

EL SISTEMA DE RECURSOS CONTRACTUALES EN ESPAÑA A LA LUZ DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

oooooOoooo

1. El régimen de recursos contractuales en España.- Una especial característica de la contratación pública en los Estados miembros de la Unión Europea es su afectación por la necesidad de acomodarse a las disposiciones del Derecho de la Unión, de modo muy particular al contenido de las Directivas sobre la materia. En España, esta adaptación de la legislación nacional a las exigencias del derecho comunitario se ha traducido en un importante cambio filosófico en la parte de nuestro ordenamiento jurídico que regula la contratación pública, dando lugar a un lento caminar desde la idea del interés público como elemento fundamental y definitorio del sentido de las normas que la regulaban hasta el reconocimiento de la primacía de los principios derivados del Tratado sobre funcionamiento de la Unión Europea en la concepción de las mismas.

El primer considerando de la parte expositiva de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, expone de manera clara la razón de ser de este devenir, diciendo: *“La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia”*.

En consecuencia, podemos afirmar que la legislación de las Comunidades Europeas relacionada con los contratos públicos tiene su objetivo fundamental en lograr la coordinación de las normas que regulan los procedimientos de adjudicación de los contratos, con objeto de hacerlos conformes con los principios del Tratado sobre funcionamiento de la Unión Europea.

Pues bien, la garantía de la observancia de tales principios en la aplicación diaria de la legislación nacional de los Estados miembros de la Unión tiene, entre otros, un instrumento de primera magnitud en la figura del recurso al que pueden acudir todos aquellos que estén interesados en la adjudicación de un contrato público cuando estimen que su derecho ha sido conculcado por alguna de las decisiones adoptadas en el procedimiento. Consecuencia de esta

circunstancia es la necesidad sentida por el Derecho Español de crear de un procedimiento de recurso especial nacido para resolver determinadas impugnaciones planteadas en su ámbito.

A tal fin, es necesario recordar, en primer lugar, que la regulación tradicional en nuestro derecho venía reconociendo a los licitadores y en general a quienes fueran titulares de intereses legítimos o de derechos subjetivos que pudieran resultar afectados, la facultad de recurrir contra los actos de cualquier procedimiento, y por tanto también contra los del procedimiento de adjudicación de los contratos, incluidos los actos de trámite que reunieran determinados requisitos¹. Sin embargo, este sistema, en palabras de BERNAL BLAY, era claramente insuficiente: *“...la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque modificó la legislación nacional de conformidad con el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea, no incorporó el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE [Recursos]. Esta decisión se justifica - como se indica en su Exposición de motivos - "Porque la materia de recursos que constituye su objeto es ajena a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, y respecto a la primera (Directiva 89/665/CE), además, porque nuestro Ordenamiento Jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta ya a su contenido". Esto no podría estar más lejos de la verdad. Los controles administrativos y los procedimientos judiciales de revisión ofrecen a los contratistas ciertos mecanismos que eran formalmente aceptables para la defensa de sus intereses y derechos. Sin embargo, esta garantía formal no era real*”.²

La práctica, en efecto, ha puesto de manifiesto reiteradamente la ineficacia del sistema de recursos en relación con el pleno restablecimiento de la legalidad conculcada en el ámbito de la contratación pública, pues en los casos en que la resolución del recurso fuera estimatoria de las pretensiones del recurrente, por regla general, éste a lo sumo podía aspirar a la compensación por el lucro cesante derivado de la no aceptación de su oferta. La causa de esta situación reside en la falta de eficacia suspensiva de los recursos, combinada con el largo tiempo que transcurre, habitualmente, entre el inicio del procedimiento y su resolución. Ello da lugar a que en el momento de resolverse el recurso, el procedimiento de adjudicación ya ha sido concluido lo que de facto imposibilita su retroacción. En tales circunstancias, aunque el recurrente haya obtenido una resolución favorable, no es posible restablecer su derecho en toda su plenitud.

¹ El artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone en su apartado 1 que *“Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición”*.

En términos similares se pronuncia el artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

² M.A. Bernal Blay, “The Spanish Remedies System in Public Procurement”, Artículo publicado en *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, en Junio de 2013.

Recurso y nuevas Directivas

Este conjunto de circunstancias, sin duda, hacía perentoria la necesidad de adoptar procedimientos de recurso eficaces y rápidos que pusieran remedio a la insuficiencia de los establecidos en la legislación nacional. Sin embargo, con independencia de esta particularidad de nuestro derecho interno (similar en esto al de otros muchos Estado miembros), el mantenimiento del sistema ha venido abonado por el hecho de que las directivas sobre recursos en el ámbito de la contratación pública, tanto la 89/665/CEE, de 21 de diciembre, como la 92/13/CEE, de 25 de febrero, tenían establecido un sistema que, aunque hacía repetidas alusiones a la necesaria eficacia del procedimiento, sin embargo no contradecía en lo esencial al español. En efecto, puesto que las Directivas mencionadas, en su redacción inicial, permitían expresamente que la interposición del recurso no suspendiera la ejecución del acto impugnado, la concordancia con nuestro sistema era prácticamente total. No debe, por ello, sorprender que la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en su Exposición de Motivos, hiciera las manifestaciones a que ya hemos tenido ocasión de referirnos. Es cierto que las citadas Directivas exigían la existencia de un órgano independiente que resolviera los recursos, pero tal exigencia, en nuestro Derecho, se cumplía sobradamente con la competencia a la Jurisdicción contencioso administrativa para resolver los recursos en materia de contratación.

Sin embargo, esta situación pronto va a cambiar, haciendo dejando que nuestro sistema resulte inadecuado a las nuevas exigencias que se van a establecer. En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de forma reiterada había venido manifestando que los Estados miembros debían garantizar la posibilidad de disponer de medios de recurso eficaces, con lo que va sentar las bases para lo que posteriormente recogerá la Directiva 2007/66/CE del Parlamento y el Consejo Europeos, de 11 de diciembre, por la que se introducen trascendentales reformas en las dos directivas de recursos antes mencionadas. El objetivo de estas reformas no es otro que dotar a los empresarios que participen en una licitación, de medios de recurso, eficaces y rápidos contra decisiones adoptadas por poderes adjudicadores.

Tal como indica la parte expositiva de la esta Directiva, existen una serie de puntos débiles en los mecanismos de recurso existentes en los Estados miembros que, por sus características, no siempre permiten velar por el cumplimiento de la legislación comunitaria, en particular en una etapa en la que aún puedan corregirse las infracciones, es decir antes de que el contrato comience a ejecutarse.

De esta forma, insiste el legislador comunitario, es necesario reforzar las garantías de transparencia y no discriminación que se establecieron mediante la Directiva 89/665/CEE para asegurar el pleno cumplimiento de los principios de no discriminación, igualdad y transparencia que sirven de fundamento a la Directiva 2004/18/CE.

Sin embargo, y a pesar de que la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, fue elaborada en buena parte de forma simultánea a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de Diciembre, de que el legislador español incluyó en la nueva ley por primera vez un sistema de recurso especial en materia de contratación (art. 37 de la Ley citada), éste sólo parcialmente tuvo en cuenta el contenido de aquélla pues, entre otras cosas, obvió la atribución de la competencia para resolverlo a un órgano independiente. El resultado de ello fue que recién promulgada la nueva Ley, y sin que aún hubiera transcurrido el plazo de “*vacatio legis*” previsto en ella, fuera necesario modificarla para adaptarla a una Directiva distante de ella en el tiempo menos de dos meses. Tal reforma se llevó a cabo por la Ley 34/2010, de 4 de agosto, cuyo contenido, modificando la numeración de sus artículos, se incorporó íntegramente al Texto Refundido de la Ley, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Este nuevo recurso especial en materia de contratación incorporó en su totalidad las exigencias de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE en su nueva redacción. Expuestas resumidamente, tales exigencias se traducen en la necesidad de establecer un periodo de espera entre la adjudicación y la perfección del contrato que permita la interposición del recurso, el efecto suspensivo de ésta última, en el caso de que se dirija contra el acto de adjudicación y finalmente la posibilidad de declarar la nulidad de los contratos cuya perfección se hubiera producido sin respetar los requisitos mencionados o el de publicidad exigido por las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE. A ello se añadió, la creación de un órgano independiente, de naturaleza administrativa, al que se encomendaba la resolución de los recursos a fin de dotar a ésta de las necesarias celeridad y eficacia.

Por otra parte, interesa, ahora, destacar que los artículos 1 de cada una de Directivas de recursos establecían la directa correlación entre el contenido de la correspondiente Directiva reguladora de los procedimientos de adjudicación y el ámbito de aplicación del recurso, lo que comportaba que éste se redujera a los actos del procedimiento de adjudicación de los contratos regulados por dichas normas³. Cabe por ello preguntarse, ahora, si la aprobación del paquete de nuevas Directivas regulando los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y de sectores especiales, ha supuesto modificación esencial de las correspondientes Directivas de recursos o no y si, por tanto, debe dar lugar a una nueva regulación del recurso en nuestro derecho positivo.

2. Las nuevas Directivas sobre contratación pública.- El paquete de Directivas sobre contratación pública aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo contiene, con independencia de las importantes modificaciones que introduce en la regulación contenida en

³ El artículo 1 de la Directiva 1989/665/CEE, tras la modificación introducida en 2007, dice: “1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios...”. En similares términos el artículo 1.1 de la Directiva 1992/13/CEE.

las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, una novedad de gran importancia: la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre concesiones. La existencia de una Directiva de concesiones por sí sola sería ya una novedad, si bien su gran trascendencia no deriva sólo de este hecho (la 2004/18/CE ya incluía una regulación de las concesiones de obras públicas) sino porque contiene una regulación de las concesiones de servicios.

Sin embargo, para tener un panorama más amplio sobre la materia, antes de entrar en el análisis del contenido de este nuevo conjunto de Directivas, conviene que hagamos un breve resumen de su génesis.

Es de resaltar que el Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública constituye un cuerpo jurídico muy desarrollado cuya finalidad básica es lograr la unificación (con algunas limitaciones) del derecho de los veintiocho Estados miembros. Se compone de un conjunto de normas de derecho originario integrado básicamente por los principios derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, del derecho derivado consistente en las Directivas de contratación pública y, por último, de manera trascendental por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que es punta de lanza en la apertura del camino al derecho derivado.

La entrada de estas normas en nuestra legislación supuso un cambio consistente en la evolución de un derecho contractual dominado por la idea de la prevalencia del interés público a un derecho de contratos públicos fundado en la idea del respeto a los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la medida en que éstos pretenden el establecimiento de un mercado único, y que en lo que aquí nos interesa se concretan en la libertad de acceso a la contratación o libre concurrencia, igualdad entre los licitadores, no discriminación, proporcionalidad, reconocimiento mutuo y transparencia a que ya hicimos referencia al comienzo.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha puesto de manifiesto con claridad meridiana este cambio de enfoque en su resolución 121/2012, de 23 de mayo, en la que literalmente dice: *“Como ya se ha expuesto en anteriores resoluciones de este Tribunal, el interés general o interés público ha sido durante décadas el principal elemento conformador de los principios que inspiraban la legislación de la contratación pública española. Sin embargo, la influencia del derecho de la Unión Europea ha producido un cambio radical en esta circunstancia, pasando a situar como centro en torno al cual gravitan los principios que inspiran dicha legislación, los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia”*.

Las Directivas vigentes hasta hora son la 2004/17/CE, sobre procedimientos de contratación de los denominados sectores especiales, la 2004/18/CE, directiva de contratación pública, 89/665/CEE y 92/13/CEE sobre recursos y finalmente, la 2009/81/CE sobre contratos en los ámbitos de la Seguridad y la Defensa.

Recurso y nuevas Directivas

De ellas, la primera es la que contiene las normas de más envergadura en lo que se refiere a la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos. Su vigencia ha estado marcada por un notable fracaso en la consecución de sus objetivos. Puede decirse sin temor a exagerar, que han quedado claramente incumplidos tanto los que apuntaban a la simplificación de la normativa como al logro de la implantación de los procedimientos electrónicos de contratación.

La Comisión Europea en su comunicación “Acta de Mercado único: doce prioridades para estimular el crecimiento y la confianza” (año 2011) ya sentó como principio la necesidad de proceder a la revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos. Para ello fijaba tres objetivos:

- a) apoyo a una demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos del medio ambiente, socialmente responsables e innovadores.
- b) ofrecer a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles
- c) garantizar un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las pequeñas y medianas empresas (en lo sucesivo PYME’s).

Por su parte, el Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea señaló como objetivos a conseguir, los siguientes:

- a) mejora de las herramientas de que disponen los poderes adjudicadores (modernización de los procedimientos de adjudicación)
- b) mercado europeo de la contratación pública más accesible (facilitar el acceso a la contratación pública de las PYME’s)
- c) utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos. La contratación pública como instrumento de las políticas comunitarias: Objetivos de la Estrategia 2020:
 - creación de empleo,
 - innovación y
 - conservación del medio ambiente.
- d) asegurar la integridad de los procedimientos:
 - conflictos de intereses,
 - favoritismo y
 - corrupción
- e) acceso de los proveedores de terceros países al mercado de la Unión Europea (Acuerdo sobre Contratación Pública y reciprocidad)

Recurso y nuevas Directivas

Fruto de todas estas ideas nacen las propuestas de Directiva formuladas por la Comisión Europea, aprobadas, tras extenso debate, en 26 de febrero de 2014, con las denominaciones siguientes:

- Directiva 2014/23/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión
- 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
- 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

A) La Directiva de contratación pública.

La Directiva 2014/24/UE fija como su propósito principal el logro de los tres objetivos marcados por la Estrategia 2020 de la Comisión Europea que ya hemos señalado: Desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; promoción de una economía con pocas emisiones de carbono, que haga un uso más eficaz de los recursos y que sea competitiva; y fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial. A ello deben añadirse dos objetivos complementarios, incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.

A tal fin se establecen una serie de objetivos intermedios con los que se pretende lograr los anteriores y cuyos instrumentos se concretan en los términos que vamos a exponer.

a) El primero de los objetivos a considerar se refiere a la mejora de la eficiencia de los procedimientos lo que se pretende mediante su simplificación y flexibilización a cuyo fin, junto con otras medidas de menor relevancia, se establece un sistema de caja de herramientas relativo a los procedimientos de adjudicación.

Los poderes adjudicadores podrán elegir para adjudicar los contratos entre dos tipos básicos de procedimiento: abierto y restringido. Pero, además, en determinadas condiciones podrán utilizar el procedimiento de licitación con negociación, el diálogo competitivo o la asociación para la innovación.

Dentro de este mismo grupo de medidas se acuerda un régimen de contratación menos oneroso para los denominados poderes adjudicadores subcentrales (básicamente todos los que no se integran en la Administración General del Estado), para los cuales se establece un

Recurso y nuevas Directivas

régimen de contratación simplificado permitiéndoles utilizar el anuncio de información previa como convocatoria de las licitaciones o establecer ciertos plazos con mayor flexibilidad.

Asimismo, se trata de mejorar la eficiencia de los procedimientos estableciendo la obligatoriedad de la utilización de medios electrónicos para la transmisión de los anuncios y puesta a disposición de la documentación contractual. Especial importancia tiene, a este respecto, la obligatoriedad, en el plazo de treinta meses, de admitir la presentación de ofertas y solicitudes por vía electrónica. Igualmente se introducen modificaciones para mejorar el sistema dinámico de adquisición (procedimiento íntegramente electrónico) y se regulan los catálogos electrónicos.

Por último, mencionaremos la incorporación de normas referentes a la modificación de los contratos lo que significa la intrusión del derecho de la Unión Europea en la fase de ejecución del contrato, hasta ahora básicamente excluida de ésta.

b) Plenamente inmersa en la filosofía de la denominada Estrategia 2020, la Directiva pretende lograr, asimismo, la utilización estratégica de la contratación como respuesta a nuevos desafíos derivados de las denominadas políticas comunitarias.

Para este fin se articulan medidas tales como la inclusión de un concepto nuevo para valorar el precio de las obras, de los bienes o de los servicios, como es el coste del ciclo de vida. Ello supone la inclusión de los costes producidos desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento o la finalización. Entre estos costes, no sólo se incluyen los monetarios, sino también los medioambientales (por ejemplo la denominada huella de carbono) en la medida en que puedan cuantificarse.

Otros instrumentos destinados a lograr el mencionado objetivo se refieren a los factores vinculados al proceso de producción del objeto de los contratos que podrán mencionarse en las especificaciones técnicas e incluso utilizarse como criterios de adjudicación, aunque siempre que exista una estrecha vinculación de los mismos al objeto del contrato, por lo que no podrán incluirse entre ellos los requisitos generales de la responsabilidad social corporativa.

De igual modo se permite exigir que las prestaciones contractuales lleven etiquetas medioambientales, sociales o de cualquier otro tipo, y se prevé la prohibición de contratar para quienes incurran en infracciones de la legislación social, laboral o medioambiental.

Los servicios sociales son objeto de un régimen contractual específico elevando el umbral de sujeción a la Directiva (750.000,- €) y limitando las exigencias en cuanto a los procedimientos de adjudicación, al respeto de los principios de transparencia e igualdad de trato.

c) Mejora del acceso al mercado de las PYME's. Esta es una eterna deuda pendiente de la legislación de contratos públicos. La Comisión Europea, en la propuesta de Directiva sobre contratación, pretende satisfacerla mediante la adopción de una serie de medidas que se

Recurso y nuevas Directivas

encuentran recogidas en el documento elaborado por ella bajo el nombre de “Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a la contratación pública”.

Fundamentalmente se traducen en la obligatoriedad de dividir el objeto del contrato en lotes siempre que sea posible, debiendo justificar la necesidad de no hacerlo, reduciendo los requisitos de carácter financiero exigidos para la participación (p.ej. el volumen de negocio exigido no puede superar el doble del estimado del contrato), o las condiciones para la creación de Uniones Temporales de Empresas.

d) Se adoptan, igualmente, algunas medidas que tienen por objeto reforzar la integridad de los procedimientos entre las cuales podemos destacar la exclusión de la adopción de decisiones de las personas incurso (o que puedan estarlo) en situaciones de conflicto de intereses, se permite excluir de los procedimientos a los licitadores que hayan tenido una conducta ilícita y se adoptan medidas para evitar que las consultas previas al mercado (que se permiten expresamente) puedan redundar en ventajas desleales para los partícipes en ellas.

e) La propuesta, finalmente, contiene alguna medida sobre Gobernanza, estableciendo la creación de órganos supervisores internos en los Estados miembros o Centros de conocimiento con objeto de prestar apoyo técnico y profesional tanto a los poderes adjudicadores como a las empresas, de modo especial a las PYME's.

B) La Directiva de concesiones.

La principal novedad que ofrece este nuevo paquete de Directivas sobre contratación pública se encuentra en la introducción de una Directiva de Concesiones.

La hasta ahora vigente Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, ya contiene normas sobre un determinado tipo de concesiones, las de obras públicas. Sin embargo, la concesión de servicios públicos carece de toda regulación a nivel europeo si exceptuamos, la parca definición que de ellas hace esta Directiva en su artículo 1, apartado 4, y la doctrina del Tribunal de Justicia cuya finalidad primordial ha sido fijar el criterio de distinción entre las concesiones de servicios y el contrato de servicios propiamente dicho.

En su Comunicación «Acta del Mercado Único - Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza», de 13 de abril de 2011, que ya hemos mencionado, la Comisión anunció la intención de adoptar una iniciativa legislativa sobre concesiones.

Al respecto, es conveniente recordar que, en la actualidad, si bien la adjudicación de concesiones de obras está sujeta a un cierto número de disposiciones de Derecho derivado, las concesiones de servicios están reguladas únicamente por los principios generales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). A juicio de la Comisión Europea, esta laguna ocasiona falseamientos graves del mercado interior, pues limita el acceso a este mercado de

Recurso y nuevas Directivas

las empresas europeas, en especial de las pequeñas y medianas empresas, y genera una notable falta de seguridad jurídica.

Para poner remedio a ambos problemas, entiende la Comisión Europea que debe aprobarse una nueva Directiva que contenga normas sobre la adjudicación de las concesiones.

Como principio general, la Comisión pone de manifiesto que *“la legislación de la Unión Europea no restringe la libertad de los poderes y entidades adjudicadores a la hora de desempeñar los cometidos de interés público que son de su competencia merced a sus propios recursos, pero si deciden recurrir a una entidad externa para desempeñar tales cometidos, es necesario dar a todos los operadores económicos de la Unión Europea acceso efectivo al mercado”*.

Siguiendo el mismo método de análisis que hemos utilizado para el examen del contenido de la propuesta de Directiva de contratación pública, estudiaremos cuáles son los fines que trata de lograr la de concesiones, si bien por razón de su novedad, pondremos el énfasis en las cuestiones que atañen a las de servicios porque son las que constituyen la auténtica novedad de este paquete legislativo.

a) En primer lugar se pretende un incremento significativo de la seguridad jurídica para lo cual se comienza elaborando una nueva definición en la que se pretende integrar como elemento definitorio primordial el elemento del riesgo operacional, aclarando qué tipos de riesgo se consideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo.

Igualmente se proporcionan referencias respecto a la duración máxima de las concesiones que se vinculan con el período necesario para la amortización de las inversiones.

b) La segunda finalidad de la Directiva es facilitar el acceso al mercado de concesiones. Para ello, en primer lugar se prevé la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea de los actos de convocatoria de licitaciones y de adjudicación, siempre que el valor de la concesión supere los cinco millones ciento ochenta y seis mil euros, umbral que resulta aplicable tanto a las concesiones de obras como a las de servicios.

Igualmente, se regulan los plazos de presentación de ofertas (30 días), los criterios de selección cualitativa de los licitadores aunque se hace en términos menos rigurosos que para los contratos de obras, suministro y servicios y, finalmente, los criterios de adjudicación para los que se exige que estén vinculados al objeto de la concesión, se atengan a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y garanticen que los licitadores sean evaluados en condiciones de competencia real, de forma que puedan determinarse las ventajas globales que ofrecen sus proposiciones.

Sin embargo, y a diferencia de lo establecido en las directivas sobre contratación, la de concesiones no contiene un conjunto de procedimientos a los que necesariamente deban

acudir los poderes adjudicadores. Por el contrario se deja libertad para elegir *“unos procedimientos de adjudicación de concesiones más flexibles que, por ejemplo, reflejen las tradiciones jurídicas nacionales y permitan que el proceso de adjudicación se organice de la forma más eficiente posible”*. En todo caso se procura que siempre deban respetarse en la adjudicación y en las negociaciones que se lleven a efecto para ello, la equidad y transparencia del proceso.

3. Las nuevas Directivas y el recurso.

El recurso especial en materia de contratación, ya hemos visto que nace en nuestro Derecho a la luz de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica las dos Directivas de recursos ya existentes: la 89/665/CEE y la 92/13/CEE reguladoras de los recursos en el respectivo ámbito de la contratación pública *“stricto sensu”* y de los denominados sectores especiales.

Lo primero que se aprecia sin necesidad de esforzarse en el razonamiento es que el nuevo paquete de directivas sobre contratación, tal como hemos anticipado, comprende además de las 2014/24/UE y la 2014/25/UE que se corresponden con las citadas, la directiva 2014/23/UE, sobre concesiones que, si bien en parte contiene normas sobre una materia ya regulada con anterioridad como son las concesiones de obras, abarca también la regulación de la concesión de servicios que es materia regulada por primera vez por el derecho de la Unión Europea.

Esta circunstancia nos debe llevar a plantearnos la duda de si los procedimientos de recurso a que se refieren las dos Directivas de recursos antes mencionadas son de aplicación también a las concesiones de servicios, por supuesto en función de cuál sea el ámbito en que se adjudiquen. Nos referimos, claro está, a las concesiones de servicios, porque las de obras al estar reguladas en la Directiva 2004/18/CE ya estaban acogidas a la regulación de la Directiva 89/665/CEE.

La duda queda resuelta por los artículos 46 y 47 que modifican las dos directivas de recursos en los términos precisos para adaptarlas al nuevo conjunto sobre contratación. Analizaremos, a continuación el contenido de estos dos artículos.

Previamente conviene hacer una referencia al texto de las dos directivas de contratación nuevas, pues sus artículos 91 y 107 disponen que *“Las referencias a la Directiva derogada se entenderán hechas a la presente Directiva con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo...”*. De conformidad con estos dos artículos cabría entender que la referencia contenida en el artículo primero de la Directiva 89/665/CEE, a los contratos regulados en la 2004/18/CE habría de entenderse referida a los regulados en la de nueva aprobación. E igualmente cabría decir con respecto a la Directiva de sectores especiales y su correspondiente

Recurso y nuevas Directivas

norma reguladora del recurso. Sin embargo, ello nos llevaría a entender que al no regularse las concesiones en ninguna de estas dos Directivas, éstas quedarían fuera del ámbito de aplicación del recurso.

Esta conclusión, sin embargo, como ya anticipamos viene desvirtuada en la realidad pues la Directiva de concesiones, en los artículos 46 y 47 antes mencionados ha establecido una regulación exhaustiva de las modificaciones que es necesario introducir en las de recursos para adaptarlas a la nueva situación legislativa.

Puesto que ambas Directivas de recursos son esencialmente idénticas, sin más diferencias en la práctica que las referidas a la denominación de los órganos adjudicadores de los contratos, nos referiremos en aras de la brevedad exclusivamente a las normas que regulan la contratación públicas “*stricto sensu*”, teniendo en cuenta que lo que digamos respecto de ellas es predicable de los sectores especiales.

Así el artículo 46 de la Directiva de concesiones establece que *“En el artículo 1, el apartado 1 [de la Directiva 89/665/CEE] se sustituye por el texto siguiente: «1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 y 37 de dicha Directiva. La presente Directiva se aplica también a las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores mencionados en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, salvo que dichas concesiones se excluyan en virtud de los artículos 10, 11, 12, 17 y 25 de dicha Directiva”.*

Queda aclarado, así pues, que el nuevo ámbito de aplicación de las Directivas de recursos se refiere a las figuras contractuales reguladas tanto en la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, como en la Directiva 2014/23/UE sobre concesiones.

Corresponde ahora aclarar en qué se traducen estas modificaciones en su aplicación al derecho español, y más concretamente al Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público. Veamos cuál es la situación actual de nuestro derecho.

En la actualidad el artículo 40 del Texto Refundido mencionado establece que *“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo

valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros y

c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años”.

Es decir que en la actualidad el recurso especial en materia de contratación⁴ ya contempla la posibilidad de recurrir en esta vía contra los actos del procedimiento de adjudicación de las concesiones de obras, como no podía ser de otra forma puesto que en la normativa anterior se regulaban, según hemos tenido ocasión de exponer, en la Directiva 2004/18/CE.

Sin embargo, podemos observar que también son susceptibles de este recurso los contratos de gestión de servicios públicos, entre los cuales se incluye, de conformidad con el artículo 277 del Texto Refundido, la figura de la concesión de servicios públicos.⁵ En consecuencia nuestro legislador, aunque a ello no le obligaba la legislación comunitaria vigente en aquél momento decidió extender el ámbito del recurso especial también a la figura de la concesión de servicios.

Con ello, en principio, podría parecer que el ámbito de aplicación del recurso prácticamente no ha de sufrir variación respecto de la situación actual una vez que se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico el contenido de las nuevas directivas. Sin embargo, tal apreciación no es correcta.

En nuestra Ley, la aplicación del recurso especial también al ámbito de las concesiones de servicios, como una de las modalidades de prestación del contrato de gestión de servicios públicos, no se hace en términos idénticos a la de los restantes contratos públicos. En efecto, mientras para los regulados en la Directiva 2004/18/CE se dispone la sujeción al recurso con el simple requisito de que su valor estimado supere el umbral establecido en la Directiva para cada uno de ellos, en los contratos de gestión de servicios públicos y, por tanto, en la concesión de servicios, se exige el cumplimiento de un doble requisito: gastos de primer establecimiento del servicio superiores a 500.000,- euros y plazo de duración superior a cinco años. Ambos requisitos, del mismo modo que la propia concesión de servicios, son completamente ajenos al derecho de la Unión Europea vigente en el momento actual.

Antes de analizar cómo ha de quedar regulada esta materia una vez se incorpore a nuestra

⁴ El recurso especial en materia de contratación es el que reúne los requisitos de las Directivas de recursos a que nos venimos refiriendo.

⁵ El artículo 277 TRLCSP dispone: “La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

- a) *Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.*
- b) *Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.*
- c) *Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.*
- d) *Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.*

legislación el contenido de la directiva de concesiones, es interesante hacer un breve recorrido sobre los problemas que plantea esta doble exigencia y la forma en que ha sido tratada por las distintas resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales.

La primera cuestión, sin duda, es la referente a la interpretación que debe darse al primero de los requisitos exigidos, es decir el relativo a los gastos de primer establecimiento de los servicios. El texto legal se refiere literalmente a “*presupuesto de gastos de primer establecimiento*”, lo cual ha conducido a que por los órganos de contratación, en ocasiones, se considere que sólo se refiere a los gastos originados en el momento en que el servicio comienza a funcionar por primera vez, quedando, por tanto, excluidos los que sea necesario efectuar en todos aquellos casos en que la adjudicación lo sea de un contrato que se limite a continuar con la gestión de un servicio que ya se viniera prestando en régimen de gestión indirecta. En tales circunstancias sólo sería posible acudir al recurso en las adjudicaciones que comportaran implantación “*ex novo*” del sistema de gestión indirecta, pero no en las adjudicaciones que se produjeran una vez concluido el primer plazo de duración del contrato.

Tal tesis no ha sido aceptada por los Tribunales de recursos contractuales. Al respecto cabe referirse, en primer lugar al análisis que de la cuestión hace el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, en el que señala: “*El TRLCSP utiliza el concepto presupuesto de gastos de primer establecimiento en tres ocasiones. En el artículo 40.1.c) para establecer un límite a partir del cual pueden ser objeto de recurso especial los contratos de gestión de servicios públicos; en el artículo 154, a efectos de señalar la obligatoria publicidad de su formalización cuando igualen o superen los 100 000 euros; y, por último, en el artículo 172 b) como techo o límite máximo para poder utilizar el procedimiento negociado, por razón de la cuantía, para su adjudicación.*

No existe, sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública ninguna referencia específica a la regulación de qué debe entenderse por presupuesto de gastos de primer establecimiento. Esta ausencia o carencia normativa, motiva la necesidad de realizar una labor interpretativa para averiguar la voluntad de legislador al hacer depender, de la cuantificación de dicho presupuesto, notables consecuencias jurídicas”.

A su juicio “*cuando la ley establece los importes requeridos a los contratos para ser objeto de recurso especial, se advierte que no es intención del legislador generalizar el recurso especial, sino reservarlo para aquellos contratos que tienen cierta importancia económica y, para ello, con carácter general, se remite, directa o indirectamente, a su valor estimado, es decir, al importe total susceptible de ser satisfecho por la Administración al contratista... Esta especialidad del contrato de gestión de servicios públicos, responde a las peculiaridades del propio contrato. En primer lugar porque en el contrato de gestión de servicios públicos la prestación la recibe el usuario, o los usuarios —casi nunca la Administración—, a lo largo de un*

tiempo normalmente muy dilatado. En segundo lugar, porque la estimación del coste de la prestación del servicio público, se realiza en términos financieros relacionando un conjunto de datos reales (inversiones a realizar de manera inmediata, canon concesional, plazo...etc.) junto con diferentes hipótesis razonables, algunas realizadas a muy largo plazo, relativas a inversiones futuras, ingresos y gastos previsibles, modificación de las tarifas, inflación estimada, intereses financieros... etc. Y precisamente por ello, el legislador ha buscado una mayor concreción y ha utilizado el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, habitual en la normativa local de servicios públicos”.

Este concepto, siempre según la resolución comentada, difiere sustancialmente del acuñado por la legislación contable ya derogada, no siendo adecuado acudir a ella para definirlo, sino a la legislación local y, en particular al Reglamento de bienes y servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 en donde para referirse a la retribución del contratista se menciona el coste del establecimiento del servicio, lo que debe ser entendido en el sentido de incluir en él todos los gastos que son necesarios para poner en funcionamiento el servicio público y que deben diferenciarse de los gastos de explotación.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 43/2013, de 23 de enero, pone de manifiesto que *“el TRLCSP, por mucho que no incorpore una definición de "gastos de primer establecimiento", hace uso en varios preceptos, además del artículo 40.1.c), de tal expresión, preceptos, cuya propia dicción, por constituir el "contexto" a que alude el artículo 3 del Código Civil, no pueden ser ignorados para su debida inteligencia.*

En este sentido, debe destacarse, primeramente que el propio artículo 40.1.c), en rigor, no se refiere, simplemente, a los "gastos de primer establecimiento", sino, con mayor precisión, al "presupuesto de gastos de primer establecimiento", extremo que dista de ser baladí, pues debe recordarse que, en la tercera acepción que el Diccionario de la Real Academia Española da del término "presupuesto" (siendo las restantes extravagantes en este contexto) lo define como "cómputo anticipado del coste de una obra o de los gastos y rentas de una corporación", haciendo así explícito que lo propio del presupuesto es referirse a gastos que pretenden o deben acometerse, pero que aún no han sido contraídos.

En este mismo sentido, ha de recordarse que el TRLCSP alude, como ya se ha dicho, a los gastos de primer establecimiento de los contratos de gestión de servicios públicos en otras dos ocasiones.

En la primera de ellas, a saber, en el artículo 154, lo es para exigir la obligatoria publicación en el Boletín Oficial del Estado o en los respectivos Diarios o Boletines Oficiales de las Comunidades Autónomas o de las Provincias, de la formalización de los contratos de gestión de servicios públicos, "cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior" a 100.000 euros. No puede dejar de notarse que, al emplear el término "presupuesto"

por referencia a contratos ya formalizados, forzosamente se está haciendo alusión a gastos que, por mucho que sean necesarios para la puesta en marcha del servicio, aún han de acometerse y cuya cuantía es por ello meramente estimada.

La segunda de ellas, a saber, el artículo 172.b), corrobora definitivamente esa inferencia. En efecto, en el citado precepto, al definir los supuestos en los que es dable acudir al procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos, incluye entre ellos el de los contratos de "gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años". Como puede comprobarse, en el citado artículo (cuyos umbrales numéricos son los mismos que los del artículo 40.1.c), si bien empleados en sentido inverso) se alude a que el presupuesto "se prevea", abundando así en la idea de que aquel se contrae a gastos futuros, aún no asumidos".

La conclusión que de ello se extrae en la resolución comentada es que por gastos de primer establecimiento debe entenderse aquellos que el adjudicatario del contrato deba realizar necesariamente para comenzar la ejecución del contrato, sin tener en consideración si tales gastos se refieren a los de puesta en marcha del servicio por primera vez o a los necesarios para continuar en la gestión del mismo mediante la adjudicación de un nuevo contrato.

Igualmente ha sido objeto de discusión la interpretación adecuada para aplicar el segundo de los requisitos que la Ley establece a fin de que un contrato de gestión de servicios públicos pueda ser considerado como susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Ya nos hemos referido a él al indicar que la Ley exige que el plazo de duración sea superior a cinco años. A este respecto la doctrina de los Tribunales ha mantenido ciertas discrepancias, si bien el criterio dominante es el mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución que acabamos de mencionar. En ella dice que *"si bien es cierto que el artículo 278 TRLCSP señala que ha de fijarse "necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto", separando, de esta forma, los términos "duración" y "prórrogas" como si de conceptos diferenciados se tratase, no lo es menos que ese mismo precepto aparece encabezado por el título común "duración", lo que impide otorgar a aquélla circunstancia la significación trascendente que se pretende por el órgano de contratación.*

Sentado lo anterior, no puede pasarse por alto que el artículo 40.1 TRLCSP, al definir los distintos contratos que son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, hace girar, en las restantes categorías contractuales, dicha eventualidad sobre el valor estimado, y ello ya lo sea directamente (como lo hace en el apartado b), ya indirectamente (como lo hace al referirse, en el apartado a), a los contratos sujetos a regulación armonizada, concepto éste que, como es patente, viene también determinado, como resulta de los artículos 14, 15 y 16

TRLCSP, por su respectivo valor estimado).

Partiendo de este hecho, no puede obviarse que el artículo 88 TRLCSP, al tratar del cálculo del valor estimado de los contratos, establece claramente que, a tal fin, deberán tenerse en cuenta “las eventuales prórrogas del contrato”.

Parece, por ello necesario concluir, desde el punto de vista de la homogeneidad de criterio y lógica interna del precepto, que al examinar la duración de los contratos de gestión de servicios públicos a los efectos del apartado c) del mismo precepto, se tenga también en cuenta no únicamente el plazo de duración inicialmente previsto, sino también sus eventuales prórrogas.

A mayor abundamiento, no puede dejar de señalarse que, de no entenderse así, se estaría dejando, en último extremo, al albur del órgano de contratación el eventual acceso en estos contratos al recurso especial en materia de contratación cualquiera que llegase a ser, finalmente, su duración. Y es que, en la medida en que el artículo 278 TRLCSP no establece (al margen del límite absoluto a la duración total del contrato) límite relativo alguno a las prórrogas en función del plazo de duración inicial del contrato (por contraste con lo que resulta, para el contrato de servicios, del artículo 303 del mismo texto legal, en el que claramente se indica que las prórrogas no podrán superar “aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente”) bastaría con que aquéllos fijasen como plazo inicial de ejecución de los contratos de gestión de servicios públicos, en todo caso, uno inferior a los cinco años expresados en el artículo 40.1.c) para que quedase con ello vetado el acceso al recurso especial en materia de contratación y ello con independencia de que la duración total del contrato pudiera luego alcanzar los muy extensos plazos (de hasta cincuenta años, según los casos) previstos en el artículo 278 TRLCSP.

*Es evidente, a nuestro entender, que dicho resultado sería manifiestamente contrario al espíritu y finalidad de la norma (que no es, a todas luces, otro que el de reservar y, a la par, posibilitar, el acceso al recurso especial en materia de contratación a los contratos de gestión de servicios públicos que se juzgan de mayor importancia), criterio prevalente de interpretación de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil”.*⁶

Conocidas las dos cuestiones anteriores, lo cierto es que en relación con el tratamiento que en la futura Ley de Contratos del Sector Público⁷ deberá aplicarse a los supuestos en que los contratos de concesión son susceptibles de recurso especial en materia de contratación ninguno de los criterios expuestos será de aplicación.

⁶ La propia resolución menciona la discrepancia de criterio entre los diferentes Tribunales refiriéndose al criterio del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón partidario de circunscribir el requisito al plazo inicial del contrato y al mantenido por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, partidarios del criterio seguido en último término por el Tribunal Central.

⁷ Ésta parece que será la denominación mantenida por la futura Ley.

Recurso y nuevas Directivas

Tal como hemos visto, la Directiva 2014/23/UE, en su artículo 46 modifica el artículo 1.1 de la 89/665/CEE en términos tales que hace extensiva su aplicación “a las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores mencionados en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, salvo que dichas concesiones se excluyan en virtud de los artículos 10, 11, 12, 17 y 25 de dicha Directiva”. Ello significa que, en la medida en que la nueva Ley mantenga el criterio actual y limite el ámbito de aplicación a los contratos sujetos a las Directivas, para determinar cuándo cabe interponer recurso especial con respecto de los actos relacionados con las concesiones de obras y de servicios, habrá de estarse a las disposiciones de la Directiva que las regula para establecer si se encuentran o no sujetas a ella. En resumidas cuentas será preciso estar a lo dispuesto con respecto al umbral que determina la sujeción a la Directiva. Ello significa que, de conformidad con el artículo 8.1 de la misma el recurso será de aplicación a aquellas concesiones “de un valor igual o superior a 5.186.000 EUR”.

La fijación de este valor deberá hacerse también aplicando el mencionado artículo 8, cuyo apartado 2 dispone que “el valor de la concesión será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios”.

Tal como acabamos de ver, la nueva regulación que el conjunto de nuevas Directivas introduce, determina la ampliación, al menos desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, del ámbito de aplicación del recurso. Sin embargo, las modificaciones que el recurso debe experimentar como consecuencia de su aprobación no se limitan a esta ampliación, sino que afectan a algunas otras cuestiones, concretamente relacionadas con la ejecución de los contratos.

La primera de ellas y, sin duda, la de más enjundia desde el punto de vista jurídico es la relativa a las modificaciones contractuales que se producen con posterioridad a la formalización del contrato.

Al introducirse por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en su disposición final décimo sexta, una nueva regulación de las modificaciones contractuales como consecuencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea especialmente manifestada en la Sentencia “Succhi di frutta”, se planteó la duda de si en aquellos casos en que pudiera ser procedente la resolución del contrato y la convocatoria de una nueva licitación, cabría la interposición del recurso especial respecto de los actos por los que se resolviera sobre su procedencia o no.

Al objeto de aclarar esta cuestión, la Ley de Contratos del Sector Público fue modificada introduciendo, a través de la disposición final primera de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de

Recurso y nuevas Directivas

Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Seguridad y la Defensa, un nuevo párrafo en su artículo 310 (art. 40 de Texto Refundido) del siguiente tenor: *“Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación”*.

Este precepto ha planteado la duda de si es de aplicación también a las modificaciones previstas en los pliegos o, por el contrario, respecto de ellas debe admitirse la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación.

Sin embargo, antes de analizar esta cuestión es conveniente examinar desde un punto de vista general la problemática que se plantea. La nueva regulación de las modificaciones contractuales acordadas durante la fase de ejecución del contrato, tras la modificación introducida por la Ley de Economía Sostenible tienen por objeto provocar la resolución del contrato y exigir la convocatoria de una nueva licitación para adjudicar uno nuevo que recoja las modificaciones cuya introducción se haya considerado necesaria. Sólo quedan excluidas de esta exigencia las modificaciones que hayan sido previstas de antemano en el pliego correspondiente o las que, no estando previstas en los pliegos y siendo estrictamente necesarias, no afecten a elementos esenciales del contrato mismo. Pues bien, en el desarrollo de estos dos supuestos de excepción la Ley establece un complejo conjunto de requisitos, en su mayoría conceptos jurídicos indeterminados, sobre cuya aplicación pueden surgir no pocas controversias entre las partes interesadas.

La cuestión fundamental versará necesariamente sobre si procede o no la convocatoria de una nueva licitación, lo cual guarda directa relación con la materia que constituye el sustrato del recurso especial en materia de contratación. En consecuencia, resulta más que razonable que en la doctrina y en la práctica se haya planteado la cuestión relativa a si, aun no siendo uno de los actos propios del procedimiento de licitación, cabe o no interponer el recurso especial con objeto de obtener una resolución que obligue al órgano de contratación a resolver el contrato y convocar nueva licitación.

El legislador, como hemos visto, zanjó la cuestión mediante el párrafo introducido en el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, si bien, dado que en el precepto en cuestión sólo se contemplan los supuestos de modificación no previstos en el pliego, cabe plantear legítimamente, sin con referencia a los supuestos convencionales (los previstos en el pliego) cabe o no la interposición del recurso. La respuesta a nuestro juicio ha de ser en todo caso positiva por dos razones.

La primera de ellas porque se trata de una cuestión que afecta de forma esencial al

procedimiento de licitación al constituir un elemento determinante de la necesidad de su convocatoria.

En segundo lugar, porque si se tratara de la impugnación de las cláusulas del pliego que regulen los supuestos admitidos de modificación y los términos y requisitos de los mismos, sería de aplicación la doctrina sentada por el Tribunal Administrativo Central del Recursos - Contractuales en su resolución 64/2011, de 9 de marzo, de conformidad con la cual *“nada parece oponerse a la posibilidad de que los pliegos sean objeto de recurso, cualquiera que sea el contenido de las cláusulas impugnadas. Sin embargo, es lo cierto que el recurso especial en materia de contratación tiene su origen en la Directiva 89/665/CEE, modificada por la 2007/66/CE, que tienen por objeto exclusivamente los actos del procedimiento de adjudicación y demás de carácter jurídico relacionados con ellos. Es más, en su primitiva redacción, el artículo 37 de la ley de Contratos del Sector Público, al regular el recurso especial restringía el objeto del recurso a “los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente [...]”, de lo que cabía deducir que de los pliegos de cláusulas o de condiciones sólo eran recurribles aquellas que se referían a la licitación y no las que afectaban al contenido del contrato y a su ejecución.*

Esta posición respondía a la mínima exigencia establecida en la Directiva mencionada. Sin embargo, en su nueva redacción la Ley, en su artículo 310.2 no se refiere a los pliegos restringiéndolos a sólo lo que afecta a la regulación de la licitación, sino, por el contrario, ampliándolos a las condiciones que deban regir la contratación. De esta expresión cabe deducir que el legislador ha querido avanzar en el camino del control de legalidad un paso más estableciendo la posibilidad de que este Tribunal controle no sólo las condiciones de los documentos contractuales que regulan la licitación y las que establecen las características de la prestación, sino también el resto de sus cláusulas, es decir las que contengan la regulación del contenido y ejecución de los contratos en general.

El planteamiento de esta cuestión es adecuado porque el recurso interpuesto se dirige precisamente no contra una cláusula reguladora de la licitación sino contra una cláusula reguladora de la forma de pago del contrato, es decir directamente relacionada con el contenido y ejecución del mismo. Pues bien, es criterio de este Tribunal que el ámbito objetivo del recurso se extiende no sólo a las cláusulas que regulan las condiciones de la licitación sino también a aquellas que establecen el contenido, efectos y extinción del contrato en sí mismo, siendo fundamento suficiente para ello el hecho de que la Ley cuando se refiere a los pliegos se limita a identificarlos como “pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”.

Puesto que las cláusulas que regulan los supuestos de modificación y las condiciones en que

pueden llevarse a cabo participan de la naturaleza mencionada en la resolución transcrita, es preciso concluir que éstas, en lo que a la adecuación de su contenido a las exigencias legislativas, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación⁸.

Por otra parte, la cuestión ya no puede ofrecer ninguna duda, no sólo con respecto de los supuestos convencionales de modificación sino ni siquiera en relación con los no previstos en los pliegos. Abona esta tesis, el hecho de que a diferencia de las anteriores, las tres nuevas Directivas sobre contratación contienen una regulación –básicamente idéntica- de los supuestos en que debe admitirse la modificación de los contratos una vez adjudicados.

Y ello porque las Directivas de recursos (la 89/665/CEE y la 92/13/CEE) en sus respectivos artículos 1 exigen que las decisiones de los poderes y entidades adjudicadoras en la materia puedan ser recurridos en los términos previstos en ellas, *“cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa”*.

Por supuesto la posibilidad de recurrir estos actos debe llevar consigo la de poder decidir sobre la procedencia o no de resolver el contrato. Esta es cuestión, en la actualidad, también regulada en los preceptos de las Directivas de la Unión correspondientes a la ejecución de los contratos.

Igualmente, se incluye entre las normas relacionadas con la ejecución de los contratos las relativas a la subcontratación, cuyo incumplimiento, por tal motivo, debe considerarse que permite fundar el recurso especial.

4. Las nuevas Directivas y la doctrina de los Tribunales de Recursos contractuales.

Aunque la incidencia directa de las nuevas Directivas en relación con el recurso especial se

⁸ Meilán Gil J.L., en RAP, nº 191, Madrid, mayo-agosto (2013), mantiene que *“El artículo 40.2.c) excluye de ese recurso «los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que... sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos, tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación».* Esta excepción, al no aludir a las modificaciones previstas en los pliegos, permite confirmar la tesis antes expuesta sobre el abandono de la prerrogativa. Más aún, podría afirmarse que el mantenimiento legal de la prerrogativa es una contradicción. La excepción contenida en el precepto debería ser eliminada. Tiene además en su contra que no se corresponde con el Derecho comunitario, como se subrayó anteriormente”. Y añade *“...la modificación propuesta por la Administración debería ser objeto del recurso especial ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales —o los tribunales autonómicos equivalentes—, previsto para los actos que integran el procedimiento que concluye con la adjudicación, del que se excluyen los actos de los órganos de contratación en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego de condiciones. La propuesta es una solución más eficaz que el informe no vinculante del Consejo de Estado o Consejos consultivos. La legitimación se refiere a todos los interesados (art. 42 TRLCSP). Los plazos para interposición, alegaciones y resolución son breves⁸⁹. La interposición del recurso produciría la suspensión de la modificación pretendida por la Administración, como el artículo 45 del TRLCSP reconoce para el recurso contra el acto de adjudicación. Contra la resolución del Tribunal solo cabría la interposición de recurso contencioso-administrativo, por el particular y también por la Administración, sin necesidad de declaración de lesividad, como expresa el apartado 4 del artículo 19 de la LJCA, por la que se reformó esta Ley”*.

Recurso y nuevas Directivas

produce con respecto a su ámbito de aplicación, no cabe duda de que también las novedades de la regulación con respecto a los restantes aspectos de su regulación deben afectar a la doctrina emanada de las resoluciones dictadas por los Tribunales.

Las nuevas Directivas, sin duda, son innovadoras en muchos aspectos, y de modo muy especial en cuanto afecta a las cuestiones relacionadas con la apreciación de la solvencia de los licitadores y a las exigencias en materia medioambiental y social, lo cual lógicamente debe llevar a introducir modificaciones en algunos aspectos de la doctrina sentada por ellos.

No es este el momento de extenderse ampliamente sobre esta cuestión pues rebasa los límites propuestos al elaborar el presente trabajo, y, además, parece más adecuado llevarla a cabo cuando se haya producido su incorporación a nuestro derecho positivo. En tal momento, las consideraciones que se puedan hacer sobre la cuestión tendrán carácter más sólido y mayor proximidad con la doctrina que en aplicación de la nueva normativa adopten los tribunales.

No obstante a modo de ejemplo podemos referirnos a algunos puntos en los que sin duda la nueva regulación deberá afectar a la doctrina sentada por los Tribunales.

Así, con referencia a los criterios de solvencia exigidos para poder participar en las licitaciones es interesante destacar la limitación contenida en la Directiva 2014/24/UE con respecto al volumen de negocios como medio de acreditar la solvencia económica y financiera. Al respecto el artículo 58.3 dispone que *“El volumen de negocios mínimo anual exigido a los operadores económicos no excederá del doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados como los relacionados con los riesgos especiales vinculados a la naturaleza de las obras, los servicios o los suministros”*. En este sentido, los tribunales han venido exigiendo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 62.2 TRLCSP, que los requisitos de solvencia sean proporcionados al objeto del contrato. Sin embargo, al no existir un límite legal en relación con el volumen de negocios, la determinación de cuándo éste era proporcionado resultaba especialmente imprecisa como suele ocurrir en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados. Así, en las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha considerado que la exigencia de una cifra de negocios superior en seis veces al importe del contrato podía no ser desproporcionada atendidas las demás circunstancias del mismo. Evidentemente esta situación en lo sucesivo no podrá darse al haber fijado expresamente un límite concreto para ello la norma europea.

De igual forma, se ha venido exigiendo que los criterios de adjudicación, en todo caso guarden relación directa con el objeto del contrato. Ello ha llevado a que con carácter general cuestiones tales como las exigencias de carácter medioambiental o social podían jugar su papel en el ámbito de la solvencia o de las condiciones especiales de ejecución y siempre limitadamente. A partir de la entrada en vigor de la normativa que incorpore las Directivas tal circunstancia deberá variar al menos parcialmente, pues el artículo 67 en su apartado 2, letra a), al enumerar

Recurso y nuevas Directivas

por vía de ejemplo los criterios que pueden utilizarse para valorar las ofertas, se refiere a *“las características sociales, medioambientales e innovadoras...”*, que en la normativa anterior se encontraban excluidas de esta posibilidad. Es cierto que tales criterios deben estar vinculados al objeto del contrato también en la nueva regulación, pero ésta vinculación es entendida en términos ciertamente más amplios al señalar el apartado 3 del mismo artículo que *“se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen:*

- a) en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o*
- b) en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material”.*

Tampoco en la legislación anterior era posible valerse de criterios de adjudicación que afectaran a las cualidades del personal de las empresas licitadoras. Estas podían servir de referencia para determinar la solvencia de las mismas pero no como criterio de adjudicación pues la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea había distinguido claramente las dos fases de selección de los licitadores: la fase de apreciación de la solvencia en que se analizan las características de las empresas y la fase de adjudicación en que deben tenerse en cuenta exclusivamente las características de las ofertas presentadas.

Esto ha hecho dudar, a veces, sobre la posibilidad de valorar medios personales que fueran a intervenir en la ejecución del contrato.

A partir de la incorporación a nuestro derecho de las nuevas directivas y de la entrada en vigor de las disposiciones que las incorporen, ninguna duda cabrá al respecto. El artículo 67.2 en su letra b) admite como criterio de adjudicación *“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”*. Puesto que en numerosas ocasiones los Tribunales se han pronunciado sobre recursos relacionados con esta cuestión, evidentemente aquellos que hayan rechazado la utilización de este criterio de adjudicación deberán ahora rectificar su doctrina.

En fin se trata de una simple muestra de la evolución que la doctrina de los Tribunales deberá experimentar necesariamente como consecuencia de la entrada en vigor de las nuevas directivas sobre contratación.

Juan José Pardo García-Valdecasas

Madrid, 16 de diciembre de 2014