures. In order to ensure legal certainty, it is necessary to clarify the conditions under which modifications to a contract during its performance require a new procurement procedure, taking into account the relevant case-law of the Court of Justice of the European Union. In addition, a new Directive rules the award of works and services concessions.

Key Words: public procurement; procurement procedures; contract award criteria; modification of contracts; concession contracts.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea ha aprobado tres nuevas Directivas en materia de contratación pública:

- Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, Directiva 2014/23/UE).
- Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, “Directiva Nueva” o “DN”).
- Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (en adelante, Directiva 2014/25/UE).

Todas ellas se publicaron en el DOUE de 28 de marzo de 2014 y fijaban como fecha límite de trasposición el 18 de abril de 2016, lo que no pudo realizarse en nuestro país debido a la situación de interinidad del Gobierno durante gran parte del año 2016.

Nos encontramos, en el momento de escribir este artículo, en una situación transitoria, todavía vigente el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), cuyas normas deben ceder en caso de contradecir aquellas disposiciones europeas que gocen del llamado “efecto directo”, y a la espera de la aprobación por las Cortes Generales de las nuevas Leyes de Contratos del Sector Públicoⁱ, cuyos Proyectos se aprobaron en la sesión del Consejo de Ministros del pasado 25 de noviembre de 2016.

El presente trabajo se propone describir los trazos fundamentales de la nueva contratación pública a partir del análisis de las mencionadas Directivas, que no se limitan a introducir simples modificaciones en la normativa anterior, sino que persiguen dictar una regulación completa de esta materia. Cabe afirmar, en tal sentido, que las nuevas Directivas representan, a todos los efectos, un nuevo marco regulatorio en el

ámbito de la contratación pública, dotado de mayor densidad normativa que sus antecesoras.

Nos centraremos, principalmente, en el análisis específico de las innovaciones introducidas por la DN por ser la que regula la contratación clásica, sin perjuicio de algunas referencias a las restantes Directivas.

Baste señalar, en relación con la Directiva 2014/25/UE, sobre entidades que operan en los sectores especiales, que comparte con la DN muchos objetivos e instrumentos, si bien otorga mayor flexibilidad a las entidades adjudicadoras.

II. CUESTIONES GENERALES

La primera observación en el estudio de las citadas Directivas ha de incidir sobre la nueva sistemática adoptada por el derecho europeo en materia de contratos públicos.

El modelo dualista del año 2004, compuesto por una Directiva para los contratos clásicos del sector público (obras, servicios y suministros) –Directiva 2004/18/CE-, y otra para los contratos de los llamados sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales) –Directiva 2004/17/CE-, ha dado paso a una terna en virtud de la adición de la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que incluye tanto las concesiones de obras como las de servicios.

Así, la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión constituye una norma novedosa al abordar, por primera vez en el ámbito europeo, las concesiones de servicios. Al final de este trabajo se expondrán sus líneas maestras.

Otra de las novedades de las últimas Directivas –en concreto, de la DN y de la Directiva 2014/25/UE-, radica en la regulación de ciertas cuestiones relativas a la ejecución de los contratos, aspecto que no había sido objeto de atención por las Directivas anteriores, centradas en la coordinación de los procedimientos de adjudicación. No obstante, en este aspecto, las Directivas más recientes se limitan a plasmar en un texto normativo la doctrina jurisprudencial consagrada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por lo que sus novedades son, en este aspecto, limitadas.

Veamos a continuación dos novedades introducidas por las nuevas Directivas que afectan de manera global a la tramitación de los procedimientos de contratación: la primera relativa a los principios generales de la contratación, y la segunda a la división de los contratos en lotes.

En lo que atañe a los principios generales de la contratación, junto a los que ya figuraban en las anteriores Directivas, como son los de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (art. 2 Directiva 2004/18/CE y art. 10 Directiva 2004/17/CE), se consagra ahora el principio de proporcionalidad en las tres Directivas (art. 3.1 Directiva 2014/23/UE, art. 18.1 DN y art. 36.1 Directiva 2014/25/UE).

Esta novedad nos lleva a preguntarnos por el significado de este principio: con carácter preliminar, debe recordarse que el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los medios que aplica una disposición comunitaria sean aptos para alcanzar el objetivo perseguido y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo (véanse, en especial, las sentencias del TJCE de 11 de julio de 2002, *Käserei Champignon Hofmeister*, C-210/00, Rec. pg. I-6453, apartado 59; de 10 de diciembre de 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, C-491/01, Rec. Pg. I-11453, apartado 122, *Swedish Match*, apartado 47; y la de 10 de enero de 2006, *Caso European Low Fares Airline Association y otros contra Department for Transport*).

En particular, el principio de proporcionalidad se aplicó en el ámbito de la contratación pública por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 27 de septiembre de 2002 (TJCE 2002, 383; *Tideland Signal/Comisión*, apartado 43). Las exigencias derivadas del mismo requieren *“que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos y que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa (Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998 [TJCE 1998, 79] , National Farmers' Union y otros, C-157/1996, Rec. pg. I-2211, apartado 60)”*.

Con cita de esta Sentencia, se ha aplicado el principio de proporcionalidad por la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 64/2012, de 7 de marzo (Rec. 36/2012).

Otra novedad significativa de las nuevas Directivas se refiere a la generalización de la división de los contratos en lotes, que pasa a ser la regla general, debiendo justificar los poderes adjudicadores los supuestos en los que decidan no subdividir un contrato en lotes (art. 46 DN).

Se busca con esta medida facilitar a las PYME un mayor acceso a la contratación pública de tal manera que, al dividir los grandes contratos en lotes, se consiga que su magnitud corresponda mejor a la solvencia económica y técnica de las pequeñas y medianas empresas.

Se produce, en consecuencia, una inversión de la regla general ya que deberán exponerse en el expediente las razones por las que un determinado contrato no se divide en lotes. Entre las razones que justificarían la no división del contrato en lotes menciona el Considerando 78 de la DN el hecho de hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde un punto de vista técnico, o que la necesidad coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar el riesgo de socavar gravemente la adecuada ejecución del contrato.

III. CONTRATOS PÚBLICOS ENTRE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

En muchos casos, las normas que aparecen en la DN ya integraban el derecho europeo de los contratos públicos, bien fuera por aplicación de los principios generales que lo inspiran, o por instrumentos de *soft-law*, principalmente a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo.

En la mencionada línea de desarrollo de la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de contratos públicos, se aborda por la DN la regulación de los contratos entre entidades del sector público, concepto también conocido como contratación doméstica, suministro doméstico o “*in house providing*”.

Con esta denominación se conoce el empleo por las Administraciones públicas de entes instrumentales a los que se encomienda la realización de tareas o actividades que podrían encajar en los contratos administrativos clásicos (obras, suministro o servicios), eludiendo las normas europeas de contratación pública y dando lugar a la

denominada “cooperación vertical” entre entidades públicas.

Esa exclusión de las Directivas en materia de contratación exige, sin embargo, la concurrencia de ciertos requisitos elaborados por la jurisprudencia del TJCE a partir de la Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/1998, Teckal), e incorporadas, en buena medida al ordenamiento jurídico positivo a partir de la Directiva 2004/18/CE, y por vía de trasposición al derecho español (primero en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y después en el vigente TRLCSP –arts. 4.1.n) y 24.6-).

Las dos condiciones señaladas por el TJUE en la citada Sentencia (conocidas como “*condiciones Teckal*”), que sirven como parámetro para entender que estamos ante un contrato doméstico, o “*in house providing*”, que no requiere acudir a los procedimientos de licitación pública son los siguientes:

- a) Que la Administración pública ejerza sobre el ente instrumental un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- b) Que la entidad instrumental (o medio propio) realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan.

La DN alude a una considerable inseguridad jurídica en torno a la “*medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública*” (Considerando 31 DN) cuestión que pretende resolverse de acuerdo con los principios establecidos por la jurisprudencia del TJUE.

En principio, “*el hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación*”, lo que constituye ya de por sí una declaración de principios que tiende a restringir al máximo los casos en que se pueden esquivar los procedimientos de licitación. No obstante, continúa exponiendo el preámbulo de la DN, “*la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos*”. Y concluye afirmando que “*es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los*

operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores” (Considerando 31 DN).

A fin de equilibrar la tensión generada por ambos factores -ejercicio de funciones de servicio público y respeto al principio de libre competencia entre operadores económicos-, la norma europea admite que la contratación entre diferentes entidades del sector público quede excluida de su ámbito de aplicación siempre que se cumplan las tres siguientes condiciones (art. 12.1 DN):

- a) Que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- b) Que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla, o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador.
- c) Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, salvo algunas excepciones que después veremos.

De estos tres requisitos puede señalarse que los dos primeros (control análogo y actividad principal de la entidad controlada) proceden de la jurisprudencia comunitaria, siendo innovadores los siguientes aspectos:

- La definición del *"control análogo"*: precisa la Directiva que *"se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (...) cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada"* (art. 12.1 *in fine* DN).
- Otra novedad es la introducción del factor de cuantificación del 80% de la actividad realizada por encargo del poder adjudicador, para considerar que el ente instrumental realiza la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador.

Antes de la DN no existía un criterio fijo para apreciar este factor, al margen de

la doctrina que pudiera extraerse de jurisprudencia del TJUE (por ej. en la sentencia relativa a TRAGSA –Sentencia TJCE de 19 de abril de 2007, asunto 295/05-, se aludía a un porcentaje del 90% de actividad para los poderes adjudicadores).

La forma de calcular ese porcentaje se explica en el artículo 12.5 de la DN.

- En lo que atañe al tercer requisito (inexistencia de participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada), ya estaba presente en la normativa española.

En efecto, el artículo 24.6 del TRLCSP advierte, refiriéndose a los medios propios, que *“si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública”*.

No obstante, la Directiva admite algunas excepciones. Así, no se debe aplicar este requisito en aquellos casos en que la participación de operadores económicos privados específicos en el capital de la persona jurídica controlada sea obligatoria en virtud de la legislación nacional, siempre que dicha participación no permita controlar ni bloquear a la persona jurídica controlada, y tampoco otorgue una influencia decisiva sobre ésta (art. 12.1.c) de la DN).

En cualquier caso, aclara el Considerando 32 de la DN, el elemento decisivo reside en la participación privada directa en el capital de la persona jurídica controlada; por lo tanto, la concurrencia de capital privado en el o los poderes adjudicadores dominantes no impedirá adjudicar contratos a la persona jurídica controlada eludiendo la Directiva.

Novedoso resulta también el artículo 12.2 de la DN, que contempla la “posición inversa”, es decir, el caso de que el ente instrumental encomiende una actividad al poder adjudicador. El supuesto de actuación de varios poderes adjudicadores que ejercen conjuntamente el control sobre un medio propio o instrumental se contempla en el artículo 12.3 de la DN, con efectos muy semejantes a los previstos para el caso de un poder adjudicador único.

Finalmente, se dicta una nueva regulación acerca de la “cooperación horizontal” entre poderes adjudicadores al margen de la Directiva, lo que será posible si se cumplen

las siguientes condiciones (art. 12.4 DN):

- a) Que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.
- b) Que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por las consideraciones relacionadas con el interés público, y
- c) Que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de la cooperación.

Esta cooperación horizontal e instrumentará a través de convenios de colaboración.

IV. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA Y AGREGADA

Bajo esta rúbrica se regulan en la DN los acuerdos marcos, los sistemas dinámicos de adquisición, las subastas electrónicas y los catálogos electrónicos, así como las actividades de compra centralizada y centrales de compra.

Se quiere dar un impulso a este tipo de instrumentos de contratación, de manera que mientras en la Directiva 2004/18/CE se decía, en relación con los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición, que *“los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran”* a los mismos (arts. 32 y 33), en la DN se afirma directamente que *“los poderes adjudicadores podrán celebrar acuerdos marco”* o *“utilizar un sistema dinámico de adquisición”* (arts. 33 y 34 DN).

En relación con los sistemas dinámicos de adquisición, cabe señalar como novedad que en la DN se tramitan de acuerdo con las normas de un procedimiento restringido –frente al procedimiento abierto previsto en la Directiva 2004/18/CE-, y que no se le fija plazo máximo de vigencia, frente a los cuatro años habituales en la regulación anterior (arts. 34 DN y 33 Directiva 2004/18/UE).

Por otra parte, en relación con las centrales de compra, la breve regulación contenida en la Directiva 2004/18/CE (art. 11) contrasta con la atención que se le presta en la DN, cuyo artículo 37 contempla las centrales de compra como un recurso al que deberán acudir los poderes adjudicadores si así lo disponen los Estados miembros para determinadas contrataciones. Es decir, junto a casos de utilización potestativa, se prevé la obligatoriedad de acudir a centrales de compras en los casos en que los Estados miembros así lo determinen

Finalmente, cabe destacar la regulación por la nueva Directiva de la contratación conjunta esporádica por dos o más poderes adjudicadores de un mismo Estado miembro (art. 38 DN), e incluso, bajo ciertas condiciones, la contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros (art. 39 DN).

Esta última posibilidad puede materializarse de alguna de las siguientes formas:

- Acudiendo a una central de compras situada en un Estado miembro que no sea el del poder adjudicador, posibilidad que ningún Estado miembro puede prohibir a sus poderes adjudicadores (art. 39, apartados 2 y 3 DN).
- Adjudicando un contrato público conjuntamente por varios poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros; también se admite la celebración conjunta de un acuerdo marco o la administración, también conjunta, de un sistema dinámico de adquisición (art. 39.4 DN).
- Incluso se permite la constitución de una entidad jurídica común por parte de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros; en particular, una Agrupación Europea de Cooperación Territorial del Reglamento 2006/1082/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo (art. 39.5 DN).

V. NORMAS APLICABLES A LAS COMUNICACIONES: LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS

La Directiva 2004/18/CE permitía que las comunicaciones e intercambios de información en los procedimientos de contratación pública se realizasen, “*a elección de los poderes adjudicadores*”, por carta, por telefax, por vía electrónica, por teléfono -

seguida de confirmación por escrito- o mediante una combinación de dichos medios (art. 42).

Por el contrario, la DN establece la obligación de emplear medios electrónicos de comunicación, en especial en lo relativo al proceso de presentación de ofertas. Se trata, además, de una obligación impuesta directamente a los Estados miembros que “*garantizarán*” el empleo de tales medios (art. 22.1 DN).

Cuando se exija la utilización de medios de comunicación electrónicos, los poderes adjudicadores podrán exigir que las ofertas se presenten en forma de catálogo electrónico, o que incluyan un catálogo electrónico. Incluso los Estados pueden imponer la utilización de catálogos electrónicos en relación con determinados tipos de contratación, que se emplearán en todo caso, en los acuerdos marco y en los sistemas dinámicos de adquisición (art. 36 DN).

No obstante, la obligación de emplear medios electrónicos en el procedimiento de presentación de ofertas admite algunas excepciones, contempladas en el art. 22.1 de la DN. Tales excepciones son las siguientes:

- Si, debido al carácter especializado de la contratación, fuera necesario emplear herramientas, dispositivos o formatos de archivo que no estén disponibles en general, o no acepten los programas generalmente disponibles.
- Si los formatos de archivo adecuados para la descripción de las ofertas no pueden ser procesados por otros programas abiertos o generalmente disponibles, o están sujetos a un régimen de licencias de uso privativo, y el poder adjudicador no puede ofrecerlas para su descarga o utilización a distancia.
- Si el empleo de medios de comunicación electrónicos requeriría equipos ofimáticos especializados de los que no disponen generalmente los poderes adjudicadores.
- Si los pliegos requieren la presentación de modelos físicos o a escala que no pueden transmitirse por medios electrónicos.

En los casos que acaban de describirse la comunicación se hará por correo, o mediante una combinación de correo y de medios electrónicos.

Por otra parte, la DN admite que el uso de medios no electrónicos puede ser necesario en dos casos: bien por violación de la seguridad de los medios de comunicación electrónicos, o bien para proteger información especialmente delicada.

Siempre que se empleen medios no electrónicos en el proceso de presentación de ofertas, los poderes adjudicadores deberán justificarlo en el informe específico de cada contrato, acuerdo marco o sistema dinámico de adquisición previsto en el artículo 84 de la DN.

Sin perjuicio de lo expuesto, el artículo 22.2 de la DN admite la comunicación oral para aspectos no esenciales de un procedimiento de contratación, siempre que el contenido de la comunicación oral quede suficientemente documentado mediante archivos o resúmenes escritos o sonoros. A estos efectos, se consideran elementos esenciales de la contratación, y por tanto excluidos de la comunicación oral, los pliegos de la contratación, las solicitudes de participación, las confirmaciones del interés y las ofertas.

Las herramientas y dispositivos empleados en las comunicaciones electrónicas deben estar disponibles de forma general y ser compatibles con productos informáticos de uso general, a fin de evitar cualquier tipo de discriminación por esta causa. Si fuera necesaria la utilización de herramientas y dispositivos que no estén disponibles de forma general, los poderes adjudicadores deberán ofrecer medios de acceso alternativo, como puede ser el acceso gratuito a herramientas y dispositivos en una dirección de internet, la utilización de fichas provisionales disponibles gratuitamente en línea, o el establecimiento de un canal alternativo para la presentación electrónica de ofertas (art. 22.5 DN).

El Anexo IV y el artículo 22.6 de la DN establecen los requisitos de las herramientas y dispositivos de recepción electrónica de las ofertas, de las solicitudes de participación, así como de los planos y proyectos en los concursos. Entre otros requisitos, exigen que tales dispositivos permitan determinar con precisión la hora y fecha exactas de recepción de las ofertas, y que garanticen la confidencialidad de los datos, así como el uso de certificados de firma electrónica avanzada.

Como conclusión cabe apuntar la voluntad del legislador europeo de suprimir el soporte papel en la contratación pública, en especial, en el proceso de presentación de ofertas, restringiendo al máximo las comunicaciones orales.

No obstante, consciente de la dificultad de generalizar las comunicaciones electrónicas, el artículo 90.2 de la DN aplaza la obligatoriedad de estas normas hasta el 18 de octubre de 2018. Hasta entonces, los poderes adjudicadores podrán optar por el empleo de medios de comunicación electrónica, por el correo postal, el fax o por una combinación de estos medios.

Serán imperativas, no obstante, las comunicaciones electrónicas en el campo de las técnicas e instrumentos de contratación electrónica y agregada (acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición, subastas electrónicas y catálogos electrónicos), así como en la remisión de los anuncios a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea y en la disponibilidad electrónica de los pliegos de contratación prevista en el artículo 53 de la DN.

En el caso de las centrales de compra, se permite el aplazamiento de las comunicaciones electrónicas obligatorias hasta el 18 de abril de 2017.

No obstante, los Proyectos de Ley que se encuentran en tramitación en las Cortes Generales adelantan estos plazos; en efecto, las nuevas Leyes apuestan decididamente por la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria desde su entrada en vigor, anticipándose a los plazos previstos a nivel comunitario.

VI. PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN. LA “ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN”

Los procedimientos de licitación se regulan en el Título II de la DN, que mantiene los cuatro procedimientos vigentes (abierto, restringido, negociado y diálogo competitivo) y añade uno más: el procedimiento de asociación para la innovación.

Antes de centrarnos en el análisis de ese nuevo procedimiento, conviene apuntar algunas novedades en relación con el procedimiento negociado.

La DN ha unificado las situaciones en que los poderes adjudicadores podrán

aplicar un procedimiento de negociación con publicidad o un diálogo competitivo (art. 26.4), ampliando notablemente el ámbito de este último. Recordemos, en tal sentido que el artículo 29 de la Directiva 2004/18/CE solo permitía acudir al diálogo competitivo en caso de “*contratos particularmente complejos*”, que no pudieran adjudicarse mediante un procedimiento abierto o restringido.

Por otra parte, se dota de mayor flexibilidad a estos dos procedimientos (negociado con publicidad y diálogo competitivo), pues ya no existe un catálogo cerrado de supuestos que habilite su empleo, lo que sí ocurría en el art. 30 de la Directiva 2004/18/CE en relación con la negociación con publicidad.

Mayor rigor se observa en el procedimiento negociado sin publicidad: el artículo 32 de la DN respeta los supuestos admitidos por la Directiva 2004/18/CE (art. 31), describiendo con mayor detalle las situaciones allí contempladas. No obstante, conviene apuntar la desaparición de una de aquellas situaciones en la nueva Directiva: no se autoriza acudir al procedimiento negociado sin publicidad para la contratación de obras o servicios complementarios no previstos en el proyecto o contrato inicial (supuesto contemplado en el artículo 31.4.a) de la Directiva 2004/18/CE).

Otra diferencia acusada reside en los términos en que se redactan estos preceptos: mientras las Directivas de 2004 permitían que los “*poderes adjudicadores*” acudieran al procedimiento negociado sin publicidad en los casos allí descritos, en la DN se indica que “*los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores puedan adjudicar contratos públicos mediante un procedimiento negociado sin publicidad previa...*”, a lo que se añade la previsión del artículo 26.6 de la DN (“*los Estados miembros no permitirán el recurso a este procedimiento en ningún caso distinto de los contemplados en el artículo 32*”).

En otro orden de cuestiones y como se ha indicado antes, la DN introduce un nuevo procedimiento de adjudicación, denominado “*asociación para la innovación*” (art. 31 DN).

Se trata de un procedimiento que persigue el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras, todavía no disponibles en el mercado, mediante un proceso de investigación y desarrollo, así como la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes

máximos acordados entre los poderes adjudicadores y los participantes.

El poder adjudicar debe determinar en los pliegos cuál es la necesidad de un producto, servicio u obra innovadora que no puede satisfacerse con los disponibles en el mercado, así como las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial.

Cualquier operador económico puede presentar una solicitud de participación ante una convocatoria de licitación por el procedimiento de asociación para la innovación, siendo seleccionados los más aptos según criterios relativos a su capacidad en materia de I+D, así como en la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras.

Evaluada la documentación presentada por los interesados y seleccionados los más aptos, solo podrán participar en el procedimiento los operadores económicos invitados por el poder adjudicador.

Las negociaciones ulteriores pueden desarrollarse en fases sucesivas para reducir el número de ofertas; finalmente, corresponde al poder adjudicador la decisión de establecer la asociación para la innovación con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de I+D.

La ejecución de la asociación para la innovación se estructura en fases sucesivas, siguiendo las secuencias del proceso de I+D, y puede incluir la fabricación de los productos, la prestación de los servicios o la realización de las obras; asimismo, cabe el señalamiento de objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios con el correspondiente pago de la retribución en los plazos estipulados.

En virtud de la consecución de dichos objetivos intermedios, el poder adjudicador puede decidir, al final de cada fase, rescindir la asociación para la innovación o, en el supuesto de una asociación para la innovación con varios socios, reducir su número mediante la rescisión de los contratos individuales, siempre que se hubiera reservado expresamente esa posibilidad en los pliegos.

Los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas ulteriores presentadas por estos, excepto la oferta definitiva, con el fin de mejorar su contenido. No se negociarán los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación.

Finalmente, el poder adjudicador velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta, así como la secuencia de las actividades de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de una solución innovadora, aún no disponible en el mercado.

La tramitación de este nuevo procedimiento recuerda el del diálogo competitivo, con la salvedad de que, en éste ha de haber un único adjudicatario, y en la asociación para la innovación pueden ser varios, cuyas actividades de I+D corren en paralelo y pueden seguir caminos independientes.

En todo caso, el nuevo procedimiento da lugar a una estructura asociativa dotada de cierta estabilidad con uno o varios socios.

VII. MOTIVOS DE EXCLUSIÓN

La DN mantiene el régimen dualista derivado de las anteriores Directivas, que distingue entre los motivos de exclusión obligatoria y facultativa, siendo los primeros de preceptiva trasposición por los Estados miembros.

Entre los motivos de exclusión o prohibiciones de contratar de carácter obligatorio, siempre asociados a condenas en sentencia firme por delitos graves, cabe destacar la inclusión de nuevos delitos que determinan esta consecuencia. Así, junto a los tradicionales delitos de corrupción, fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea o blanqueo de capitales, se incluyen los de terrorismo, financiación del terrorismo o delitos ligados a actividades terroristas, trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos (art. 57.1, letras d), e) y f), de la DN).

No obstante, los Estados miembros pueden implantar excepciones a las exclusiones obligatorias en circunstancias extraordinarias, cuando necesidades imperiosas de interés general, como la salud pública o la protección del medio ambiente, hagan indispensable la adjudicación de un contrato. Ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando vacunas o equipos de emergencia que se requieran urgentemente solo

puedan adquirirse a un operador económico afectado por alguno de los motivos obligatorios de exclusión (Considerando 100 DN).

Por otra parte, los motivos de exclusión facultativa operan respecto de los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables. Así, por ejemplo, debido al incumplimiento de obligaciones medioambientales o sociales (entre ellas, las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad), o a la comisión de faltas profesionales graves, como infracciones de las normas sobre competencia, o de los derechos de propiedad intelectual e industrial, entre otros.

En este aspecto, la DN introduce algunas situaciones novedosas. Así, es causa de exclusión facultativa la existencia de indicios de acuerdos entre operadores con el objetivo de falsear la competencia (art. 57.4.d) DN), un conflicto de intereses que no pueda resolverse por medios menos restrictivos (art. 57.4.e) DN), o un falseamiento de la competencia derivado de la participación previa de los operadores económicos en la preparación del procedimiento de contratación, cuando no pueda remediarse por medios menos restrictivos (art. 57.4.f) DN).

También es motivo de exclusión facultativa el hecho de que el operador económico haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un contrato público anterior, siempre que haya dado lugar a la terminación anticipada de dicho contrato, a una indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables (art. 57.4.g) DN).

De acuerdo con el Considerando 101 de la DN, al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. De esta forma, irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales, si bien casos reiterados de irregularidades leves pueden generar dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico y, en consecuencia, justificar su exclusión.

Particular atención merece el impago de impuestos o de cotizaciones a la Seguridad Social, situación que se sanciona con la exclusión obligatoria a nivel de la Unión Europea si media resolución judicial o administrativa firme y vinculante; en otro caso, y siempre que el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio el

incumplimiento del operador económico en materia de impago de impuestos o de cotizaciones a la Seguridad Social, se considera un motivo de exclusión facultativa. Cabe añadir que este motivo de exclusión no se aplicará una vez que el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago, o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de los impuestos o las cotizaciones a la Seguridad Social que adeude incluidos los intereses acumulados o las multas impuestas (art. 57.2 DN).

Se atribuye a los poderes adjudicadores (art. 57.5 DN) el deber o la potestad – según se trate de motivos de exclusión obligatoria o facultativa- de excluir a un operador económico en cualquier momento del procedimiento, si se comprueba que éste se encuentra, en virtud de actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo, en alguna de las situaciones descritas en el artículo 57 de la DN.

Finalmente, cabe señalar la admisión de medidas de rehabilitación, en el sentido de readmitir al operador económico sobre el que pesa una prohibición de contratar (art. 57.6 DN).

Las normas contenidas en la DN en este ámbito han sido ya incorporadas al ordenamiento español; en efecto, la Disposición Final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público dio nueva redacción a los artículos 60 y 61 del TRLCSP, e introdujo un nuevo artículo 61 bis en el mismo TRLCSP, en materia de prohibiciones de contratar.

VIII. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

La noción de criterios de adjudicación es clave en la DN, siendo varias las diferencias introducidas respecto de las Directivas del año 2004. Vamos a examinar estas novedades con detalle, dada la importancia práctica de estos criterios.

En primer lugar, debe exponerse una destacada diferencia terminológica: la DN utiliza la expresión *«oferta económicamente más ventajosa»* como concepto preponderante, puesto que, como señala su Considerando 89, *“en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder*

adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas". Por lo tanto, de acuerdo con la DN, todos los contratos deben adjudicarse a la "oferta económicamente más ventajosa".

Ahora bien, la premisa de la que parte la nueva Directiva genera un problema, puesto que, en la Directiva 2004/18/CE la expresión "oferta económicamente más ventajosa" se empleaba para referirse a los contratos adjudicados en virtud de una pluralidad de criterios vinculados a su objeto, como la calidad, el precio, el valor técnico, etc., a diferencia de los contratos adjudicados en base a un único criterio, que debía ser necesariamente el del precio más bajo (art. 53.1 Directiva 2004/18/CE).

Para resolver este problema terminológico y evitar confusiones, la DN emplea la expresión "mejor relación calidad/precio" para referirse a la pluralidad de criterios de adjudicación, de manera que este concepto ("mejor relación calidad/precio") ha de interpretarse con arreglo a la jurisprudencia relativa a la "oferta económicamente más ventajosa" de las Directivas del año 2004 (Considerando 89).

En suma, con la DN todo contrato se adjudica a la "oferta económicamente más ventajosa", si bien esta expresión engloba tanto la unidad como la pluralidad de criterios, pasando a denominarse esta última "mejor relación calidad/precio".

La segunda novedad destacable en la nueva Directiva se refiere a la relación de criterios utilizables para la adjudicación de los contratos; los poderes adjudicadores deben seleccionar la oferta económicamente más ventajosa observando una de las siguientes metodologías:

1^a) Atendiendo únicamente a un criterio cuantitativo, relacionado con los costes, lo que, a su vez admite dos posibilidades: bien atender solo al precio, o bien a la relación coste-eficacia o de rentabilidad, caso en el que entra en juego el concepto de "coste del ciclo de vida" (que después examinaremos).

2^a) El poder adjudicador puede optar, asimismo, por atender a una pluralidad de criterios, lo que la nueva Directiva denomina "mejor relación calidad-precio", en la que se incluirán, junto al obligado factor cuantitativo (ya sea el precio o el coste del ciclo de

vida), un conjunto de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato.

Veamos detenidamente a continuación las dos posibilidades admitidas en la DN en materia de criterios de adjudicación de los contratos.

1º.- Adjudicación en base a criterios relacionados con los costes. Como se ha adelantado anteriormente, esta opción admite, a su vez, dos posibilidades, según se atienda exclusivamente al precio del producto, servicio u obra contratados, o a un planteamiento basado en el “coste del ciclo de vida”.

Como señala el Considerando 96, *“la noción de coste del ciclo de vida incluye todos los costes a lo largo del ciclo de vida de las obras, suministros o servicios.*

Entre estos costes figuran los costes internos, como la investigación que haya de llevarse a cabo, los costes de desarrollo, producción, transporte, uso, mantenimiento y eliminación al final de la vida útil, pero también pueden incluirse los costes atribuidos a factores medioambientales externos (externalidades medioambientales), como la contaminación causada por la extracción de las materias primas utilizadas en el producto o causada por el propio producto o por su fabricación, siempre que puedan cuantificarse en términos monetarios y ser objeto de seguimiento”.

Los métodos utilizados por los poderes adjudicadores para evaluar los costes atribuidos a factores medioambientales externos deben establecerse previamente de manera objetiva y no discriminatoria, y ser accesibles a todas las partes interesadas.

Estos métodos pueden establecerse a escala, nacional, regional o local. No obstante, para evitar distorsiones de la competencia recurriendo a metodologías “*ad hoc*”, tales métodos deben ser generales en el sentido de que no deben establecerse de modo específico para un procedimiento particular de contratación pública. Se prevé la elaboración de métodos comunes a escala de la Unión Europea para el cálculo de los costes del ciclo de vida correspondientes a categorías específicas de suministros o de servicios, cuyo uso debería hacerse obligatorio.

En el cálculo del “coste del ciclo de vida” ha de incluirse, en la medida pertinente, la totalidad o una parte de los siguientes costes a lo largo del ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra (art. 68.1 DN):

a) Costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios (costes internos), tales como:

i) los costes relativos a la adquisición,

ii) los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos,

iii) los costes de mantenimiento,

iv) los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado;

b) Costes imputados a externalidades medioambientales (costes externos) vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse; este apartado abarca el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y de otras emisiones contaminantes, así como los costes de mitigación del cambio climático.

El método utilizado para la evaluación de los costes imputados a externalidades medioambientales cumplirá todas las condiciones siguientes (art. 68.3 DN).

- Estar basado en criterios verificables objetivamente y no discriminatorios; en particular, si no se ha establecido para una aplicación repetida o continuada, no favorecerá o perjudicará indebidamente a operadores económicos determinados.
- Ser accesible para todas las partes interesadas.
- Todo operador económico normalmente diligente, incluidos los operadores económicos de terceros países, que sea parte en el Acuerdo o en otros acuerdos internacionales que vinculen a la Unión, ha de poder facilitar los datos exigidos con un esfuerzo razonable.

A fin de garantizar el respeto a los principios de igualdad, transparencia y no discriminación, cuando los poderes adjudicadores evalúen los costes mediante un planteamiento basado en el cálculo del coste del ciclo de vida, indicarán en los pliegos de la contratación los datos que deben facilitar los licitadores, así como el método que utilizará el poder adjudicador para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos (art. 68.2 DN).

Se admite, finalmente, que el factor cuantitativo o factor coste adopte la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad (art. 67.2 in fine DN).

2º.- Adjudicación en base a la mejor relación calidad/precio (pluralidad de criterios de adjudicación).

Para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, los poderes adjudicadores pueden incluir –además del factor coste o precio, que es obligatorio-, la “mejor relación calidad-precio”, evaluable en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate (art. 67.2 DN).

Dice el Considerando 92 de la DN que *“los criterios cualitativos deben ir acompañados de un criterio relacionado con los costes, el cual, a elección del poder adjudicador, podría ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad como el coste del ciclo de vida”*.

Para fomentar una mayor orientación hacia la calidad en la contratación pública se admite que los Estados miembros puedan disponer que *“los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación, o limiten la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos”* (art. 67.2, in fine y Considerando 89 DN).

Los criterios cualitativos de adjudicación podrán incluir los siguientes factores (art. 67.2 DN):

a) La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.

b) La organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Tal puede ser el caso de los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura. En estos casos, el personal solo podrá ser reemplazado con el consentimiento del poder adjudicador que compruebe que el personal que lo reemplace ofrece un nivel equivalente de calidad (Considerando 94).

c) El servicio postventa, la asistencia técnica y las condiciones de entrega, tales como la fecha y el proceso de entrega, el plazo de entrega o ejecución, y el alcance de los servicios de atención al cliente y de repuestos.

La enumeración de estos factores no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa; en todo caso, los criterios de adjudicación empleados han de permitir efectuar una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal como aparece definido en las especificaciones técnicas (Considerando 92 DN).

Interesa destacar que, además de los mencionados criterios cualitativos, la adjudicación del contrato en función de la “mejor relación calidad-precio” permite evaluar las ofertas en función de criterios medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate (art. 67.2 DN). De esta manera, la contratación pública se utiliza para conseguir los objetivos perseguidos por la “Estrategia Europa 2020” en materia social y medioambiental (lo que se denomina utilización estratégica de la contratación pública).

La parte expositiva de la DN ofrece algunos ejemplos de los criterios de adjudicación basados en factores medioambientales y/o sociales (Considerandos 97 a 99).

Así, en función del servicio o producto de que se trate, puede evaluarse la rentabilidad de la oferta basándose en algunos de los siguientes factores:

- Criterios medioambientales:
 - Que se utilice papel reciclado o papel procedente de la actividad maderera sostenible.
 - Que en la fabricación de los productos adquiridos no se hayan utilizado productos químicos tóxicos.
 - Que los servicios adquiridos se presten utilizando máquinas eficientes desde el punto de vista energético.
 - Se pueden tener en cuenta también las condiciones de entrega, embalaje y eliminación de productos, o la minimización de los residuos.

- Criterios sociales:
 - Fomento de la integración social de personas desfavorecidas, o inclusión de miembros de grupos vulnerables entre las personas encargadas de la ejecución del contrato.
 - Suministro o utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato que vaya a adjudicarse. En particular, utilización de los productos procedentes del comercio justo, incluyendo el requisito de pagar un precio mínimo y una prima a los productores.
 - Aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar.
 - Respetar en lo fundamental los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

- Contratación de un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional.
- Contratación de desempleados de larga duración.
- Implantación de medidas destinadas a proteger la salud del personal que participa en el proceso de producción, o de medidas destinadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional.
- En las especificaciones técnicas pueden incluirse la accesibilidad para personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios.

Además de utilizarse como criterios de adjudicación, la norma europea admite que los anteriores factores medioambientales o sociales pueden operar como condiciones de ejecución del contrato que se adjudique (art. 70 DN), siempre que estén vinculados al objeto del contrato y se indiquen en la convocatoria de licitación o en los pliegos de la contratación. De modo diferente a como ocurre con los criterios de adjudicación, que constituyen la base para hacer una evaluación comparativa de la calidad de las ofertas, las condiciones de ejecución de un contrato constituyen requisitos objetivos fijos que no inciden en la evaluación de las ofertas (Considerando 104 DN).

Interesa destacar en este momento que la exigencia de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye como criterios de adjudicación (o, en su caso, condiciones de ejecución del contrato) todo lo relativo a la política general de responsabilidad corporativa de la empresa, aspecto que no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos.

En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa (Considerandos 97 y 104 DN), ya que es fundamental que los criterios de adjudicación -o las condiciones de ejecución de un contrato- estén directamente relacionados con las obras, suministros o servicios que hayan de facilitarse con arreglo al contrato de que se trate (Considerando 98 DN).

Finalmente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional, o por convenios colectivos que se apliquen de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto de dicha Directiva (Considerando 98).

Como conclusión cabe destacar la voluntad del legislador europeo de utilizar la contratación pública estratégicamente, para alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020, recordando que la contratación pública es crucial para impulsar la innovación que, a su vez, es de capital importancia para el crecimiento futuro de Europa.

IX. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Uno de los aspectos más innovadores de las Directivas 2014/24 y 25/UE, que representa una ruptura con la regulación europea clásica de la contratación pública, es la introducción de una disciplina sobre la ejecución de los contratos, que toca, en especial, los aspectos relativos a la subcontratación, y la modificación y resolución de los contratos.

Ya desde la propia denominación de las Directivas del año 2004 se deducía su voluntad de centrarse en la regulación de los aspectos relativos a la adjudicación de los contratos; así, la Directiva 2004/18/CE, aludía en su título a la “*coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos*”, de manera que su articulado se detenía en el trámite de adjudicación de los contratos, confiando la regulación de su ejecución a los Estados miembros.

A diferencia de este planteamiento, las nuevas Directivas abordan también aspectos relativos a la ejecución de los contratos, partiendo de la doctrina elaborada por el TJUE al respecto (no ocurre lo mismo, sin embargo, con la Directiva 2014/23/UE relativa a las concesiones, que se limita a regular su adjudicación).

La regulación, en el artículo 72 de la DN, de la modificación de los contratos permite la siguiente sistematización:

1.- Modificaciones de escaso valor (art. 72.2 de la DN): en cualquier momento se pueden introducir modificaciones en un contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado importe, sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación.

Con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la DN establece umbrales *de minimis*, por debajo de los cuales no es necesario un nuevo procedimiento de contratación. Así, se podrá modificar un contrato si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes (art. 72.2 DN):

- i) los umbrales indicados en el artículo 4 (sobre contratos sujetos a regulación armonizada), y
- ii) el 10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, o el 15% del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.

No obstante, la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

Por encima de los indicados umbrales, las modificaciones solo son posibles sin necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 72 de la DN (Considerando 107).

2.- Modificaciones previstas en los Pliegos (art. 72.1.a) DN): siempre que, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en cláusulas de redacción clara, precisa e inequívoca, entre las que pueden incluirse cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco.

Entre otros ejemplos, menciona el preámbulo de la Directiva que, al amparo de esta posibilidad, pueden preverse indexaciones de precios o garantizar que, por ejemplo, equipos de telecomunicaciones que deban entregarse durante un período determinado sigan siendo idóneos, incluso en caso de modificación de protocolos de comunicación u otros cambios tecnológicos. También debería resultar posible, con arreglo a cláusulas suficientemente claras, disponer las adaptaciones del contrato que sean necesarias a causa de dificultades técnicas que puedan surgir durante el funcionamiento o mantenimiento. Por último también procede recordar que los contratos pueden incluir, por ejemplo, tanto intervenciones de mantenimiento habitual como de mantenimiento extraordinario, que puedan resultar necesarias para asegurar la continuidad de un servicio público (Considerando 111 de la DN).

3.- Modificaciones no previstas en los Pliegos: solo se admiten si encajan en alguno de los siguientes supuestos:

3.1) Para obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original (art. 72.1.b) DN): a condición de que cambiar de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas (tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial) y, además, que dicho cambio genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

En particular, puede aplicarse esta causa de modificación cuando las entregas adicionales constituyan, bien una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligue al poder adjudicador a adquirir material, obras o servicios con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas (Considerando 108 DN).

No obstante, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial.

3.2) Por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles (art. 72.1.c) DN): siempre que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever, y que esa modificación no altere la naturaleza global del contrato, ni incremente el valor del contrato en más de un 50%.

El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible.

Sin embargo, este concepto no puede aplicarse si la modificación tiene como resultado una alteración de la naturaleza de la contratación global, por ejemplo, si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes, o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado (Considerando 109).

3.3) Por sustitución del contratista (art. 72.1.d) DN): cuando un nuevo contratista, que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, sustituya al designado en un principio como adjudicatario como consecuencia de una opción o cláusula de revisión inequívoca prevista en los Pliegos, de la sucesión total o parcial del contratista inicial a raíz de una reestructuración empresarial (en particular, por absorción, fusión o adquisición por otro operador económico), siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato. A estas circunstancias se asimila el caso de asunción por el poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal con los subcontratistas.

El licitador adjudicatario que ejecute el contrato ha de poder, en particular cuando el contrato haya sido adjudicado a más de una empresa, experimentar

ciertos cambios estructurales, como reorganizaciones puramente internas, absorciones, concentraciones y adquisiciones o insolvencia, durante la ejecución del contrato. Estos cambios estructurales no deben exigir automáticamente nuevos procedimientos de contratación para todos los contratos públicos ejecutados por dicho licitador (Considerando 110 DN).

3.4) Modificaciones no sustanciales (art. 72.1.e) DN): se admiten aquellas modificaciones que, con independencia de su valor, no sean sustanciales. Una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio.

De acuerdo con el artículo 72.4 de la DN, una modificación se considera sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

- a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;
- b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;
- c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;
- d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el art. 72.1.d) de la DN.

Será obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introduzcan en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida

la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial.

Finalmente, resta indicar una última novedad: los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato debido a la necesidad de introducir obras, servicios o suministros adicionales, o por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles deberán publicar un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 72.1 *in fine* DN).

X. RÉGIMEN SIMPLIFICADO DE ADJUDICACIÓN PARA SERVICIOS SOCIALES Y OTROS SERVICIOS ESPECÍFICOS

El término “*simplificación*” aparece repetidamente en la DN, en un sentido vinculado con una apuesta por la facilitación del acceso de los operadores económicos a la participación en los procedimientos de adjudicación.

Considera la DN que determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas -como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos-, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada.

En efecto, tales servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales; por lo tanto, la DN estima oportuno establecer un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios (Considerando 114).

Nos referimos ahora a los regímenes simplificados de adjudicación para los servicios sociales y otros servicios específicos, descritos en el Anexo XIV de la DN,

siempre que su valor estimado sea igual o superior a 750.000 euros (art. 74 en relación con el artículo 4.d) de la DN).

Se incluyen en esta categoría, entre otros, los servicios sociales y de salud y servicios conexos, los servicios administrativos sociales, educativos, sanitarios y culturales, los servicios comunitarios prestados por sindicatos y asociaciones, los servicios de hostelería y restauración, los servicios jurídicos no excluidos por el artículo 10.d) de la DN, los servicios de investigación y seguridad, los servicios de extinción de incendios, salvamento y servicios penitenciarios.

De lo expuesto hasta ahora se deduce una primera diferencia respecto de otros contratos de servicios, al fijarse el umbral de aplicación de la DN en la cifra de 750.000 euros, muy superior a la prevista para otros servicios; cabe recordar, en este sentido, que la DN se aplica a los servicios “generales” cuyo valor estimado sea igual o superior a 135.000 euros para poderes adjudicadores la Administración General del Estado, y a 209.000 euros para otras entidades públicas. Cuando los servicios sociales o especiales incluidos en la anterior relación tengan un valor estimado inferior a los 750.000 euros, quedarán fuera del ámbito de aplicación de la DN.

Al margen de esta importante distinción, se establece para estos contratos de servicios especiales un régimen simplificado de adjudicación que, en líneas generales, se traduce en una doble exigencia (arts. 75 y 76 DN).

Por un lado, la necesaria publicación de los anuncios de inicio del procedimiento, ya sean anuncios de licitación, o de información previa, y los de adjudicación del contrato, pudiendo agrupar estos últimos trimestralmente.

Por otro lado, el obligado respeto en estas licitaciones a los principios de transparencia e igualdad de trato de los operadores económicos.

Observadas las anteriores exigencias, los Estados miembros tienen libertad para determinar las normas de procedimiento aplicables. La DN justifica este régimen especial por la *“importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios”*, señalando, además, que los poderes adjudicadores podrán aplicar, para la elección de los proveedores de estos servicios, criterios de calidad específicos, como los

establecidos en el “Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales” publicado por el Comité de Protección Social (Considerando 114).

Para terminar, solo resta indicar que algunos de estos servicios sociales, culturales y de salud pueden reservarse a organizaciones que cumplan los requisitos indicados en el artículo 77 de la DN; esto es, organizaciones que persigan misiones de servicio público, cuyo capital pertenezca a su personal y cuyos beneficios se reinviertan en la propia organización. En tales casos, la duración máxima del contrato no excederá de tres años.

XI. CONCESIONES DE SERVICIOS: LA DIRECTIVA 2014/23/UE

Para concluir el presente trabajo, se analiza a continuación muy brevemente las características más relevantes de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativas a la adjudicación de contratos de concesión.

Se trata de una norma novedosa al abordar, por primera vez en el ámbito europeo, las concesiones de servicios. Hasta su aprobación, la adjudicación de concesiones de obras públicas se regía por las normas básicas de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, mientras que la adjudicación de las concesiones de servicios, siempre que tuvieran interés transfronterizo, quedaba sometida a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en particular los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Más allá de estos principios generales no había una regulación europea en materia de concesiones de servicios, que quedaban expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE.

La inseguridad jurídica generada con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales, así como las importantes disparidades apreciables en la legislación de los diferentes Estados miembros acerca de este tipo de contrato, han motivado la elaboración de la Directiva 2014/23/UE, que constituye un marco jurídico uniforme aplicable a todas las concesiones cuyo valor estimado sea igual o superior al umbral establecido en la misma (en el momento de escribir este artículo, 5.225.000 euros).

Como es sabido, la nota distintiva de los contratos de concesión de obras o de servicios reside en el otorgamiento al contratista del derecho a la explotación de una obra o de un servicio como contrapartida a su ejecución, a lo que puede añadirse el pago de un precio. Lo peculiar de estos contratos se halla, pues, en la retribución del contratista, que consiste en el derecho a la explotación de la obra o servicio, acompañado o no de un precio.

Ahora bien, en la Directiva 2014/23/UE resulta imprescindible, además, la transferencia al concesionario de un “riesgo operacional” en la explotación de dicha obra o servicio, elemento que se configura como auténtico eje vertebrador de las concesiones, y que abarca tanto el riesgo de demanda, como el de suministro, o ambos, con la consiguiente posibilidad de que no se recuperen las inversiones realizadas, ni se cubran los costes realizados para explotar la obra o el servicio adjudicado “en condiciones normales de funcionamiento” (art. 5.1.b).

En suma, es indispensable una exposición real del concesionario a las incertidumbres del mercado, aunque no se requiere la transferencia total del riesgo operacional, sino que una parte del mismo puede quedar en manos del poder adjudicador; así se desprende del artículo 5.1.b) *in fine* de la Directiva 2014/23/UE, cuando alude a “*la parte de los riesgos transferidos al concesionario...*”.

Por otra parte, es reseñable la menor densidad normativa que presenta la Directiva 2014/23/UE respecto de la regulación de los contratos administrativos clásicos, aspecto que se pone de manifiesto ya desde sus primeros preceptos, en los que destaca la libertad de las autoridades para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios (art. 2). De esta manera, la Directiva 2014/23/UE no impone una determinada forma de organizar o prestar los servicios, o de ejecutar las obras por parte de los Estados miembros, aunque sí establece normas particulares para el caso de que se opte por la gestión indirecta.

Otras manifestaciones de la menor imperatividad de esta Directiva pueden encontrarse en la libertad de los Estados miembros para definir los servicios de interés económico regional (art. 4), en el amplio abanico de exclusiones (arts. 10 a 17), o en el reconocimiento al poder adjudicador de la facultad de organizar el procedimiento conducente a la selección del concesionario, siempre que se respeten los principios generales de la contratación pública (art. 30). No se regula, por tanto, ningún

procedimiento de selección del contratista más allá de los preceptivos anuncios de información previa.

Hay que subrayar, igualmente, la ausencia de un plazo máximo de duración de las concesiones, limitándose a señalar, para aquellas que duren más de cinco años, que *“su duración máxima no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de la obra o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido...”* (art. 18).

Finalmente, es destacable la posibilidad de modificar la concesión durante su periodo de vigencia, con la única limitación de no tratarse de una modificación sustancial (art. 43).

ⁱ Los Proyectos de Ley en tramitación ante las Cortes Generales son dos los siguientes:

- Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014.