

LA NUEVA DIRECTIVA DE CONCESIONES. UN LARGO VIAJE CON FINAL ESPERADO¹.

Francisco L. Hernández González
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

SUMARIO

I. ¿EL PORQUÉ DE UNA DIRECTIVA SOBRE CONCESIONES?: LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO EXCUSA Y EL MERCADO INTERIOR COMO FIN. 1. El punto de partida: la exclusión de las concesiones de las Directivas sobre contratación pública. 1.2. La polémica en torno a la aprobación de una Directiva *ad hoc*. II. ¿A QUÉ TIPO DE CONTRATOS AFECTA LA DIRECTIVA? ÁMBITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO. 2.1. El concepto europeo de “concesión”: la transferencia del riesgo de explotación como elemento nuclear. 2.2. Ámbito subjetivo: órgano contratante y operadores económicos: A. *Dualidad de órganos contratantes: poder adjudicador versus entidad adjudicadora*. B. *Los operadores económicos: en particular, las prohibiciones de contratar*. III. ¿ESTÁN TODAS LAS CONCESIONES SUJETAS A LA DIRECTIVA? EL GENEROSO RÉGIMEN DE EXCLUSIONES. 3.1. Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por poderes y entidades adjudicadoras. 3.2. Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas a empresas vinculadas. 3.3. Concesiones entre entidades del sector público: A. *Las contrataciones domésticas (cooperación vertical)*. B. *La cooperación horizontal (público-público)*. 3.4. Exclusión de las relaciones de naturaleza administrativa. IV. ¿IMPONE LA DIRECTIVA UN PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN? PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCEDIMENTALES. 4.1. La publicidad como garantía de concurrencia y transparencia. 4.2. Garantías procedimentales básicas. 4.3. Criterios de selección y de adjudicación. V. ¿SE OCUPA EL LEGISLADOR COMUNITARIO DE REGULAR LA EJECUCIÓN DE LAS CONCESIONES? 5.1. Mayor control y transparencia en la subcontratación. 5.2. El nuevo régimen de modificación de las concesiones. 5.3. Resolución anticipada de las concesiones. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación sobre *El impacto de la crisis en la contratación pública. ¿Está en peligro el contrato administrativo?* (DER 2012-32911), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

LA NUEVA DIRECTIVA DE CONCESIONES. UN LARGO VIAJE CON FINAL ESPERADO

I. ¿EL PORQUÉ DE UNA DIRECTIVA SOBRE CONCESIONES?: LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO EXCUSA Y EL MERCADO INTERIOR COMO FIN².

1. El punto de partida: la exclusión de las concesiones de las Directivas sobre contratación pública.

El 26 de febrero de 2014, la Unión Europea aprobó el “cuarto paquete normativo” en materia de contratación pública; también conocido como “Directivas de cuarta generación”. Una reforma cimentada a partir del *Libro Verde sobre la modernización de la política de la contratación pública en la UE* de 2011, que concibe la contratación pública como un instrumento estratégico para alcanzar los objetivos políticos de la Europa 2020 (en particular, la creación de empleo, la protección del medio ambiente y la promoción de la innovación)³. En el presente caso, no se trata de una mera actualización de las Directivas de 2004 para adaptarlas a la jurisprudencia comunitaria, sino que estamos en presencia de una reforma de mayor entidad, que aspira a cumplir un doble objetivo: modernizar la normativa europea sobre contratación pública, de una parte, y lograr la plena realización del mercado interior del sistema público de compras, de otra.

Es por este motivo que entre las principales novedades hay una que destaca sobremanera. Nos referimos a la entrada en escena de una nueva *Directiva sobre concesiones públicas*, que viene a completar el marco jurídico de la contratación pública al englobar tanto las obras públicas como los servicios públicos⁴. En el nuevo escenario, todas las *concesiones* de obras y de servicios que alcancen el umbral comunitario tendrán el mismo régimen jurídico, poniendo fin a la situación de dispersión normativa y de incertidumbre que ocasiona la falta de armonización de las legislaciones nacionales.

En efecto, como es conocido, el procedimiento de adjudicación de las concesiones se ha caracterizado tradicionalmente por tener un régimen jurídico diferenciado en atención a su objeto: en unos casos, la ejecución y explotación de una

² El objeto del presente trabajo es dar cuenta de la nueva ordenación de los contratos de concesión de obras y de servicios que introduce la Directiva 2014/23/UE. A tal efecto, se ha optado por ofrecer una visión de conjunto de toda la Directiva, incorporando tanto la doctrina jurisprudencial que la sustenta como las principales diferencias con el régimen general de los contratos públicos. Es preciso aclarar que, dado el ingente volumen de aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, el texto tan sólo incorpora una selección de aquellos materiales que están más directamente relacionados con la regulación comunitaria, prescindiendo de otras referencias más generales. No obstante, en su elaboración se han tenido en cuenta otras muchas publicaciones, sentencias, dictámenes y resoluciones de las que, por razones de espacio, nos hemos visto obligados a prescindir. Por otra parte, queremos agradecer la confianza depositada por la Junta Directiva de la AEDPA, al encomendarnos la responsabilidad de impartir una de las ponencias sectoriales de su X Congreso.

³ El Libro Verde, que se aprobó el 27 de enero de 2011, lleva por subtítulo “*Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*” (COM (2011) 15 final).

⁴ Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación del contrato de concesión (DOUE L 94, de 28.03.2014), cuyo periodo de trasposición finaliza el 18 de abril de 2016. Una visión general de la reforma en GIMENO FELIU, J.Mª., “Las nuevas Directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 159, 2013, págs. 39-105; así como los diferentes trabajos publicados en el nº 19 de 2014 de la *Revista Contratación administrativa práctica*. En particular, sobre la Directiva de concesiones, vid. CRAVEN, R., “The EU’s 2014 Concessions Directive”, en *Public Procurement Law Review (PPLR)*, nº 4, 2014, págs. 188-200.

obra pública; y, en otros, la prestación de un servicio. No obstante, ambos tipos de concesiones participan de un elemento común: quedan total o parcialmente excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública.

Y es que sólo las *concesiones de obras públicas* están sujetas a unas pocas disposiciones específicas previstas en la Directiva general sobre contratos públicos⁵. En cambio, las *concesiones de servicios* quedan excluidas de la legislación comunitaria sobre contratación pública⁶. La razón de esta marginación radica en el diferente tratamiento jurídico que la concesión de servicios recibe en los Derechos nacionales y en la necesidad de dotar a las autoridades contratantes de un margen de flexibilidad acorde con su complejidad. Esta situación conduce a las instituciones comunitarias a mantener una doble posición: de una parte, contraponen los conceptos de *contrato público* y de *concesión* (noción, esta última, que puede referirse tanto a un contrato como un acto unilateral consentido); y, de otra, elabora un *concepto restrictivo de concesión* (que pone el acento en la asunción del riesgo de explotación por el concesionario) con el objetivo de evitar tentativas de eludir la normativa sobre contratación pública.

Ahora bien, lo anterior no significa que la adjudicación de las concesiones de servicio quede extramuros del Derecho de la Unión Europea. En la medida que puedan revestir un interés transfronterizo y, por consiguiente, tener efectos sobre el mercado interior europeo, los Estados miembros deben respetar las normas fundamentales del Tratado; y, en particular, los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad, como sostiene una reiterada jurisprudencia⁷.

Con todo, las incertidumbres en torno a la aplicación y alcance de estos principios llevó a la Comisión Europea a abordar la problemática de las concesiones en dos *Comunicaciones interpretativas*: una específica sobre la aplicación del Derecho comunitario a las *concesiones*, de 29 de abril de 2000 (2000/C 121/02), que contempla las concesiones de obras y de servicios (tengan o no naturaleza contractual)⁸; y otra,

⁵ Título III de la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (arts. 56-61). Así lo estableció, por vez primera, la Directiva 89/440/CEE (art. 1 ter), que modificó la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

⁶ Art. 17 de la Directiva 2004/18/CE y art. 18 de la Directiva 2004/17/CE. Esta exclusión no aparece recogida de forma expresa en las Directivas hasta el año 2004. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretó este silencio como la decisión del legislador comunitario de no incluirlas en su ámbito de aplicación. En ese sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal de Justicia (en adelante, STJ) de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria* (C-324/98). Desde el punto de vista del derecho interno, significa que estos contratos no están sujetos a regulación armonizada y que tienen una cuantía más elevada a efectos del recurso administrativo especial en materia de contratación (arts. 13 y 40 TRLCSP).

⁷ Así lo reconoció la STJ de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria* (C-324/98), ya mencionada; y se reitera en otras posteriores: SSTJ de 21 de julio de 2005, *Coname* (C-231/03), de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03), de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (C-324/07), de 13 de abril de 2010, *Wall* (C-91/08), de 10 de mayo de 2011, *Privater Rettungsdienst* (C-274/09) o la más reciente de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell'Adda* (Asunto C-42/13). En la doctrina, vid. MORENO MOLINA, J.A., "El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de la contratación", en *Liber Amicorum T.R. Fernández*, T.II, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss.; ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3ª ed., Sweet and Maxwell, Londres, 2014; y CARANTA, "Transparence et concurrence", en Noguellou, R., y Stelkens, U. (eds.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruselas, 2010, págs. 158-166.

⁸ Dicha Comunicación se refiere a "aquellos actos imputables al Estado por los que una autoridad confía a un tercero -ya sea mediante un *acto contractual* o mediante un *acto unilateral* con el consentimiento del

relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y de concesiones a la *colaboración público-privada institucionalizada*, de 12 de abril de 2008 (2008/C 91/02), que es aquella que se lleva a cabo a través de una entidad de capital mixto⁹.

En cualquier caso, se trata de una regulación de mínimos, que no responde a la importancia creciente de las concesiones en la Europa comunitaria, ni permite garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión en los diferentes Estados miembros¹⁰. Ante la discrepancia de las legislaciones nacionales, la aplicación de los principios comunitarios permite imponer una serie de obligaciones básicas, como son: a) la exigencia de una publicidad adecuada y accesible; b) la selección del concesionario conforme a criterios objetivos; c) la conciliación entre competencia y equilibrio financiero; y d) el reconocimiento de los servicios prestados por operadores económicos de otros Estados miembros, así como de las prescripciones técnicas, controles, títulos, certificados y cualificaciones reconocidos como equivalentes¹¹.

A pesar de este esfuerzo interpretativo, no se puede decir que exista un marco jurídico lo suficientemente preciso y homogéneo. Por el contrario, concurre una pluralidad de enfoques, al que, en cierta medida, puede contribuir la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia, al afirmar que los principios de igualdad de trato y de transparencia no conllevan, necesariamente, la obligación de convocar una licitación pública¹². Dos son los principales retos que debe afrontar la nueva regulación:

tercero- la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación” (apartado 2.4, pág. 5).

⁹ Precisamente por tener un tratamiento específico, las concesiones se dejan fuera de la Comunicación interpretativa de la Comisión de 2006 sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02).

¹⁰ A nivel europeo, las concesiones se presentan como un instrumento eficaz frente al actual escenario de restricciones presupuestarias, en la medida que permite atraer capital privado para llevar a cabo nuevas inversiones en infraestructuras y servicios públicos sin aumentar la deuda pública. Según datos que maneja la propia Comisión Europea, se calcula que entre 2000 y 2006 las concesiones de servicios superaron los 138.000 millones de euros, constituyendo más del 60% de las colaboraciones público-privadas. *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 13 de abril de 2011, *Acta del Mercado Único: Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza*, «Juntos por un nuevo crecimiento» (COM 2011, 206 final, pág. 21); en el mismo sentido, COMISIÓN EUROPEA, “Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of Concession Contracts – Frequently Asked Questions”, Memo/11/932, Bruselas, 20 de diciembre de 2011 (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-932_en.htm?locale=en). No obstante, estas cifras hay que tomarlas con muchas cautelas debido, sobre todo, a la disparidad conceptual existente en los distintos Estados miembros (*vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Annual Public Procurement Implementation Review 2012*, Bruselas, Brussels, 9.10.2012, SWD(2012) 342 final).

¹¹ En este sentido, Comunicación interpretativa sobre concesiones de 2000 (apartado 3, págs. 6-10). En la jurisprudencia, la STJ de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (Asunto C-196/08), señalaba que “los Estados no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación”, puesto que tal actuación vulnera los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia (apartado 50).

¹² *Vid.*, por ejemplo, con cita de otras anteriores, la STJ de 14 de noviembre de 2013, *Comune di Ancona y Regione Marche* (Asunto C-388/12). En su apartado 52 precisa que “el Derecho de la Unión no se opone a la *adjudicación sin licitación de una concesión* de servicio público relativa a una obra, siempre y cuando dicha adjudicación responda al principio de transparencia, cuyo respeto, sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación, debe permitir a una empresa establecida en el territorio de un Estado miembro distinto del de la autoridad concedente tener acceso a la información adecuada relativa a dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, la citada

el primero, proporcionar una mayor seguridad jurídica como consecuencia de la armonización de un estatuto jurídico básico; y, el segundo, garantizar el acceso de los operadores económicos a los mercados de concesiones en condiciones de igualdad.

1.2. La polémica en torno a la aprobación de una Directiva *ad hoc*.

Ante este panorama, la aprobación de una normativa comunitaria específica para la adjudicación de las concesiones era solo una cuestión de tiempo. En la consulta emprendida con el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, de 30 de abril de 2004 (COM 2004 327 final), se puso de manifiesto que la aplicación de los principios generales del Tratado ha dado lugar a interpretaciones divergentes por parte de las entidades contratantes (lo que no ha podido evitar las aclaraciones de la Comisión ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia)¹³. Por este motivo, aunque no constituía una posición unánime, la Comunicación de la Comisión de 15 de noviembre de 2005, sobre “*colaboración público-privada y Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*” (COM 2005 569 final), propone una iniciativa comunitaria con el fin de regular de forma conjunta los procedimientos de adjudicación de todas las concesiones de naturaleza contractual, tanto de obras como de servicios (que comprenda también los sectores especiales, así como los ámbitos de la defensa y la seguridad). No obstante, la decisión final queda a resultas de la correspondiente evaluación de impacto, de acuerdo con el principio de “legislar mejor”.

Tras un periodo de *impasse*, que se prolonga durante seis años, en 2011 la Comunicación de la Comisión “*Acta del Mercado Único: Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza*” (anteriormente mencionada) propone nuevamente la creación de un marco legislativo adecuado que brinde una mayor seguridad jurídica; iniciativa que, a pesar de todo, sigue encontrando ciertas reticencias. Así la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011 sobre *la modernización de la contratación pública* (2013/C 131 E/28), sostiene que “una propuesta de acto legislativo relativo a la concesión de servicios sólo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior”; lo que –a juicio de dicho órgano- no sucede¹⁴.

La disparidad de criterios se mantiene, incluso, tras la presentación por la Comisión de la *propuesta de Directiva* sobre adjudicación de contratos de concesión, el

empresa habría estado en condiciones de manifestar su interés por obtener tal concesión, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente”.

¹³ En 2004, sólo tres Estados contaban con una regulación específica en materia de concesiones: Italia (Ley Merloni de 1994), Francia (Ley Sapin de 1993) y España (TRLCAP de 2000, que incorporaba la Ley 13/2003, sobre concesiones de obras públicas; y RSCL de 1955). Aun así, las SSTJ de 27 de octubre 2005, *Comisión/Italia* (Asuntos C-187/04 y 188/04) y de 22 de abril de 2010, *Comisión Europea/Reino de España* (Asunto C-423/07), condenaron, respectivamente, a ambos Estados por adjudicar sendos contratos de concesión para la construcción y gestión de autopistas sin la adecuada información previa. La falta de definición de su régimen jurídico provoca cierto temor en las instituciones europeas a una restricción del mercado concesional y al aumento de los costes derivados de su aplicación (vid. pregunta nº 6, pág. 12; y SAUSSIÉ, S., *An Economic Analysis of the Closure of Markets and other Dysfunctions in the Awarding of Concession Contracts*, estudio encargado por el Parlamento europeo, junio de 2012, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120626ATT47715/20120626ATT47715EN.pdf>).

¹⁴ Esta apreciación no es del todo correcta. Las contribuciones de algunas partes interesadas en el trámite de la consulta del Libro Verde daban por hecho que el Derecho comunitario no exige que la adjudicación de concesiones se abra a la competencia para permitir que todas las empresas manifiesten su interés en la obtención de las concesiones.

20 de diciembre de 2011 (COM 2011 897 final)¹⁵. Es así que mientras que el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 26 de abril de 2012 (2012/C 191/86 y 91) reitera las dudas existentes en relación con la necesidad de dicha Directiva y solicita una evaluación de impacto más exhaustiva y completa; por su parte, el Dictamen del Comité de las Regiones de 19 de julio de 2012, “*Adjudicación de contratos de concesión*” (2012/C 277/75), considera plenamente justificada la propuesta, al objeto de introducir una mayor claridad en las normas y de ofrecer una interpretación y un enfoque uniformes en los diferentes Estados miembros.

Si bien no se recoge de forma expresa, esta polémica está latente en la nueva Directiva; lo que conduce a reforzar su justificación. En los considerandos 1, 4 y 8 se reconoce la existencia de “un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros”. En resumen, se puede decir que el legislador comunitario enarbola la seguridad jurídica, como justificación de la regulación; y la eliminación de obstáculos en el funcionamiento del mercado interior, como fin. Ello se concreta en tres objetivos prioritarios: a) el uso óptimo de los fondos públicos por parte de las autoridades públicas; b) el acceso efectivo y no discriminatorio de todos los operadores económicos al mercado; y c) el disfrute por los ciudadanos de unos servicios de calidad al mejor precio. Para el cumplimiento de esta triple misión se precisa un marco jurídico específico, que armonice la legislación de los veintisiete Estados miembros, estableciendo un marco común que asegure la convergencia y la igualdad de condiciones.

La Directiva supone una ruptura con la tradición anterior en un doble sentido: primero, al establecer una regulación propia de las concesiones, diferenciada del resto de contratos públicos; y, en segundo lugar, al unificar el régimen jurídico aplicable a todas las *concesiones de obras y de servicio* que tengan un valor igual o superior a 5.186.000 euros, teniendo en cuenta el volumen de negocios total generado por el concesionario, excluido el IVA (cuantía que se revisará cada dos años a partir del 30 de junio de 2013)¹⁶. Ahora, ambos tipos de concesiones quedan sujetos a *regulación armonizada*.

La pregunta que cabe formularse es por qué aprobar una Directiva específica, en lugar de regular las concesiones en la Directiva general de contratación pública (como venía sucediendo ya con las concesiones de obras públicas). La respuesta nos la ofrece el mismo legislador comunitario: la voluntad de resaltar las diferencias existentes entre el contrato de concesiones y el resto de contratos públicos, tanto desde el punto de vista conceptual como procedimental. El objetivo último es instaurar un marco jurídico propio que sea “adecuado, equilibrado y flexible”; y que, al propio tiempo, no genere una burocracia excesiva (considerandos 1 y 2)¹⁷.

¹⁵ Entre los muchos trabajos publicados que analizan la Propuesta de Directiva de concesiones cabe destacar el de LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa”, en *Revista Práctica de Derecho CEFLegal*, nº 154, 2013, págs. 137-174.

¹⁶ Artículos 8 y 9. La Propuesta de Directiva establecía un umbral intermedio que tenía como finalidad de exigir una obligación de publicidad a determinadas concesiones de servicio de cuantía igual o superior a 2.500.000 euros. En el trámite de discusión parlamentaria, se propuso suprimir dicho umbral intermedio, al objeto de aligerar las cargas burocráticas adicionales, y elevar el umbral único a 8.000.000 millones de euros (enmiendas 91 y 92; *Documento de sesión de 1 de febrero de 2013*, págs. 70 a 74).

¹⁷ Según se explica en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva la aplicación de unos normas básicas, como se hace en el caso de las concesiones de obras pública, se considera inadecuada, en la medida que no proporciona suficiente seguridad jurídica ni garantiza la observancia de los principios del Tratado; mientras que, en el lado opuesto, hacer extensiva a las concesiones la normativa de los

No obstante, el legislador de la Unión pretende ser respetuoso con las legislaciones nacionales. De ahí que se limite únicamente a “establecer una *coordinación mínima*” de los procedimientos nacionales para la adjudicación de los contratos de concesión que alcancen el umbral comunitario. Por este motivo, estas disposiciones de coordinación “no deberían ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos citados y para garantizar un cierto grado de flexibilidad”, que asegure el mejor resultado posible; permitiendo que los Estados puedan completar y desarrollar el estatuto jurídico de las concesiones, especialmente con el fin de reforzar la observancia de los principios comunitarios (considerando 8).

En consideración a las posiciones críticas de algunos Estados miembros¹⁸, la propia Directiva de concesiones se preocupa de aclarar que no pretende imponer la externalización de los servicios de interés económico general ni tampoco la privatización de empresas públicas. Por el contrario, mantiene una posición neutral frente a la libertad de los Estados miembros para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de las obras públicas o la prestación de servicios de interés general (económicos o no)¹⁹, así como el modo de organización de la propiedad (en cuanto al estatuto público o privado de las empresas). En este sentido, las autoridades públicas podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o, en su caso, confiarlas a operadores económicos (art. 2).

Cabe destacar, asimismo, que la Directiva simplifica el régimen aplicable a las *concesiones de servicios*, al suprimirse la clásica distinción entre servicios prioritarios y no prioritarios. En su lugar, mantiene un *régimen específico*, más flexible (que consiste, básicamente, en garantizar la obligación de publicidad), para aquellos servicios con una menor dimensión transfronteriza, como es el caso de los denominados *servicios a las personas*, que comprende –entre otros- los servicios sociales, sanitarios, educativos o culturales (art. 19 y Anexo IV). Ello se traduce en una “amplia discrecionalidad de los Estados miembros para seleccionar a los prestadores de dichos servicios de manera que consideren más apropiada”²⁰.

II. ¿A QUÉ TIPO DE CONTRATOS AFECTA LA DIRECTIVA? ÁMBITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO.

2.1. El concepto europeo de “concesión”: la transferencia del riesgo de explotación como elemento nuclear.

Uno de los principales motivos de conflicto (como se recoge en el Libro Verde sobre la colaboración público-privada) tiene que ver con la dificultad de identificar *a priori* si se está en presencia de una concesión o de un contrato público de obras o de

contratos públicos se estima excesivo y contraproducente, ya que podría disuadir a los poderes adjudicadores del recurso a esta modalidad contractual (COM 2011 897 final).

¹⁸ Vid. LAXO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional...”, loc. cit., págs. 148-149.

¹⁹ La Directiva de concesiones no afecta tampoco a la libertad de las autoridades públicas para definir los servicios de interés económico general, ni para decidir cómo se han de organizar y financiar los mismos, de conformidad con el Derecho de la Unión. Por su parte, los servicios no económicos de interés general quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva (art. 4). Sobre la distinción de estas categorías, vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., *Servicios de interés económico general*, Civitas, Madrid, 2009.

²⁰ En consecuencia, corresponde a los Estados miembros establecer las medidas adecuadas para garantizar la observancia de los principios de transparencia e igualdad de trato de los operadores económicos y velar por que los poderes y entidades adjudicadores puedan tener en cuenta la innovación, así como un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios (considerandos 53 y 54).

servicio²¹. La ausencia de unas reglas claras y la posibilidad de negociar el reparto de riesgos y beneficios con los licitadores provoca que, ocasiones, lo que comienza siendo un contrato de concesión termine siendo un contrato administrativo de obra o de servicio (o viceversa); siendo así que, el error en la calificación jurídica del contrato puede determinar la ilegalidad del procedimiento de adjudicación²².

Es cierto que, desde un punto de vista práctico, la concesión suele ser de mayor complejidad técnica, mayor coste y más larga duración e incorporan mayor incertidumbre que los contratos públicos de obra o de servicio; circunstancias que justifican una mayor flexibilidad tanto por lo que se refiere al procedimiento de adjudicación como a las modalidades de ejecución (se habla en ese sentido de “contrato incompleto”)²³. No obstante, a los efectos de concretar su régimen jurídico, se hace necesario establecer unos criterios más precisos de diferenciación. A esta tarea se enfrentó ya –no con mucho éxito– la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones del año 2000 y lo hace nuevamente –con una mayor precisión– la Directiva de concesiones de 2014. En cualquier caso, ambos instrumentos parten de una idea común: los contratos de concesión presentan, por lo general, las mismas características, cualquiera que sea su objeto (una obra o un servicio).

Se entiende por *contrato de concesión* todo contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían la ejecución de obras (concesión de obras) o la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras (concesión de servicios) a uno o más operadores económicos, cuya *contrapartida* es bien el derecho a explotar las obras o los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago (considerando 11 y art. 5)²⁴.

²¹ El TJUE ha manifestado que la calificación jurídica del contrato compete al Derecho de la Unión Europea, siendo indiferente tanto la calificación que recibe en el Derecho nacional, como la otorgada por las partes. Por todas, SSTJ 18 de enero de 2007, *Auroux y otros* (Asunto C-220/05), apartado 40; de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia* (Asunto C-382/05), apartado 30; 18 de diciembre de 2007, *asociación profesional de empresas de reparto y manipulado de correspondencia* (Asunto C-220/06), apartado 50; y de 29 de octubre de 2009, *Comisión/Alemania* (Asunto C-536/07), apartado 54; entre otras.

²² Según datos de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, 13 de las 25 Sentencias del TJUE recaídas en materia de adjudicación contratos de concesión hasta diciembre de 2012 se referían al concepto de concesión. Sobre los problemas derivados de la incorrecta tipificación de los contratos y su consecuencia en el derecho español puede verse MIGUEZ MACHO, L., “Las formas de colaboración público-privadas en el Derecho español”, en RAP nº 175, 2008, págs. 157-215; BERNAL BLAY, M.A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas, Madrid, 2011; y GIMENO FELIU, J.M^a., “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, en REDA nº 156, 2012, págs. 17-57.

²³ Vid. *Informe de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor de 1 de febrero de 2013*, cuyo ponente es Philippe Juvin (PE492.669v03-00, págs. 204-206).

²⁴ El Derecho comunitario utiliza un concepto de *concesión de servicios* más amplio que la noción de *concesión de servicio público*, que se refiere exclusivamente a la gestión de aquellos servicios cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración (art. 8 TRLCSP). Por su parte, la distinción entre *concesión de obras* y *concesión de servicios* no resulta especialmente problemática, más allá de los supuestos de *contratos mixtos*, que se adjudicarán con arreglo a las normas aplicables al tipo de concesión predominante en función de cuál sea el objeto principal del contrato (art. 20.1). La nueva Directiva regula el régimen jurídico de las concesiones en los arts. 20 a 23, diferenciando entre *concesiones con diversidad de objetos* (contratos mixtos) y *concesiones con diversidad de actividades*. Cabe destacar que tanto en el supuesto de concesiones con elementos objetivamente disociables (ej., construcción de un edificio para uso público con explotación de aparcamientos subterráneos), como en la de concesiones que engloben actividades diferentes (ej., construcción y explotación de autopista y explotación de restaurante), el poder o entidad adjudicadora podrá optar entre adjudicar: a) *contratos separados* para cada parte o actividad o; b) un *único contrato*, en cuyo caso se

De acuerdo con esta definición, la concesión se presenta como una modalidad de colaboración público-privada (CPP) de naturaleza contractual, cuya principal característica distintiva radica en el *derecho de explotación* de las obras o servicios (con independencia de que vaya o no acompañada de un precio o pago)²⁵. Como especifica la *Comunicación interpretativa* del año 2000, ello permite deducir ciertos indicios para distinguir una concesión de un contrato público:

- De una parte, el *derecho del concesionario a cobrar peajes o tarifas a los usuarios*. A diferencia de lo que sucede en los contratos públicos generales, la retribución del concesionario no depende –al menos, de forma exclusiva- del órgano de contratación, en la medida que le está permitida la percepción de las rentas resultantes de la utilización de las obras o de la explotación del servicio²⁶.

- Y, de otra, de manera más relevante, la *transferencia al concesionario de la responsabilidad de explotación*, tanto por lo que se refiere a los aspectos técnicos, como financieros y de gestión. Esto significa que corresponde al concesionario: realizar las inversiones necesarias para poner la obra o el servicio a disposición de los usuarios; asumir la carga de la amortización; y soportar los riesgos vinculados a la construcción, gestión y frecuentación de la infraestructura o al establecimiento y explotación del servicio²⁷.

deben indicar las normas aplicables de acuerdo con los criterios establecidos en la propia Directiva. Esta fórmula no sólo se separa de la jurisprudencia comunitaria (por todas, STJ de 22 de diciembre de 2012, *Mehiläinen Oy*, Asunto C-215/09, apartado 47) sino también de la Propuesta de Directiva (que optaba por aplicar sus disposiciones a la parte del contrato que constituyera una concesión, ex. art. 18.4).

²⁵ Tanto el Derecho derivado como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establecían un paralelismo entre la concesión y el contrato público de obras o de servicios, con la salvedad de que la contrapartida consiste únicamente en el derecho a explotar la obra o bien en dicho derecho acompañada de un precio (expresión que no se refiere a las cantidades que pagan los usuarios, sino al precio pagado por el Estado como contraprestación de las obras realizadas o de los servicios prestados). La definición de la concesión de obra pública aparece ya en el art. 1 de la Directiva 89/440/CEE, que modifica la Directiva 71/305/CEE; y la concesión de servicio lo hace en el art. 1.2 de la Directiva 2004/18/CE. En la jurisprudencia, por todas, SSTJ de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* (Asunto C-206-08), apartado 50; y de 22 de abril de 2011, *Comisión/España* (Asunto C-423/07), apartado 52.

²⁶ En un primer momento, el TJ considera que la retribución del servicio por los usuarios constituye criterio suficiente para apreciar la existencia de una concesión de servicio (ese es el caso de las SSTJ de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (Asunto C-458/03), apartado 40; y de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (Asunto C-324/07), apartado 24). El punto de inflexión se produce con la STJ de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* (Asunto C-206-08), que exige la transmisión al prestatario de los riesgos inherentes a la explotación económica del servicio, quedando expuesto a las incertidumbres del mercado; aún cuando dicho riesgo sea, desde el inicio, muy limitado como consecuencia de la configuración jurídico-pública del servicio, y no de la decisión de la entidad adjudicadora (apartados 66-80).

²⁷ Desde un punto de vista de la doctrina económica, el criterio seguido para el reparto de riesgos es que cada parte contratante asuma los riesgos que sea capaz de gestionar a un menor coste (principio de la optimización del riesgo del que también se hace eco la Comisión, en la mencionada Comunicación interpretativa, apartado 2.1.2, página 4). De acuerdo con esta premisa, se acepta que la mayor parte de los *riesgos técnicos y económicos*, así como los *riesgos de financiación* sean asumidos por el *concesionario*, mientras que los *riesgos políticos* (como es el riesgo regulatorio) y los derivados de *fuerza mayor*, correspondan a la *entidad contratante*. Más problemático resulta el denominado riesgo de demanda (fruto de la diferencia entre la demanda prevista y la demanda real), que suele repartirse entre las partes contratantes, con el fin de incentivar la iniciativa privada en grandes inversiones que exigen el esfuerzo compartido de los sectores público y privado (vid. SÁNCHEZ SOLIÑO, A., “Optimización de la transferencia de riesgos en los contratos de infraestructuras y servicios públicos”, en *Hacienda Pública Española*, nº 201, 2/2012, págs. 67-92; y, en relación con las autopistas de peaje, BAEZA MUÑOZ, ORTEGA HORTELANO y VASSALLO MAGRO, “Reparto de riesgo en concesiones de infraestructuras ante la crisis económica”, en *Transporte innovador y sostenible de cara al siglo XXI: X*

En consecuencia, señala la Comisión que, siendo el origen de las rentas un elemento significativo, lo determinante es la presencia de *riesgo de explotación*, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos. En otros términos, la posibilidad de percibir un *pago* por parte del órgano contratante, como contrapartida de la obra o servicio, no altera la naturaleza de la concesión siempre y cuando no elimine el riesgo inherente a la explotación²⁸. Con todo, quedan por concretar elementos fundamentales de la definición, como son el nivel y el tipo de riesgo que debe asumir el concesionario.

Al objeto de aportar una mayor seguridad y de reducir el nivel de conflictividad, la *Directiva de concesiones* aborda la importante tarea de concretar el significado de la expresión “riesgo de explotación”. Lo hace, siguiendo la doctrina que de forma progresiva ha venido perfilando el Tribunal de Justicia, de acuerdo con una aproximación cualitativa del concepto, que presenta tres características principales:

1º.- El elemento determinante es la presencia de un *riesgo operacional de carácter económico*. Esto conlleva que “no esté garantizado que (...) vaya a recuperar las *inversiones* realizadas ni a cubrir los *costes* que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión”; siempre y cuando se actúe “*en condiciones normales de funcionamiento*”, lo que permite excluir las situaciones de riesgo imprevisible (considerando 18 y art. 5).

El hecho de que la prestación o la obra vayan destinados de forma directa a su utilización por los particulares o que sean éstos quienes retribuyan directamente al concesionario constituyen elementos secundarios a la hora de calificar un contrato como concesión. Por consiguiente, no basta con que la actividad se califique como servicio público. Lo verdaderamente importante es comprobar si el contratista asume, realmente, el riesgo de explotación derivado de la operación. En este sentido, la Directiva establece dos precisiones importantes:

- No cabe hablar de concesión: a) cuando “el *poder adjudicador o la entidad adjudicadora* aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato” (considerando 18); y b) “cuando la *reglamentación específica del sector* elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen la inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato” (considerando 19)²⁹.

Congreso de Ingeniería del Transporte, Editorial Universidad de Granada, 2012; disponible en http://oa.upm.es/19233/1/INVE_MEM_2012_117811.pdf.

²⁸ En la práctica, el Estado puede asumir parcialmente el coste de explotación, a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario, a través de diversas fórmulas: importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pagado en función del número de usuarios, etc. (esto es lo que se conoce como práctica de los “precios sociales”). Es así que, en el supuesto de “peajes ficticios” o “peajes en sombra” (en los que la Administración paga una tarifa por cada usuario), el riesgo económico permanece si *la remuneración depende del nivel de frecuentación*. La Comunicación interpretativa de las concesiones del año 2000 precisa que no existe concesión, sino contrato público, cuando: a) el reembolso de la financiación corre a cargo del órgano de contratación, sin riesgos vinculados a la gestión; o b) si mientras dura el contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación. En este caso, la compatibilidad de la financiación adicional debe ser analizada a la luz del conjunto de disposiciones pertinentes de Derecho de la Unión Europea.

²⁹ En consecuencia, la STJ de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A SIA* (Asunto C-348/10) califica como *contrato de servicio* la prestación de un servicio de transporte público retribuido por los usuarios con

- Por el contrario, estaremos, pues, en presencia de una concesión, aun cuando la *remuneración* proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, siempre que la recuperación de las inversiones y costes satisfechos por el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios dependa de la *demanda* o del *suministro* efectivos de esos bienes o servicios (considerando 18 de la Directiva).

2º.- La calificación de un contrato como concesión requiere que el poder o entidad adjudicadora transfiera al concesionario, si no la totalidad si, al menos, una *parte significativa* del riesgo de explotación³⁰.

La propuesta de Directiva aludía al carácter “sustancial” del riesgo transferido, cualidad que desaparece en la versión definitiva. Sin embargo, esta modificación del texto de la Directiva no altera la anterior consideración, en la medida que reconoce que la definición de concesión es compatible con que “parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador” (considerando 18)³¹. No puede ser de otra manera, pues como admite el TJ, no sería razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a las que existe en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)³².

Por lo tanto, no impide su consideración como concesión el dato de que el riesgo se encuentre *limitado* desde el inicio por razón de la configuración jurídico-pública del servicio. Esto es lo que ocurre en sectores con tarifas reglamentadas, siempre que no

arreglo a tarifas establecidas, cuando la entidad adjudicadora debe compensar al prestador las pérdidas derivadas de la explotación y además se le garantiza una cantidad en concepto de beneficio (apartados 52-55). A nivel nacional, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Valencia sostiene la imposibilidad de utilizar la figura concesional para la prestación de los servicios públicos de recogida de residuos urbanos y de limpieza viaria, cuando la retribución del contratista no depende de la explotación del servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y sin competencia (Informes 4/211, de 22 de noviembre y 4/2012, de 9 de mayo).

³⁰ Así lo manifiesta, de forma reiterada, el TJ desde la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* (Asunto C-206/08), apartado 77 y 78; de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst* (Asunto C-274/09), apartado 29; y de 10 de noviembre de 2011, Norma-A SIA (Asunto C-348/10), apartado 45). Un resumen de la evaluación de esta jurisprudencia en CARANTA, R., “La Corte de giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione”, en *Urbanistica e appalti*, nº 3, 2012, en particular, págs. 291-297.

³¹ A título de ejemplo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACP Madrid) considera que existe un *riesgo operacional de suficiente entidad* en un contrato de gestión de una escuela infantil en el que el Ayuntamiento se compromete a abonar una parte del precio equivalente a la cantidad ofertada por el adjudicatario, en la medida que este último asume íntegramente el riesgo de impago de los deudores por la prestación del servicio (esto es, el Ayuntamiento garantiza como máximo la cantidad objeto de licitación, por importe de 145.376 euros, mientras que la cantidad restante del presupuesto del contrato, por importe de 204.996 euros, carece de garantía). Resolución del TACP Madrid nº 105/2014, de 25 de junio (similares supuestos se plantean en las Resoluciones 92 a 104/2014).

³² STJ de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser* (C-206/08), apartados 77 y 80. El matiz es importante, teniendo en cuenta que el TRLCSP (arts. 215, 253 y 257TRLCSP) permite moderar los límites del riesgo de demanda, con el fin de no desincentivar la iniciativa privada (vid. LAXO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional...”, loc. cit., pág. 154). A este respecto, sostiene la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que “el establecimiento de cláusulas que supongan una reducción parcial del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza propia de las concesiones siempre que no desaparezca el núcleo de tal asunción. Es decir siempre que, considerado el término de vida de la concesión, *el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto*, aun cuando éste haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto periodo o en relación a determinadas circunstancias” (Informe 69/09, de 23 de julio de 2010).

cubra la totalidad de los costes e inversiones soportados por el concesionario; o cuando la normativa contractual prevé una *compensación parcial*, incluida la que corresponda por extinción anticipada de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicadora³³, o por causas de fuerza mayor (considerando 19 de la Directiva).

3º.- La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una *exposición real a las incertidumbres del mercado*, que bien puede consistir en un *riesgo de demanda*, en un *riesgo de suministro* o en ambos a la vez (considerando 20 y art. 5)³⁴. Con esta fórmula, se incluye tanto el *riesgo de frecuentación o de uso* (demanda real de las obras o servicios), como el *riesgo de oferta*, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda; desoyendo aquellas voces críticas, provenientes principalmente del sector de las infraestructuras de transporte, que proponían suprimir el riesgo de demanda en favor del riesgo de disponibilidad (atendiendo al grado de cumplimiento)³⁵. Quiere esto decir que la remuneración derivada de la utilización de la obra o de la demanda de servicios no puede ser inferior a la que reciba como compensación por la inversión realizada o por la calidad de la prestación.

La cuestión es concretar el tipo de riesgos al se refiere el legislador comunitario y su posible equiparación con el concepto de *riesgo y ventura*³⁶. La clave para responder a esta pregunta la encontramos ya en la STJ de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst* (Asunto C-274/09) como resultado de diferenciar el “riesgo de explotación económica” de la “mala gestión” empresarial; siendo así que el riesgo operacional va a tener un significado más restrictivo que el riesgo y ventura inherente a la ejecución de todo contrato público (art. 215 TRLCSP).

Si bien la Directiva de concesiones no establece una equivalencia con los criterios del Eurostat³⁷, ambos instrumentos precisan que el riesgo operacional debe

³³ Cabe recordar que el artículo 271 TRLCSP recoge la obligación de la Administración de abonar al concesionario de obras públicas la inversión patrimonial neta necesaria para la explotación de la obra, aun cuando le sea imputable la resolución de la concesión.

³⁴ Esta matización tiene su origen en las enmiendas 65 y 84 presentadas por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo (*Documento de sesión de 1 de febrero de 2013*, págs. 56-57 y 66). A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario (considerando 20 de la Directiva).

³⁵ El legislador comunitario sustituyó los términos previstos en la Propuesta de Directiva, que incluía el riesgo relacionado con la *utilización de las obras o la demanda de servicios* (uso efectivo por los usuarios finales) y el *riesgo de disponibilidad* de las infraestructuras (volumen y calidad). La redacción inicial motivó el malestar del sector concesional español de infraestructuras de transporte, partidario de mitigar e, incluso, suprimir el riesgo por demanda y de vincular los ingresos del concesionario bien a *niveles de inversión* en la infraestructura, bien a *indicadores de calidad* del servicio prestado (disponibilidad, congestión, seguridad, estado de los activos, etc.). Véase, al respecto, VAZQUEZ DEL REY, R., “Proyecto de Directiva de Concesiones”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 32, 2012, págs. 58-60; y LAXO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional...”, loc. cit., pág. 155.

³⁶ Mantiene la equiparación de ambos conceptos el estudio elaborado por la Comisión de Concesiones y Servicios de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), con el título *La inversión de infraestructuras públicas en España. Propuesta de mejora del marco legal y la práctica de la contratación pública en materia de concesiones y colaboración público-privada*, págs. 28 y 29 (http://www.ceoe.es/resources/image/inversion_infraestructuras_publicas_espana_propuesta_mejora_marco_legal_2013.pdf).

³⁷ La *transferencia de riesgos* constituye también el elemento clave a efectos de la determinación de los niveles de déficit y deuda públicos derivados de concesiones y de contratos de colaboración público-privado. Como regla básica, los activos de la colaboración público-privada se deben computar como activos no públicos y, por lo tanto, se deben contabilizar en el balance del socio privado si cumplen las dos condiciones siguientes: a) el socio asume los *riesgos de construcción*; y b) el socio asume, al menos,

derivarse de *factores externos* que escapen del control de las partes (considerando 20) y, por lo tanto, ajenos a las condiciones en las que el concesionario ejecuta el contrato. Por lo tanto, se trata de un riesgo que, aunque previsible, debe ser *incierto*. En la mencionada Sentencia de 10 de marzo de 2011, el TJ ha tenido la oportunidad de identificar algunos de estos factores, entendiendo como tales los riesgos derivados de: a) enfrentarse a la competencia de otros operadores; b) un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios; c) la insolvencia de los deudores por los servicios prestados; d) que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación; y f) incluso, el de la responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio” (apartado 37)³⁸.

De contrario, no serán determinantes a los efectos de la calificación del contrato los riesgos vinculados a la mala gestión o a errores de apreciación del operador económico, al incumplimiento del contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, ya que éstos se consideran *riesgos inherentes a cualquier tipo de contrato* (considerando 20)³⁹.

En definitiva, con independencia de la calificación jurídica que tenga en el Derecho nacional, todos los contratos que no conlleven la transferencia al concesionario de la responsabilidad de explotación en los términos expuestos no tendrán la consideración de concesión y, por consiguiente, quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23/UE⁴⁰.

el *riesgo de disponibilidad* (pago en función de la calidad alcanzada) o el *riesgo de demanda* (pago en función del número de usuarios), o ambos, tal como fue diseñado en el contrato (Decisión Eurostat 18/2004, de 11 de febrero de 2004, *Treatment of public-private partnerships*). El nuevo Sistema de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea -SEC-2010- se encuentra regulado en el Reglamento (UE) n° 549/2013, de 21 de mayo. Vid. EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt Implementation of ESA10*, 6ª ed., Luxemburgo, 2013, págs. 283-284. Sobre el tema se pueden consultar MARTÍNEZ MANZANEDO, R., “La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95)”, en *Presupuesto y Gasto Público*, n° 45, 2006, págs. 187-196; y el más reciente trabajo de MACHO PÉREZ, A.B., y MARCO PEÑAS, E., “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat”, en *RAP* n° 194, 2014, págs. 437-474.

³⁸ Sostiene el TJ que existe *riesgo de explotación*, aunque sea muy limitado, cuando el importe de los precios por la utilización de los servicios depende del resultado de negociaciones anuales con terceros, sin que se le garantice al concesionario la cobertura íntegra de los costes soportados; no afecta a esta consideración el hecho de que los precios no sean pagados directamente por los usuarios, sino por una oficina liquidadora central encargada de recaudar y abonar esos importes en forma de pagos a cuenta periódicos; puesto que todas las remuneraciones del prestador de servicios proceden de personas distintas de la entidad adjudicadora que le ha atribuido el contrato (apartados 29 y 48).

³⁹ La Comunicación interpretativa de 2000 (nota 12, pág. 10) considera también riesgo inherente a todo contrato los riesgos resultantes de cambios normativos (por ejemplo, en materia de protección medioambiental o de fiscalidad) o el riesgo de obsolescencia técnica (que el art. 247.4 TRLCSP impone al concesionario de obra pública).

⁴⁰ La Directiva de concesiones identifica, asimismo, otros supuestos que no deben considerarse concesiones: a) la mera financiación de una actividad, en particular por medio de subvenciones; b) los sistemas que permitan el acceso permanente de los operadores económicos a la prestación de determinados servicios bajo condiciones de transparencia y no discriminación, pudiendo los clientes elegir entre los distintos operadores autorizados (como podría ser el caso de los servicios sociales); c) las autorizaciones que establezcan las condiciones para el ejercicio de una actividad económica; d) los acuerdos que reconozcan el derecho de un operador económico para explotar determinados bienes o recursos de carácter público (puertos, aeropuertos, etc.), sin contratar obras o servicios específicos; e) los acuerdos que confieren derechos de paso relativos a la utilización de bienes públicos inmobiliarios para el suministro o explotación de líneas fijas o redes destinadas a prestar un servicio público, en la medida que no impongan la obligación de suministro de servicio ni impliquen adquisición alguna de servicios; y f) los contratos que no conlleven pagos al contratista o en los que éste reciba su retribución de acuerdo con

Ahora bien, esto no significa que la transferencia del riesgo de explotación esté reñida con la necesidad de garantizar el *equilibrio económico financiero del contrato*. Todo lo contrario: el éxito de la técnica concesional pasa por garantizar la viabilidad de la operación⁴¹. A estos efectos juega un papel relevante la duración de la concesión, que deberá garantizar una *retribución suficiente del contratista* sin restringir la libre competencia más allá de lo necesario. A esta finalidad va dirigido el artículo 18.2 de la nueva Directiva, que establece una salvaguarda para las concesiones que duren más de cinco años: la *duración máxima* no podrá exceder del tiempo que resulte razonablemente previsible para el concesionario pueda *recuperar las inversiones* previstas para la ejecución de la concesión junto con un *rendimiento* (beneficio) sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación⁴². Obviamente, ello no impide que los poderes y entidades adjudicadoras puedan adjudicar una concesión por un tiempo inferior al necesario para recuperar las inversiones, “siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el *riesgo operacional*” (considerando 52).

2.2. **Ámbito subjetivo: órgano contratante y operadores económicos.**

A. *Dualidad de órganos contratantes: poder adjudicador versus entidad adjudicadora.*

El ámbito subjetivo de la Directiva 2014/23/UE es el resultado de integrar la terminología de la Directiva clásica (poderes adjudicadores) y de la Directiva de los sectores especiales (entidades adjudicadoras). Esta última amplió la noción de *órgano contratante* con la finalidad de evitar la huida de la legislación comunitaria en el caso de los contratos adjudicados por empresas públicas y por entidades privadas que sean titulares de derechos especiales o exclusivos en esos sectores.

La Directiva de concesiones mantiene en esencia el mismo esquema, con algunas modificaciones. En efecto, como precisa el artículo 1.2, ésta se aplicará a las concesiones de obras o de servicios que otorguen: a) los *poderes adjudicadores*; o b) las *entidades adjudicadoras*, siempre –en este último caso- que las obras o servicios estén destinados a la realización de alguna de las actividades recogidas en el anexo II (relativas a los sectores especiales, con la excepción de los sectores del agua, como se explicará más adelante)⁴³.

tarifas reglamentadas que cubran la totalidad de los costes e inversiones realizadas (considerandos 12 a 17).

⁴¹ Así lo manifiesta el *Libro Verde sobre colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (Bruselas, 30.4.2004, COM(2004) 327 final, pág. 16). En la doctrina, vid. RUIZ OJEDA, A., *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 469-549; VALCALCER FERNÁNDEZ, P., *Ejecución y financiación de obras públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 381-420; y VILLALBA PÉREZ, F., “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), nº 2, 2014, págs. 14-15 (disponible en formato electrónico en [http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path\[\]=10193](http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=REALA&page=article&op=view&path[]=10193)).

⁴² Las inversiones a tener en cuenta serán tanto las iniciales como las posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, lo que incluye gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales.

⁴³ El proyecto de Directiva distinguía entre “concesión de obras públicas” y “concesión de obras” en función de la naturaleza del concedente (poder adjudicador o entidad adjudicadora, respectivamente); distinción que se suprimió en el trámite de primera lectura, al no añadir ningún valor al texto, mediante la presentación de la enmienda nº 65 de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo (*Documento de sesión de 1 de febrero de 2013*, págs. 56-57). También se suprimió, por la misma razón de simplificación, la regulación de la adjudicación de concesiones conjuntas entre

a) El concepto de *poder adjudicador* responde al sentido tradicional, que se recoge en las Directivas de contratación de segunda generación⁴⁴. Tienen esta consideración los órganos que integran la Administración estatal, autonómica (regional) y local; los organismos de Derecho público; y las asociaciones formadas por uno o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público que no desarrollen ninguna de las actividades del anexo II (art. 6).

Dentro de esta categoría, el término más conflictivo ha sido el de “*organismo de derecho público*”⁴⁵. La diversidad de modelos organizativos que existe en los diferentes Estados miembros llevó a la Comisión Europea a precisar su significado en la Directiva 89/440/CEE. En esta cuestión, la Directiva de concesiones (art. 6.4) no introduce cambio alguno, reiterando los tres criterios distintivos ya clásicos; a saber:

- Creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan *carácter industrial o mercantil*⁴⁶. Se considera que no cumple este requisito todo organismo que opere en condiciones comerciales normales, tenga por objeto obtener un beneficio y soporte las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad (considerando 21).
- Dotado de *personalidad jurídica*.
- Y que el Estado, las autoridades regionales o locales u otros organismos de Derecho público sean los responsables de algunos de los siguientes aspectos: i) de su financiación mayoritaria (esto es, en más de la mitad); ii) de su supervisión; o iii) del nombramiento de más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de supervisión.

Como viene reiterando el TJ, atendiendo al doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia, el concepto de “organismo de derecho público” debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia; lo que incluye también a las *sociedades mercantiles bajo control público* que cumplan de forma acumulativa con los tres requisitos descritos anteriormente, sin que la forma jurídica de las entidades de que se trate tenga relevancia alguna⁴⁷.

b) No obstante, los cambios más significativos están relacionados con el alcance del término “*entidades adjudicadoras*” (art. 7). Integran esta categoría tres grupos de sujetos diferentes: i) los propios *poderes adjudicadores*; ii) las *empresas públicas* sobre las que uno o varios poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, en los

poderes y entidades adjudicadoras de diferentes Estados miembros, prevista en el artículo 31 del proyecto (enmienda nº 194, págs. 137-141).

⁴⁴ El concepto actual proviene de la Directiva 89/440/CEE, que modifica la Directiva 71/305/CEE, que regulaba el contrato público de obras; de donde pasó a la Directiva 90/531/CEE, sobre contratación en los sectores excluidos (sectores especiales).

⁴⁵ A este respecto, son conocidos los reiterados incumplimientos del Estado español en relación con la obligación de adaptar correctamente el concepto de “organismo público” previsto en las Directivas. Vid. SSTJ de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España* (C-214/00); de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España* (C-283/00); y de 13 de enero de 2005, *Comisión/España* (C-84/03).

⁴⁶ Por “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” se entiende aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante, por razones de interés general (por todas, STJ de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, citada en la nota anterior).

⁴⁷ SSTJ de 1 de febrero de 2001, *Comisión/Francia* (C-237/99); de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau y otros* (C-470/99); y de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (C-373/00); cuya fundamentación se reitera en Sentencias posteriores.

términos previstos en el apartado cuarto⁴⁸; e iii) las entidades que operen en virtud de *derechos especiales o exclusivos*, siempre y cuando tales derechos no hubiesen sido otorgados respetando los principios de transparencia (publicidad adecuada) y de igualdad de trato (sobre la base de criterios objetivos)⁴⁹.

El elemento aglutinador de las “entidades adjudicadoras” (y, a su vez, diferenciador del concepto de poder adjudicador) es que adjudiquen una concesión para realizar algunas de las actividades del Anexo II, que como hemos anticipado son las relativas a los *sectores especiales*, con la excepción del sector del agua (gas, electricidad, transporte, servicios postales y explotación de una zona geográfica para la extracción de petróleo, gas, carbón u otros combustibles sólidos). Con el fin de garantizar una verdadera apertura del mercado y un justo equilibrio en la aplicación de la normativa, el legislador comunitario establece un régimen uniforme para todas las concesiones adjudicadas en estos sectores, con independencia de la naturaleza jurídica (pública o privada) de la entidad adjudicadora. Se trata, como señala el considerando 24 de la Directiva de concesiones, de “velar por que no se atente contra la igualdad de trato entre las entidades adjudicadoras del *sector público y privado*”, lo que supone una extensión del ámbito de aplicación no prevista en el TRLCSP.

B. Los operadores económicos: en particular, las prohibiciones de contratar.

Los *operadores económicos* tienen reservado un papel protagonista en la Directiva sobre concesiones, cuyo objetivo prioritario consiste en garantizar el acceso efectivo y no discriminatorio al mercado concesional comunitario.

Bajo el concepto de *operador económico* se engloba a toda persona física o jurídica, pública o privada, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras (concesión de obras) o la prestación y la gestión de servicios (concesión de servicios)⁵⁰. Con esta fórmula, el legislador comunitario opta por una interpretación favorable a la participación más amplia posible de licitadores en el procedimiento de adjudicación de concesiones, en beneficio tanto de los operadores económicos, como de las propias entidades adjudicadoras, tal como había tenido ocasión de defender el Tribunal de Justicia. Es así que el concepto de operador económico ni se limita exclusivamente a las entidades que estén dotadas de una organización empresarial (por lo que también se pueden incluir las universidades públicas o privadas y las asociaciones sin ánimo de lucro), ni permite introducir requisitos particulares que puedan limitar el acceso a las licitaciones en función de la

⁴⁸ Se entiende por *empresa pública* (tal como se viene haciendo desde la Directiva de sectores excluidos de 1990) “toda empresa sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una *influencia dominante* por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que la rigen”; bien porque: a) se está en posesión de la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) se dispone de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o c) se puede designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de supervisión de la empresa (idéntico concepto viene recogido en la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados Miembros y las empresas públicas).

⁴⁹ En sentido contrario, carecerán de la condición de *entidad adjudicadora* y, por consiguiente, no se sujetarán a la presente Directiva cuando tales derechos hayan sido otorgados mediante un procedimiento con publicidad y de acuerdo con criterios objetivos. Tienen esta consideración: a) los procedimientos de licitación con convocatoria previa, de conformidad con la Directivas sobre contratación pública; y b) los procedimientos con arreglo a otros actos jurídicos de la Unión, recogidos en el anexo III de la Directiva de concesiones, que garanticen una transparencia previa adecuada para la concesión de autorizaciones sobre la base de criterios objetivos (art. 7.2).

⁵⁰ A su vez, la Directiva distingue entre candidato, licitador o concesionario, según el momento procedimental en el que se encuentre dicho operador económico (arts. 5 y 26).

forma jurídica y la organización interna de los mismos⁵¹. A este respecto, destacan dos tipos de medidas que tienen como finalidad abrir los contratos de concesión a la mayor competencia posible.

De una parte, se pretende potenciar el acceso de las *pequeñas y medianas empresas* (PYME) al mercado concesional⁵². Ello pasa, en primer lugar, por garantizar el carácter no discriminatorio, proporcional y equitativo de los criterios de selección y de evaluación cualitativa de los candidatos, a cuyos efectos es necesario que las condiciones de participación tengan relación y sean proporcionales con la capacidad del concesionario de ejecutar la concesión (art. 38.1). Y, en segundo lugar, por permitir que los candidatos puedan recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de sus vínculos, con tal de que puedan demostrar que, durante todo el periodo de la concesión, tendrán efectivamente a su disposición los medios necesarios para ejecutar el contrato; lo que podrá efectuarse mediante la presentación del compromiso de esas otras entidades (art. 38.2)⁵³.

Y, de otra parte, en concordancia con esto último, se establece también cierta flexibilidad en relación con las *agrupaciones temporales* de operadores económicos (arts. 26 y 38.3). En este sentido, la Directiva reconoce un principio general de libertad de formas jurídicas para poder concurrir a la licitación. Ello no obsta a que, de adjudicarse la concesión a un grupo de operadores económicos, los poderes o entidades adjudicadoras puedan exigir la adopción de una forma jurídica determinada, en la medida que sea necesaria para la correcta ejecución del contrato (por ejemplo, cuando se exija una responsabilidad solidaria).

Esta apuesta decidida por la apertura a la competencia, se complementa a su vez con una detallada regulación de las *causas de exclusión* del procedimiento de contratación, como ya sucedía en la Directiva de contratos de 2004 y se repite en la de 2014 (con la que presenta escasas diferencias); exclusión que se puede acordar en cualquier momento del procedimiento⁵⁴.

⁵¹ Como reconoce el TJ, la circunstancia de que la adjudicataria sea una entidad privada sin ánimo de lucro carece de pertinencia a efectos de la aplicación de la normativa comunitaria en materia contratación pública. En este sentido, la STJ de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMA* (C-305/08) habla de un “*espíritu de apertura* de los contratos públicos a la competencia más amplia posible”; en cuya consecuencia “puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución del contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de si opera sistemáticamente en el mercado o si sólo interviene con carácter ocasional, o si está o no subvencionada con fondos públicos” (apartado 42). En definitiva, concluye que nada impide participar a entidades cuya finalidad prioritaria no sea la obtención de lucro, no dispongan de una estructura organizativa empresarial y no garanticen una presencia regular en el mercado, como es el caso de las universidades y los institutos de investigación, así como los consorcios constituidos por universidades y administraciones públicas (apartado 45). En fecha más reciente, se pronuncian en la misma línea las SSTJ de 19 de diciembre de 2012, *Ordine degli Ingegnerie della Provincia di Lecce y otros* (Asunto C-159/11), apartado 26; de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock* (Asunto C-386/11), apartado 29. y de 19 de junio de 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE* (Asunto C-574/12), apartado 33.

⁵² La Comisión deberá evaluar las repercusiones económicas en el mercado interior de la participación de las PYME e informar al Parlamento y al Consejo a más tardar el 18 de abril de 2019.

⁵³ El art. 38.2, in fine, precisa que, por lo que se refiere a la solvencia financiera, el poder o entidad adjudicadora podrá exigir la *responsabilidad conjunta* de ambas partes para la ejecución del contrato.

⁵⁴ Aunque en relación con la Directiva 93/37/CEE, el TJ señala que debe interpretarse que la Directiva enumera de manera *exhaustiva* las causas que, sobre la base de consideraciones objetivas relacionadas con la aptitud profesional, puede justificar la exclusión de un contratista de la participación de un contrato público (lo que impide a los Estados miembros adicionar otras causas de exclusión relacionadas con la aptitud profesional). No obstante, ello no excluye la posibilidad de adoptar otras medidas de exclusión

Lo primero que procede indicar es que la Directiva de concesiones mantiene la distinción entre causas *preceptivas* y causas *facultativas* de exclusión, si bien lo hace con una redacción confusa y errónea. Es así que (a pesar de que su tenor literal parece indicar lo contrario) tanto los motivos previstos en el apartado 4 como en el apartado 5 del artículo 38 determinan la exclusión obligatoria del operador económico del procedimiento de adjudicación de la concesión: el apartado 4 se refiere a la condena por sentencia firme por participación en organización delictiva, corrupción, fraude, delito de terrorismo, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo o trabajo infantil u otras formas de trata de seres humanos⁵⁵; mientras que el apartado 5 alude al incumplimiento de las obligaciones inherentes al pago de impuesto o de las cotizaciones a la seguridad social acordado por resolución judicial o administrativa firme, con autoridad de cosa juzgada (en el caso de que sea otro el medio de acreditación, estaremos ante una causa de exclusión facultativa). La diferencia principal entre ambos apartados es que en este último se puede eludir la exclusión mediante el pago o un acuerdo de pago⁵⁶.

La segunda cuestión relevante es la incorporación de nuevas prohibiciones para contratar –de carácter facultativo– vinculadas con la preocupación del legislador comunitario por combatir el fraude, la corrupción y los conflictos de interés (art. 38.7, apartados d, e y h); así como relativas al incumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, laboral y social (apartado a)⁵⁷ o al incumplimiento de los requisitos de fondo de un contrato anterior (apartado f).

Una tercera observación tiene que ver con una posición –no confesada abiertamente– favorable a la admisión de los operadores económicos, que se manifiesta en tres circunstancias concretas:

a) La facultad de excepcionar las causas de exclusión obligatoria de los apartados 4 y 5 del artículo 38 por *razón imperiosa de interés general* (como la salud pública o la protección del medio ambiente).

que tengan por objeto garantizar la observancia de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia, siempre que tales medidas no excedan de lo necesario para alcanzar este objetivo (vid. STJ de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, Asunto C-213/07, apartados 43-39).

⁵⁵ La versión española incurre en un notorio error, al definir como facultativos (“podrá excluir”, indica el texto) los motivos recogidos en el artículo 38.4 (el mismo error se repite en el art. 38.8, párrafo primero). En realidad, sólo tienen esta condición en el supuesto específico previsto en el último párrafo de este apartado, que se refiere exclusivamente a las contrataciones llevadas a cabo por “las entidades adjudicadoras distintas a aquellas a las que se refiere el artículo 7.1, a)” (esto es, que tengan naturaleza empresarial); pero no en el supuesto común de procedimiento tramitados por poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras que tengan naturaleza pública. Dicho carácter preceptivo no solo se desprende de la propia Directiva de concesiones (que en los propios apartados 4 y 5 habla de exclusión obligatoria), sino que viene corroborado por la versión inglesa, que utiliza la expresión *shall exclude* (por lo demás, así constaba en la Directiva de contratos de 2004 y vuelve a reiterarse en la de 2014).

⁵⁶ En relación con la posibilidad de fijar –en la normativa nacional– un umbral preciso de exclusión en concepto de cotizaciones a la seguridad social, sostiene la STJ 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile* (Asunto C-358/12) que las Directivas no persiguen una aplicación uniforme de las causas de exclusión; siendo los Estados miembros son libres de completar estas causas con un grado de rigor que puede variar según los casos, en función de consideraciones de orden jurídico, económico y social prevalentes a escala nacional (apartados 36-38).

⁵⁷ El art. 38.7, a) se remite al art. 30.3 de la propia Directiva, que se refiere a la ejecución del contrato de concesión, lo que parece dar a entender que el incumplimiento de las referidas obligaciones a tener en cuenta es aquel que haya tenido lugar durante la ejecución de una concesión anterior (el considerando 55 habla de velar por el cumplimiento de las obligaciones en los ámbitos de la legislación ambiental, social y laboral, aplicables en el lugar en el que se realizan las obras o se presten los servicios).

b) La posibilidad de levantar la prohibición para contratar prevista en el mismo apartado 5 mediante el *pago* o el establecimiento de un *acuerdo vinculante* con vista al pago de los impuestos o de las cotizaciones de la seguridad social adeudadas (incluyendo los intereses y las sanciones impuestas); e, incluso, de establecer una excepción cuando resulte “claramente *desproporcionada*” o ante la *imposibilidad material* de adoptar dichas medidas con anterioridad a la expiración del plazo de presentación de la solicitud (apartado 6).

c) La imposibilidad de excluir a un operador económico por las causas previstas en los apartados 4 y 7 cuando adopte medidas suficientes que demuestren su *fiabilidad* (salvo que la exclusión hubiera sido acordada mediante sentencia firme)⁵⁸; y el establecimiento, en caso contrario, de un plazo máximo de exclusión, que no podrá exceder de cinco años (en el caso del apartado 4) y de tres años (en el del apartado 5).

III. ¿ESTÁN TODAS LAS CONCESIONES SUJETAS A LA DIRECTIVA? EL GENEROSO RÉGIMEN DE EXCLUSIONES.

3.1. Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por poderes y entidades adjudicadoras.

La Directiva 2014/23/UE se aplica a todas las concesiones de obras y de servicios que alcancen el umbral comunitario. Sin embargo, no todas las concesiones que superen esta cuantía tienen que adjudicarse con arreglo a sus disposiciones. Ello se debe a que existe un número considerable de concesiones que quedan fuera de su ámbito de aplicación. Por este motivo, tan importante como la delimitación conceptual es conocer el complejo *régimen de exclusiones* que introduce el legislador comunitario (Sección II del Capítulo I, arts. 10 a 17). No obstante, reproducir -con toda la gama de matices- el amplio listado de exclusiones puede resultar una tarea tan tediosa como innecesaria. En su lugar, nos limitaremos a dar cuenta de aquellos supuestos que pueden tener una mayor relevancia, por su trascendencia o novedad. Y es que una parte importante de las causas de exclusión vienen recogidas ya en las Directivas de 2004; otras, por el contrario, responden a la necesidad de positivizar la jurisprudencia del TJ o bien son fruto de las presiones ejercidas por los Estados miembros.

El primer bloque se refiere a las exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por los *poderes y entidades adjudicadoras*. Dentro de este numeroso grupo, se puede, a su vez, diferenciar entre exclusiones generales y exclusiones específicas:

a) Las *exclusiones generales* (art. 10) tienen que ver con:

- La existencia de *derechos exclusivos* (lo que obedece a la imposibilidad de seguir un procedimiento de adjudicación competitivo en estos casos)⁵⁹. Se pueden

⁵⁸ Se entienden como tal la compensación (o el mero compromiso) del daño causado, la colaboración con las autoridades investigadoras y la adopción de medidas técnicas, organizativas y personales apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

⁵⁹ Estas concesiones quedan al margen de la competencia en la medida que ningún otro operador económico estará en condiciones de prestarlo. El tema se planteó en la STJ de 18 de diciembre de 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia* (Asunto C-220/06), en relación con la decisión del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes de adjudicar los servicios postales –mediante un convenio de colaboración– a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.; afirmando el TJ que la no aplicación de la normativa de contratación no alcanza a los servicios postales no reservados (apartados 66-69). En este sentido, se excluyen de la Directiva las *concesiones de servicios* adjudicadas: a) a un *poder o entidad adjudicadora* que no sea empresa pública o entidad privada (o a una asociación de tales poderes o entidades); b) a un *operador económico*, siempre que dicho derecho exclusivo se haya otorgado de acuerdo con el TFUE y con la legislación comunitaria sobre normas

incluir aquí también las concesiones relativas a la explotación de *loterías* que los Estados miembros otorgue a un operador económico en virtud de un derecho exclusivo concedido por un procedimiento que no haya sido objeto de publicidad (apartado 9)⁶⁰.

- Los servicios de *transporte aéreo* y de *transporte de viajeros* por ferrocarril y carretera (en cambio, no se excluye el transporte de mercancía por ferrocarril o por carretera).

- La aplicación de procedimientos específicos de *organizaciones internacionales* o que vengan establecidos en virtud de acuerdos internacionales.

- Los ámbitos de la *defensa* y de la *seguridad* contemplados en la Directiva 2009/81/CE (por razón de seguridad, programas de cooperación, adjudicarse entre gobiernos o adjudicarse fuera de la UE, etc.).

- La *naturaleza de los servicios* prestados, como es el caso de: la prestación de determinados servicios de comunicación audiovisual o radiofónica (como la producción y coproducción de material audiovisual y otros servicios preparatorios, como guiones o actuaciones artísticas); los servicios de arbitraje y de conciliación; los servicios jurídicos (tales como representación y asesoramiento, certificación y autenticación notarial, entre otros) o financieros (relativos a la transmisión de título); los servicios de defensa civil, protección civil y protección de riesgos prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro (excepción hecha del transporte de pacientes en ambulancia, que quedan sujetos al régimen simplificado establecido para servicios sociales); y los servicios adjudicados por los partidos políticos en el contexto de una campaña electoral (en este caso, en realidad, no estamos en presencia de un poder o de una entidad adjudicadora).

- Las concesiones que otorguen las entidades adjudicadoras para el ejercicio de sus actividades en un *tercer país*, en condiciones que no supongan la explotación física de una red o de una zona geográfica dentro de la Unión.

b) Las *exclusiones específicas*, por su parte, están circunscritas a dos ámbitos o sectores materiales concretos:

- Exclusiones en el ámbito de las *comunicaciones electrónicas* (art. 11), que afectan a las concesiones que tengan por objeto principal permitir a los poderes

comunes de acceso al mercado en las actividades de los sectores especiales del Anexo II (gas, electricidad, servicios postales o explotación de una zona geográfica con vistas a la extracción de petróleo, gas o combustibles sólidos). En este último caso, a menos que la legislación sectorial establezca una regulación específica, existe la obligación de publicar un *anuncio de adjudicación* en los términos previstos en la Directiva (art. 32), con el fin de garantizar unas condiciones básicas de transparencia; así como el deber de informar a la Comisión de la concesión de tales derechos exclusivos.

⁶⁰ No obstante, el TJ aplica los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia a las modalidades de concesión que otorguen *derechos exclusivos* a favor de un único operador, con independencia de su calificación jurídica como *contrato* o como *autorización*. Este ha sido, por ejemplo, el caso de la adjudicación o renovación -sin publicidad previa- de diferentes concesiones para la explotación de juegos de azar: SSTJ de 13 de septiembre de 2007, *Comisión/Italia, Ennaloto* (C-260/04); 3 de junio de 2010, *Sporting Exchange Ltd* (C-203/08); 9 de septiembre de 2010, *Engelmann* (C-64-08); 16 de febrero de 2012, *Costa y Cifone* (C-72/10 y C-77/10); y 24 de enero de 2013, *Stanleybet International Ltd y otros* (C-186/11 y C-209/11). En la doctrina, vid. CARANTA, R., “Il principio di diritto comunitario della trasparenza/concorrenza e l'affidamento o rinnovo di concessioni di servizi pubblici (ancora in margine al caso Enalotto)”, en *Giurisprudenza italiana*, 2008, págs. 474-478; y HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “Monopolio en competencia. A propósito de la regulación de las loterías y apuestas en Europa”, en *Derecho Administrativo y regulación económica*, Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz, La Ley, Madrid, 2011, págs. 1659-1686.

adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones; o el suministro al público de uno o más servicios de comunicaciones electrónicas.

- Exclusiones en el *sector del agua* (art. 12), que afecta: i) a las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable o a suministrar agua potable a dichas redes; y ii) en la medida en que los servicios estén vinculados a una de las actividades mencionadas, a las concesiones de servicios para la evacuación o tratamiento de aguas residuales y para proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, con la condición de que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o instalaciones (considerando 40 y art. 12).

La exclusión de este sector específico (que tiene una gran trascendencia a nivel nacional) obedece a las reticencias de algunos Estados miembros, que –de este modo– pretenden garantizar su defensa frente a una potencial externalización o privatización de estos servicios⁶¹. En contrapartida, se establece la obligación de la Comisión de evaluar los efectos económicos sobre el mercado único de la exclusión del agua, debiendo entregar un informe al Parlamento y al Consejo antes del 18 de abril de 2019 (art. 53).

A nuestro juicio, también se podría incluir dentro de este grupo, el supuesto previsto en el artículo 16 de la Directiva, que hace referencia a la exclusión de las concesiones adjudicadas por entidades adjudicadoras al objeto de realizar algunas de las *actividades del Anexo II* (gas, electricidad, servicios postales,...), siempre que se encuentre sometida directamente a la *competencia*, en mercados sin limitaciones de acceso (conforme a lo previsto en los arts. 34 y 35 de la Directiva 2014/25/UE, sobre sectores especiales).

3.2. Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas a empresas vinculadas.

Siguiendo el criterio que ya venía rigiendo para los sectores especiales, la Directiva 2014/23/UE recoge determinadas exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas a una *empresa asociada* (art. 12) o a una *empresa conjunta* (art. 13). En ambos supuestos, se trata de concesiones otorgadas en el seno de una agrupación económica constituida, principalmente, para atender las necesidades de la propia entidad adjudicadora y no para operar en el mercado⁶². En concreto, quedan fuera de su ámbito de aplicación:

a) Las concesiones de obras o de servicios que las entidades adjudicadoras o las empresas conjuntas constituidas exclusivamente por éstas otorguen a una *empresa asociada*; entendiéndose como tal la que presente *cuentas consolidadas* con las entidades adjudicadoras (según lo dispuesto en la Directiva 2013/34/UE) o, en su defecto, exista

⁶¹ Detrás de esta exclusión podemos encontrar la iniciativa ciudadana europea sobre “*El Derecho humano al agua*”, que postula el reconocimiento del suministro de agua y el saneamiento como servicios públicos esenciales y su exclusión de las normas del mercado interior y de la política de liberalizaciones (dicha iniciativa consiguió recabar más de un 1,8 millones de firmas, siendo la mayor parte en Alemania). Al respecto, la Directiva 2000/60/CE, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, señala que “el agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal”; considerándose el abastecimiento como un servicio de interés general. Sobre el concepto de “servicios relacionados con el agua” es de interés la STJ de 11 de septiembre de 2014, *Comisión/Alemania* (Asunto C-525/12).

⁶² A los efectos de verificar la existencia de esta relación, la Directiva establece un deber de comunicación a la Comisión por parte de las entidades adjudicadoras de la creación de dichas empresas y de las concesiones que se adjudiquen (art. 15)

una *influencia dominante* –directa o indirecta- entre ellas o se encuentren sometidas a la influencia dominante de otra empresa (en los términos previstos en la propia Directiva).

No obstante, con el fin de evitar distorsiones de la competencia que puedan ir en beneficio de dichas empresas, se exige que el 80% de la actividad del promedio del volumen de negocios total que la empresa asociada haya realizado en los tres últimos años provenga no sólo de la realización de obras o de la prestación de servicios a la propia entidad adjudicadora, sino también de otras empresas con las que esté asociada; lo que, sin duda alguna, reducirá las posibilidades de abusar de este motivo de exclusión.

b) Las concesiones otorgadas por una entidad adjudicadora a una *empresa conjunta* o viceversa, siempre que las entidades adjudicadoras que la constituyen formen parte de la misma al menos durante un periodo de tres años.

Ello permitirá a las entidades adjudicadoras realizar encargos directos a sus empresas vinculadas sin tener que sujetarse a las normas previstas en la Directiva de concesiones.

3.3. Concesiones entre entidades del sector público.

El último supuesto, y también el más novedoso, es el que tiene que ver con la exclusión de determinados contratos celebrados entre diferentes entidades del sector público, entre los que se incluyen tanto los supuestos de contratación doméstica (*in house providing*) como de “cooperación horizontal”; a los que las nuevas Directivas le dedican una especial atención. Ello se debe a que estamos ante uno de los temas que ha suscitado mayor conflictividad, lo que ha originado un reiterado posicionamiento del Tribunal de Justicia, cuya doctrina acoge en su esencia el legislador comunitario, introduciendo algunos cambios significativos destinados, principalmente, a reducir el margen de discrecionalidad de algunos criterios jurisprudenciales poco precisos⁶³.

Por lo que se refiere al ámbito que nos ocupa, la Directiva de concesiones parte de una premisa inicial: el hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de la normativa sobre contratación

⁶³ Sobre la regulación comunitaria de la contratación *in house* o con medio propio instrumental existe también una importante bibliografía. Además de las colaboraciones en los comentarios a la legislación de contratos, cabe mencionar: SOSA WAGNER, F., y FUERTES LÓPEZ, M., “¿Pueden los contratos quedar en casa? (La polémica europea sobre la contratación *in house*)”, en *La Ley*, nº 3, 2007, págs. 1669-1680; GALETTA, D.U., “Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed *in house providing* nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale”, en *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nº 1, 2007, págs. 17-50; PERNAS GARCÍA, J., *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008; BERNAL BLAY, M. A., “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2007 (AS. C-295/05. ASEMFOVS. TRAGSA)”, en *REDA* nº 137, 2008, págs. 115-138; CAVALLO, R., y CASALINI, D., “Control over *in-house providing* organisations”, en *PPLR* nº 5, 2009, págs. 227-240; COMBA, M., y TREUMER, S. (eds.), *The In-House Providing in European Law*, Djof Publishers, Copenhagen, 2010; NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, en *RAP* nº 182, 2010, págs. 159-190; PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, BOE, Madrid, 2010; GIMENO FELIU, J.Mª., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas-Thomson Reuters, 2010, págs. 101-125; FERRARO, V., “Partenariati pubblico-privati ed *in house providing*”, *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nº 6, 2010, págs. 1501-1546. En relación con la nuevas Directivas, WIGGEN, J., “Directive 2014/24/EU: The New Provision on Co-operation in the Public Sector”, en *PPLR* nº 3, 2014, págs. 83-93.

pública. No obstante, la adjudicación de contratos onerosos entre entidades del sector público se mueve entre dos líneas extremas: de una parte, en coherencia con el *principio de libertad de elección* de los modos de gestión (art. 1.1), no cabe interferir la facultad de los poderes públicos para prestar los servicios con *medios propios* (administrativos, técnicos o de cualquier otro tipo) o mediante cooperación con otras autoridades públicas⁶⁴; y, de otra parte, debe evitarse que la exclusión de este tipo de operaciones de la normativa de contratación pueda falsear la *competencia*, colocando al prestador de servicios en situación de ventaja respecto de sus competidores (considerando 45).

Atendiendo a este doble condicionante, el artículo 17 de la Directiva de concesiones excluye de su ámbito de aplicación dos tipos de concesiones entre entidades del sector público: a) las que se adjudiquen a *personas jurídicas controladas* o viceversa (apartados 1, 2 y 3); y b) aquellas otras por las que se establezcan una *cooperación entre diferentes poderes o entidades adjudicadoras* para la realización de una misión de servicio público común (apartado 4). Ambos supuestos marcan el límite exterior del mercado interior europeo, compartiendo un común denominador: que la actividad principal de la entidad concesionaria no esté dirigida a producir bienes o prestar servicios en el mercado libre y, por lo tanto, no pueda competir con otras empresas.

A. Las contrataciones domésticas (cooperación vertical):

La primera causa de exclusión se refiere a las *concesiones* adjudicadas por una autoridad pública a otra entidad con personalidad jurídica propia que se sitúe bajo su control (ente instrumental personificado). Para ello es necesario que el órgano contratante ejerza sobre el concesionario un *control análogo* al que ejerce sobre sus propios servicios (de ahí la denominación de contratación *in house*). Se entiende como tal la capacidad de influir de forma decisiva tanto en los objetivos estratégicos como en las decisiones fundamentales de la persona jurídica controlada⁶⁵. Tiene que ser un control efectivo y no meramente formal, que se podrá ejercer tanto de forma *individual* (directa o indirecta) como *conjuntamente* con otros poderes o entidades adjudicadoras.

En el primer caso *-control individual-*, la Directiva precisa que dicho control podrá ser ejercido de *forma indirecta*, a través de un controlador interpuesto; esto es, “por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador o entidad adjudicadora” (art. 17.1, *in fine*)⁶⁶. Por su parte, para que pueda

⁶⁴ Tal como precisa el artículo 2.1 de la Directiva, las autoridades públicas pueden optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios, en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos. A efectos de la aplicación de la normativa comunitaria, las consecuencias son bien diferentes.

⁶⁵ Señala la STJ de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (C-324/07), y se reitera en otras posteriores, que a estos efectos cabe considerar la posesión del capital de la entidad concesionaria, la composición de los órganos de gobierno y el alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector (apartado 29).

⁶⁶ El problema del *control indirecto* se planteó en la STJ de 11 de mayo de 2006, *Cabotermo SpA* (Asunto C-340/04), afirmando el Tribunal que la intervención de un intermediario “puede debilitar el eventual control ejercido por el poder adjudicador sobre una sociedad anónima por el mero hecho de participar en su capital (apartado 39). Ahora, la Directiva excepciona las relaciones verticales de segundo nivel (lo que se conoce, expresivamente, como relación abuela-nieta). Más problemática resulta la aplicación de la excepción *in house* a las denominadas operaciones “internas horizontales”, en las que la entidad adjudicadora ejerce un control análogo sobre dos operadores económicos distintos, uno de los cuales adjudica un contrato al otro (cooperación en diagonal). La STJ de 8 de mayo de 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg* (Asunto C-15/13) consideró contrario al derecho comunitario un contrato de suministro de sistemas informáticos celebrado entre la Universidad de Hamburgo y la empresa pública HIS, cuyo capital social estaba integrado en una tercera parte por el Estado Federal alemán y en dos

apreciarse la existencia de un *control conjunto* deben darse todas y cada una de las siguientes condiciones: a) que todos los poderes o entidades adjudicadores participantes estén representados en los órganos decisorios de la persona jurídica controlada; b) que éstos puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada; y c) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes o entidades adjudicadores que la controlan (art. 17.3)⁶⁷.

Junto al requisito del “vínculo interno”, para estar en presencia de un *medio propio* es necesario, además, que se cumplan -de forma acumulativa- otras dos condiciones:

1º.- Que la entidad controlada mantenga un “vínculo de actividad” o “de destino”, que se cumple cuando dedique más del 80 % de sus actividades a la ejecución de funciones que le hayan sido asignadas por el poder o entidad adjudicadora que la controla (o por otras personas jurídicas controladas por éstos), independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato (el propio poder o entidad adjudicadora o los usuarios de los servicios) o el territorio donde se realiza la prestación⁶⁸.

Frente al criterio propuesto por la Comisión de Asuntos Jurídicos, la Directiva flexibiliza el requisito de actividad previsto en la propuesta de la Comisión (art. 15), de acuerdo con el texto de las enmiendas 125 y 130 presentadas por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor. Es así que, en su versión definitiva se produce una rebaja de 10 puntos porcentuales, sin otra justificación que la mera coincidencia con la cifra que se aplica en el supuesto de las *empresas asociadas*⁶⁹. La constatación de este porcentaje abre un nuevo frente de conflicto que la Directiva pretende atajar precisando que, a efectos de su cálculo, se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total o una medida basada en una actividad alternativa adecuada, tales como los costes soportados en relación con servicios,

terceras partes por todos los Länder alemanes, correspondiendo el 4,16% a la Ciudad de Hamburgo, al considerar que no se cumplía el requisito del “control análogo” entre las entidades intervinientes (apartados 31 a 33). De esta forma, el Tribunal rechaza pronunciarse sobre la aplicación de esta causa de exclusión a las contrataciones domésticas “horizontales”.

⁶⁷ El *control conjunto* había sido aceptado en las SSTJ de 19 de abril de 2007, *Asemfo* (Asunto C-295/05), apartado 62; 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (C-324/07), apartados 46-50; 10 de septiembre de 2009, *Sea* (Asunto C-573/07); y –en particular- 29 de noviembre de 2012, *Econord* (Asuntos C-182 y 183/11), apartados 28-33. Inicialmente, la propuesta de Directiva establecía un cuarto punto, que se suprimió (flexibilizando la aplicación de la excepción); nos referimos a la prohibición de obtener otro beneficio que no fuera el reembolso del coste real de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores. Previamente, este criterio había sido utilizado en la STJ de 9 de junio de 2009, *Comisión/Alemania* (Asunto C-480/06) para excluir la licitación en un supuesto de “cooperación horizontal” (apartado 43). Sin embargo, en la STJ de 19 de diciembre de 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros* (Asunto C-159/11) se descartó que fuera, por sí mismo, un elemento determinante de la existencia de un control análogo en situaciones de relación vertical (apartado 29).

⁶⁸ La necesidad de que la entidad controlada realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes que la controlan viene reconocido ya en la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal* (Asunto C-107/98), apartado 50. Sin embargo, el TJ no llega a concretar ningún límite porcentual; en su lugar, considera que concurre este requisito “cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial (que la controla), de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal”. En cambio, sí precisa que, en la hipótesis de una entidad controlada por varios entes territoriales, la actividad a tomar en consideración es la que realice con el conjunto de entes territoriales. Vid., por todas, STJ de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo* (Asunto C-340/04), apartado 63.

⁶⁹ Casualmente, el 80% es el volumen de facturación externo previsto en la STJ de 19 de junio de 2014, *Centro Hospitalario de Setúbal* (Asunto C-574/12).

suministros y obras en los tres años anteriores a la adjudicación de la concesión. Cuando no sea posible disponer de esta información, será suficiente mostrar que el cálculo de la actividad es verosímil, en especial mediante proyecciones de actividades (art. 17.5).

2º.- Que no exista *participación privada directa* en el capital de la empresa controlada (lo que lleva a excluir a las empresas de economía mixta)⁷⁰. Es así en la medida que el Tribunal de Justicia ha entendido que: i) la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa la entidad adjudicadora excluye que pueda ejercer un control análogo a que ejerce sobre sus propios servicios; y ii) cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados, alejándose de los objetivos de interés público; por lo tanto, la adjudicación de la concesión sin un procedimiento competitivo otorgaría al operador económico privado con presencia en el capital de la persona jurídica controlada una ventaja indebida respecto a sus competidores⁷¹.

Sin duda alguna, esta vinculación entre propiedad pública y control de la decisión, con independencia de su mayor o menor acierto⁷², facilita la tarea de verificar el cumplimiento de los requisitos en orden a evitar el uso abusivo de esta cláusula con el fin de falsear la competencia. No obstante, aquí también se puede decir que toda regla tiene una excepción. Es así que, frente a la rotunda afirmación de la jurisprudencia, la Directiva añade una matización, al excepcionar el supuesto de que la *participación de los operadores económicos privados* en el capital de la persona jurídica controlada sea *obligatoria* en virtud de una disposición nacional que sea conforme a los Tratados (el preámbulo se refiere a organismos públicos de afiliación obligatoria, encargados de la prestación de ciertos servicios públicos); con la condición, eso sí, de que dicha participación no permita controlar ni bloquear a la persona jurídica controlada y no confiera una influencia decisiva en sus decisiones, en los términos ya expuestos⁷³.

⁷⁰ Por el contrario, a los efectos de valorar la existencia de una operación *in house*, resulta irrelevante la participación de capital privado en los poderes o entidades adjudicadores (considerando 46). Quiero esto decir que una empresa mixta podría adjudicar un contrato a una filial sin aplicar la Directiva, siempre que cumpla los criterios previstos del artículo 17.1.

⁷¹ Por todas, SSTJ de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau* (Asunto C-26/03), apartado 48; y de 10 de noviembre de 2005, *Comisión/Austria* (Asunto C-29/04). En esta última Sentencia, el TJ señala que el cumplimiento de este requisito no debe ceñirse estrictamente al momento en que adjudique el contrato público, sino que procede valorar también los acontecimientos ocurridos con posterioridad, con el fin de no menoscabar el efecto útil de las Directivas (en el supuesto analizado, poco tiempo después de adjudicarse un contrato municipal de recogida y tratamiento de residuos, la entidad adjudicadora cedió el 49% de las participaciones de la sociedad concesionaria a una empresa privada).

⁷² A favor de un margen de participación privada se han manifestado CAVALLO, R., y CASALINI, D., “Control over In-house Providing Organisations”, loc. cit., pág. 239-240; en contra de flexibilizar este criterio, WIGGEN, J., “Directive 2014/24/EU...”, loc. cit., págs. 85-86. Hay que recordar que, frente al criterio de la Directiva de concesiones, el artículo 5.2 del Reglamento (CE) n° 1370/2007, de 23 de octubre de 2007, sobre los *servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera*, dispone que “la propiedad del 100% por parte de la autoridad pública competente, en particular en el caso de colaboraciones público-privadas, no constituye un requisito obligatorio para determinar que existe un control en el sentido del presente apartado, siempre que exista un influencia pública dominante y que pueda determinarse el control sobre la base de otros criterios”.

⁷³ El hecho de que ésta sea la única excepción admitida por el legislador comunitario, permite cuestionar la aplicación de la doctrina contenida en la STJ de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (Asunto C-196/08), que estima conforme con el Derecho comunitario la adjudicación directa de la gestión en exclusiva de un servicio público a una sociedad de economía mixta de capital público mayoritario creada especialmente para prestar dicho servicio y con ese único objeto social, cuando el único socio privado “sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros,

Finalmente, cabe indicar también que esta exclusión es bidireccional, lo que quiere decir que se hará extensiva también a las concesiones que una *entidad controlada* adjudique a su *poder o entidad adjudicadora de control* o a otra persona jurídica controlada por éstos, siempre y cuando el concesionario no cuente con participación directa de capital privado, con la excepción expuesta anteriormente (art. 17.2). En cualquier caso, la aplicación de esta causa de exclusión está lejos de ser pacífica, en la medida que no falta quien considera que, de acuerdo con una lectura conjunta del apartado primero, sólo operaría cuando la actividad de mercado del concesionario no excediera del 20% (aspecto que no se recoge de forma expresa en la norma)⁷⁴.

B. La cooperación horizontal (público-público):

La segunda causa de exclusión tiene que ver con la posibilidad que tienen las entidades públicas de *cooperar para la realización de una misión de servicio público común*, sin necesidad de adoptar una forma jurídica concreta (cooperación horizontal no institucionalizada). Es así que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva las concesiones adjudicadas exclusivamente entre *poderes o entidades adjudicadoras* para la prestación conjunta de servicios públicos. Son *contratos* a través de los cuales se formaliza una cooperación de carácter horizontal entre distintas autoridades u organismos públicos, en los que no procede aplicar el criterio del control análogo⁷⁵.

El Tribunal de Justicia ha elaborado una doctrina consolidada en torno a la *colaboración entre autoridades públicas*, precisando que la normativa sobre contratación pública no se aplicará cuando se cumplan los siguientes criterios acumulativos: primero, los contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas *sin la participación de una empresa privada*; segundo, la cooperación responda exclusivamente a la persecución de objetivos de *interés público* (que han de ser comunes a ambas entidades); y tercero, *no se favorezca a ningún prestador privado* respecto a sus competidores. Por el contrario, no se cumplirán estos requisitos cuando: una parte de la actividad prestada por la entidad adjudicataria al amparo del contrato no vaya dirigida a garantizar la prestación de una misión de servicio público común; o la entidad adjudicataria pueda recurrir a un tercero para ejecutar las tareas previstas en el contrato, pudiendo originar una situación ventajosa respecto a las demás empresas que operan en el mismo mercado⁷⁶.

técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse”, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios del Derecho comunitario” (apartado 63).

⁷⁴ En este sentido se pronuncia WIGGEN, J., “Directive 2014/24/EU...”, loc. cit., págs. 87. Este apartado hace referencia a las denominadas operaciones “inversas”, que aún no han sido objeto de tratamiento por parte del TJ. Es así que el *Informe de la Comisión de Asuntos Jurídico* del Parlamento europeo propuso su supresión, por entender que “va más allá de la sentencia Teckal y restringe excesivamente la competencia (enmienda n° 31, pág. 330).

⁷⁵ Tampoco se verán afectadas por la Directiva, por ser una cuestión de organización interna, las transferencias de competencias entre poderes o entidades adjudicadoras para desempeñar funciones públicas que no prevean una retribución por la ejecución de un contrato (art. 1.4).

⁷⁶ A título de ejemplo, cabe indicar que el TJ ha admitido esta exclusión en su Sentencia de 9 de junio de 2009, *Comisión/Alemania* (Asunto C-480/06), con motivo del acuerdo celebrado entre diferentes entidades territoriales para la *gestión mancomunada* del tratamiento de residuos (apartados 44 y 47). En cambio, lo ha rechazado en la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros* (Asunto C-159/11), a raíz de un contrato de consultoría celebrado entre una entidad pública (la Azienda Sanitaria Locale di Lecce) y una Universidad pública para el estudio y evaluación de la vulnerabilidad sísmica de las instalaciones hospitalarias provinciales, a cuyos efectos podía contratar a colaboradores externos altamente cualificados (apartados 35 a 38; véase un comentario en CARANTA, R., “Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici”, en *Urbanistica e appalti*, n° 4,

Ahora, la Directiva de concesiones da un paso más en la labor de concretar el concepto de “cooperación”, introduciendo dos importantes novedades que tienen como cometido flexibilizar los criterios establecidos por el TJ:

De una parte, también en este caso se exige un vínculo de actividad, que se cumple cuando “las entidades o poderes adjudicadores participantes realicen en el *mercado abierto* menos del 20% de las actividades que se lleve a cabo mediante la cooperación” (art. 17.4); o, lo que es lo mismo, que el 80% de su actividad esté directamente relacionada con la prestación de una misión de servicio público (porcentaje que se calculará de acuerdo con los criterios expuestos más atrás)⁷⁷.

Y, de otra parte, como contrapartida se suprime la referencia a la inexistencia de *capital privado* en cualquiera de los poderes o entidades adjudicadoras (a la que alude tanto en la jurisprudencia como la propuesta de la Comisión). Esto significa -como aclara el considerando 46- que, al menos como regla de principio, los organismos de derecho público que tengan participación de capital privado también podrán estar en condiciones de hacer uso de la excepción por cooperación horizontal.

Por lo demás, aclarando las dudas planteadas en algunos conflictos, el preámbulo de la Directiva señala que la aplicación de esta causa de exclusión no depende de la actividad realizada, sino del *compromiso* de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate. Por lo tanto: a) puede incluir todo tipo de actividades asignadas o asumidas por los poderes o entidades participantes, lo que puede comprender tanto tareas obligatorias como facultativas; y b) los servicios prestados no han de ser necesariamente servicios idénticos, sino que también pueden ser complementarios. En todo caso, como establece la jurisprudencia, esta cooperación debe estar guiada únicamente por consideraciones de *interés público*; lo que afecta de igual modo a todas las transferencias financieras entre los poderes o entidades adjudicadoras participantes (considerando 47)⁷⁸.

3.4. Exclusión de las relaciones de naturaleza administrativa.

El artículo 17 de la Directiva no recoge todos los supuestos de cooperación entre entidades del sector público. Quedan al margen las relaciones administrativas, que carecen de carácter contractual, y que, por lo tanto, están también excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas.

Este último fue el caso de la empresa pública española *Tragsa*, que el Tribunal de Justicia calificó como “medio propio instrumental y servicio técnico” de varias Administraciones españolas, en la medida que, de una parte, está obligada a realizar, con carácter exclusivo, por sí misma o por medio de sus filiales, las actividades que le encomienden las Administraciones que ostentan su capital social, y, de otra, no tiene la

2013, págs. 391-397); y, también, en la Sentencia de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock* (Asunto C-386-11), relativa a un proyecto de contrato entre dos entes territoriales (el Municipio de Düren y el Distrito de Düren) a través del cual el primero transfiere al segundo la competencia de limpieza de edificios públicos mediante una compensación económica que se corresponde con los costes incurridos, pudiendo este último recurrir -para ejecutar dicha tarea- a terceros con capacidad para operar en el mercado (apartados 37 y 40).

⁷⁷ Al igual que sucede en las operaciones verticales, se flexibiliza la propuesta de la Comisión, que inicialmente establecía un volumen de negocio en el mercado libre del 10%; frente a la posición de la Comisión de Asuntos Jurídicos que proponía suprimir toda actividad de mercado (enmiendas nº 34 y 35, pág. 331).

⁷⁸ Al igual que sucede en la contratación doméstica, el texto definitivo de la Directiva elimina también la prohibición -prevista en el art. 16.4,d de la propuesta- de incluir transferencias financieras distintas a las correspondientes al reembolso de los gastos reales de las obras, servicios o suministros.

posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus actuaciones⁷⁹. En ese momento, el capital social de la adjudicataria pertenecía en un 99% a la Administración del Estado (a través de la Dirección General del Patrimonio, la SEPI y de un fondo de garantía agraria) y en el 1% restante a cuatro Administraciones autonómicas; realizando más del 55% de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35% con el Estado. La STJ de 19 de abril de 2007, *Asemfo* (Asunto C-295/05) es clara cuando señala que “si Tragsa no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones” no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas, en cuanto a la existencia de un contrato (considerando 54)⁸⁰.

Este tipo de situaciones está previsto en el preámbulo de la Directiva de concesiones, cuando –en clara alusión a la Sentencia *Asemfo*– afirma que “existen algunos casos en los que una entidad jurídica actúa, con arreglo a las disposiciones pertinentes de la legislación nacional, como un *instrumento o servicio técnico* para determinados poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras, y está obligada a cumplir las instrucciones recibidas de estos poderes o entidades adjudicadores, sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución”.

El legislador comunitario concluye que se trata de “una relación meramente administrativa y que carece de carácter contractual”, que debe quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de concesión. Aunque la distinción con la cooperación horizontal puede resultar difícil, en este caso, nos encontramos ante un supuesto de *transferencia de competencias o de responsabilidades* para el ejercicio de funciones públicas, de los previstos en el artículo 1.4 de la Directiva, que es tratado como “un asunto de organización interna del Estado”, que no se ve afectado por la aplicación de la legislación de contratos públicos. El criterio delimitador se sitúa en que la susodicha asistencia administrativa se ejerza como consecuencia de una obligación legal o del cumplimiento de un acto unilateral y no en virtud de un contrato.

IV. ¿IMPONE LA DIRECTIVA UN PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN? PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCEDIMENTALES.

4.1. La publicidad como garantía de concurrencia y transparencia.

A diferencia de lo que sucede con los contratos públicos clásicos, en materia de concesiones el legislador comunitario renuncia a regular tanto los procedimientos de contratación, como los criterios de selección del contratista y de adjudicación de los contratos⁸¹. Como vimos más atrás, su objetivo es mucho más modesto, aunque no

⁷⁹ SSTJ de 08 de mayo de 2003, *España/Comisión* (Asunto C-349/97), apartado 205; y de 19 de abril de 2007, *Asemfo* (Asunto C-295/05), apartado 65.

⁸⁰ De acuerdo con esta jurisprudencia, la D.A. 25ª TRLCSP establece el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA), y de sus filiales, en tanto que medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas. En su apartado segundo se precisa que “las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de *encomiendas de gestión* de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado”.

⁸¹ Quizá sea en este aspecto en el que se producen las diferencias más notables en relación con el proyecto de Directiva, que quedaría absolutamente descafeinado tras el debate parlamentario, en aras de conseguir una mayor flexibilidad. Por este motivo, se suprimen del texto final: a) los criterios sobre las especificaciones técnicas –y, en consecuencia, los medios de prueba exigibles–, por ser “excesivamente detalladas y contrarias al principio de transferencia del riesgo” (enmiendas nº 195, 196 y 218); b) las normas sobre negociación, “en aras de la flexibilidad” (enmiendas nº 199, 219 y 220); y c) la regulación

menos importante si nos movemos en un contexto europeo: establecer una regulación de mínimos, que garantice la aplicación uniforme en todos los Estados miembros de los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia. De acuerdo con dicho objetivo, el detalle y minuciosidad con que se describe el ámbito de aplicación da paso -al llegar al Título II- a unas reglas básicas sobre la adjudicación del contrato. En coherencia con esta postura, se proclama el *principio de libertad de organización del procedimiento* de elección del concesionario, sujeto al cumplimiento de los principios y de las garantías establecidas en la propia Directiva (art. 30.1)⁸².

Como primera medida, la Directiva de concesiones establece determinadas normas dirigidas a garantizar la obligación de publicidad (arts. 31 a 33), el acceso electrónico a la documentación (art. 34) y la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses (art. 35). No obstante, nos ocuparemos tan sólo de las normas relativas a la *publicidad de las concesiones*, por ser las que presentan una mayor conflictividad.

Como señala el TJ, la aplicación de los principios comunitarios impone a la autoridad concedente una obligación de transparencia que se traduce en una doble exigencia: a) en el deber de garantizar una *publicidad adecuada* que permita abrir el procedimiento de adjudicación a la competencia y controlar la imparcialidad de dicho procedimiento⁸³; y b) en el deber de *informar a los interesados* de la adjudicación con cierta antelación a la celebración del contrato para que estos dispongan de la posibilidad real de interponer un recurso y solicitar medidas cautelares antes de la formalización, garantizando la tutela judicial efectiva⁸⁴. De acuerdo con estos presupuestos, la Directiva de concesiones impone una doble obligación de publicidad, que deberá materializarse en las fases inicial y final del procedimiento de adjudicación⁸⁵:

En primer lugar, los poderes o entidades adjudicadoras deben publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea -con arreglo a los formularios normalizados- un *anuncio de concesión*, que va dirigido a dar a conocer su voluntad de contratar con el fin de promover el desarrollo de una competencia efectiva (art. 31)⁸⁶. El contenido mínimo de este anuncio viene determinado en el Anexo V de la Directiva y comprende

de la oferta económicamente más ventajosa y de la evaluación de los costes del ciclo de vida, en tanto que “el concedente es libre de elegir los criterios de adjudicación que considere pertinentes, respetando las normas de la presente Directiva” (enmiendas nº 221 y 222).

⁸² “Las concesiones –nos vuelve a recordar el considerando 68- suelen ser acuerdos a largo plazo y complejos en los que el concesionario asume responsabilidades y riesgos que tradicionalmente recaen en los poderes y entidades adjudicadores y son normalmente de su competencia. Por tal motivo, y a reserva del cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva y de la observancia de los principios de transparencia e igualdad de trato, debe concederse a los poderes y entidades adjudicadores suficiente flexibilidad para definir y organizar el procedimiento que conduce a la selección del concesionario”.

⁸³ Vid. STJ de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Francia (Asunto C-225/98), apartado 34.

⁸⁴ Vid. STJ de 11 de septiembre de 2014, *Ministero dell’Interno* (Asunto C-19/13), apartado 60.

⁸⁵ En el caso de las concesiones de *servicios sociales* y de aquellos otros servicios específicos del Anexo IV se establece un régimen diferenciado de publicidad, que viene recogido en los arts. 31.3 y 32, y que pasa por la publicación de un *anuncio de información previa*.

⁸⁶ “El principio de transparencia –sostiene el TJ- implica que todos los requisitos y modalidades del procedimiento de adjudicación se formulen de manera clara, precisa y unívoca, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, de forma que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata (SSTJ de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99, apartado 111; y de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Países Bajos*, Asunto C-368/10, apartado 109).

la información relativa a: la identificación del poder o entidad adjudicadora; la descripción de la concesión, con referencia –en relación con cada lote- a la naturaleza de la prestación, valor estimado, duración, admisión de variantes, etc.; las condiciones de participación en el procedimiento –con indicación de si está reservada a determinados sectores sociales o a una determinada profesión-; las fechas de presentación de solicitudes o de recepción de ofertas y dirección a la que deben enviarse; los criterios de adjudicación y, en su caso, los requisitos mínimos que deben cumplirse; el procedimiento y plazos de adjudicación; y las condiciones particulares a las que está sometida la ejecución; entre otros datos⁸⁷.

El considerando 50 se limita a señalar que el anuncio de concesión precede a la adjudicación de las concesiones. No obstante, atendiendo a la información que debe recoger, consideramos que dicho anuncio puede ser utilizado como medio de *convocatoria de la licitación* (al igual que sucede con el *anuncio de licitación* en las otras dos Directivas)⁸⁸. Así se desprende del artículo 39.3, cuando dispone que el plazo mínimo -de 30 días- para la recepción de las solicitudes de participación se computará “a partir de la fecha de envío del anuncio de concesión”.

En segundo lugar, los poderes o entidades adjudicadoras están obligadas a publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea un *anuncio de adjudicación*, con el resultado del procedimiento de contratación (art 32). Dicha publicación deberá producirse dentro de los 48 días siguientes a la adjudicación y contendrá la información enumerada en el Anexo VII, con indicación –entre otra cuestiones- del procedimiento utilizado, del número de ofertas recibidas, de los licitadores seleccionados, de las condiciones principales económicas de la concesión, así como del órgano responsable de los procedimientos de recurso. Además de una finalidad de transparencia, dicho anuncio cumple con la misión de facilitar el control del procedimiento de adjudicación por todos los candidatos y licitadores.

La Directiva adopta también una cautela con el fin de evitar que se pueda producir una situación de ventaja competitiva de los licitadores nacionales frente a los potenciales licitadores de otros Estados miembros. A tal efecto, prohíbe la publicación oficial a escala nacional de los anuncios de concesión y de adjudicación con anterioridad a su publicación europea, a menos que esta última no se lleve a cabo en el plazo de 48 horas posterior a la confirmación de su recepción –de forma electrónica- por parte de la Oficina de Publicación de la Unión Europea (art. 33.4).

Un último deber de información afecta a los poderes o entidades adjudicadoras que modifiquen una concesión por causas que no estuvieren previstas en la documentación inicial, en cuyo caso deberán publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea un *anuncio de modificación*, con la información recogida en el Anexo XI. Ésta incluirá la descripción de la modificación operada y las circunstancias que la motivaron, así como el órgano competente a efectos de la interposición de recurso (art. 43.1, *in fine*).

4.2. Garantías procedimentales básicas.

Como hemos indicado, la Directiva de concesiones deja abierta la posibilidad de utilizar cualquier procedimiento que respete los principios básicos de la contratación pública, previstos en el artículo 3. En su lugar, se limita a fijar determinadas reglas

⁸⁷ El artículo 37.4 precisa que la modificación de alguno de estos datos requerirá la comunicación a todos los operadores económicos, lo que requerirá la publicación oficial de un nuevo anuncio de concesión.

⁸⁸ Art. 49 de la Directiva 2014/24/UE y art. 69 de la Directiva 2014/25/UE.

procedimentales dirigidas a garantizar el cumplimiento de dichos principios (que parecen estar dirigidas, más bien, a los Estados que carecen de legislación propia en materia de concesiones). De modo particular, cabe mencionar las siguientes previsiones:

1º.- Se podrá *limitar el número de candidatos o de licitadores* con la condición de que se haga de forma transparente, con arreglo a criterios objetivos y se garantice la existencia de una competencia real (dejando a los Estados miembros la determinación del número mínimo de candidatos).

2º.- El poder o entidad adjudicadora podrá *negociar* el contenido de los contratos con los candidatos (sin vinculación alguna a un determinado tipo de procedimiento). Únicamente se excluyen de la negociación el objeto, los criterios de adjudicación y los requisitos mínimos (características técnicas, físicas, funcionales y jurídicas) establecidos en el anuncio de concesión o en la invitación a presentar oferta⁸⁹.

3º.- Sólo se permite la adjudicación de la concesión sin dicha publicación previa *-procedimiento negociado sin publicidad-* en dos supuestos tasados (reduciendo, así, los previstos en la Directiva general)⁹⁰:

a) Cuando *-por razones técnicas, de exclusividad o de propiedad intelectual-* existe *un único operador económico* que pueda ejecutar el contrato, de forma tal que la publicación no tendría los efectos pretendidos de estimulación de la competencia. Por ello, es necesario que esta situación no haya sido creada *ex profeso* por el propio poder o entidad adjudicadora con el fin de favorecer a un determinado operador económico, a cuyos efectos el concedente deberá acreditar que no existe otra alternativa o sustituto razonable (tal como también reconoce el TJ)⁹¹.

b) Cuando haya quedado *vacante* un procedimiento anterior (por no haberse presentado ninguna solicitud de participación u oferta o ninguna de las

⁸⁹ A los efectos de establecer esta negociación, se garantiza la protección de la información confidencial (art. 28) y la utilización no discriminatoria de la información que pueda dar ventaja a unos candidatos frente a otros (art. 30.2). En otro orden, la STJ de 18 de diciembre de 2010, *Comisión/Irlanda* (Asunto C-226/09) precisa que los criterios de adjudicación no deben ser objeto de modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación (apartado 60).

⁹⁰ A pesar del silencio de las Directivas, la STJ de 27 de octubre de 2005, *Comisión/Italia* (Asuntos C-187/04 y 188/04), admitió la aplicación del *procedimiento negociado sin publicidad* en las concesiones de obras públicas, en los mismos términos excepcionales y de acuerdo con los presupuestos previstos para los contratos públicos de obras (esta sentencia no está publicada en la recopilación de jurisprudencia). Por su parte, la *Propuesta de Directiva* incluía un tercer supuesto, relativo a la ejecución de obras o servicios nuevos que consistan en la repetición de otros similares encargados al mismo operador económico, siempre que se ajusten a un proyecto base en el que se fundamentó la adjudicación de la concesión inicial; que se eliminó del texto final. Tampoco se incluye la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad “por razones de urgencia imperiosa” resultante de hechos que el poder adjudicador no hubiera podido prever (que recoge tanto la Directiva general de 2004 como la de 2014).

⁹¹ El TJ sostiene que la aplicación de esta excepción debe ser objeto de una interpretación estricta y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de la misma. En el mismo sentido se pronuncia la STJ de 10 de abril de 2003, *Comisión/Alemania* (Asuntos acumulados C-20/01 y 28-01), en la que se afirma que, a falta de otro elemento de prueba, la utilización de criterios ambientales y la proximidad de las instalaciones -o del prestador del servicio- no permiten justificar la adjudicación de un contrato de eliminación de residuos a través de un procedimiento negociado sin publicidad (apartados 52-68). Del mismo tenor es la STJ de 14 de septiembre de 2004, *Comisión/Italia* (Asunto C-385/02), apartados 17-38.

presentadas fuera “adecuada”⁹². Debe entenderse que en el primer procedimiento ya se publicó un anuncio de concesión, por lo que no resulta necesario publicar uno nuevo, en tanto que no se modifiquen de forma sustancial las condiciones iniciales de la concesión (y, en su caso, se remita el informe que pueda requerir la Comisión).

4º. También se flexibilizan los *plazos de recepción de ofertas* o de solicitudes de participación. Estos se fijarán por los poderes adjudicadores en función de la complejidad de la concesión y del tiempo necesario para su preparación; estableciéndose, como garantía, un plazo mínimo –común a todos los procedimientos– de 30 días a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación; o de 22 días, en el supuesto de que el procedimiento se desarrolle por etapa. Dicho plazo podrá ampliarse cuando la preparación de la oferta o de la solicitud de participación requiera visitar el terreno o consultar *in situ* la documentación; y, por el contrario, podrá reducirse en 5 días, cuando se acepte la presentación telemática.

5º. Cuando el procedimiento se desarrolle en *etapas sucesivas*, con el fin de reducir el número de ofertas, el poder o entidad adjudicadora deberá llevar un registro de las diferentes etapas, que garantice el cumplimiento de los criterios de confidencialidad.

6º. El concedente deberá *comunicar* a todos los participantes la organización del procedimiento de adjudicación y un plazo de ejecución aproximado; así como todas las decisiones tomadas en relación con la adjudicación, salvo que concurran razones de interés público o de competencia comercial que aconsejen la no comunicación⁹³. Asimismo, a petición de los licitadores que hubieran presentado una oferta admisible, deberá informar por escrito (en el plazo máximo de 15 días) de las “características y ventajas relativas a la oferta seleccionada”; lo que deberá realizarse de forma lo suficientemente precisa como para permitir a los licitadores conocer los elementos de hecho y de derecho que justifican su decisión⁹⁴.

7º. Las concesiones deberán otorgarse en función de los criterios de adjudicación entre los licitadores que cumplan los requisitos mínimos (condiciones y características de la licitación) y las condiciones de participación (criterios de selección), y no esté excluido de participar en el procedimiento (prohibiciones para contratar).

8º. Las decisiones del concedente están sometidas al control de los licitadores a través del *recurso especial* previsto en las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE (oportunamente modificadas); lo que implica la aplicación de un plazo de garantía (que puede ser de 10 o de 15 días) entre la adjudicación del contrato y su celebración (arts. 46 y 47) y la eliminación de las restricciones previstas en el artículo 40 TRLCSP.

⁹² El concepto de “inadecuada” incluye no sólo las propuestas irregulares e inaceptables, sino también las que, de forma manifiesta, no puedan satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y requisitos especificados en la documentación de la concesión.

⁹³ En particular, la Directiva hace mención a los nombres de los licitadores seleccionados, los motivos de la desestimación de la solicitud de participación o la oferta, las razones de la no adjudicación del contrato o de la reiniciación del procedimiento (art. 40.1).

⁹⁴ Según la Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2013, *European Dynamics Luxembourg* (Asunto T-165/12), la entidad adjudicadora no está obligada a poner a disposición del licitador no seleccionado el informe de evaluación de la oferta presentada, ni tampoco un “análisis comparativo minucioso” con la oferta seleccionada (apartados 50-51 y 86).

4.3. Criterios de selección y de adjudicación.

El cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación y la finalidad de asegurar una competencia efectiva pasa, necesariamente, por garantizar la objetividad de los criterios de selección de los candidatos y de adjudicación del contrato. Como no podía ser de otra manera, la Directiva de concesiones insiste en esta cuestión en los artículos 38 y 41, aunque lo hace de una forma lacónica si se compara con otras materias que pueden resultar de menor trascendencia. Así, por ejemplo, a diferencia de lo que sucede en el resto de contratos públicos, nada concreta sobre la delimitación de ambos criterios, los requisitos exigibles, los medios de prueba, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa o las bajas temerarias, entre otras cuestiones. Por el contrario, se otorga a la entidad contratante una amplia facultad para elegir los criterios de selección y de adjudicación que considere más apropiados al objeto de la concesión⁹⁵, siempre que se respeten las garantías mínimas que recoge la propia Directiva.

En primer lugar, es condición indispensable que los *criterios de selección cualitativa* (vinculados, en esencia, a la aptitud del contratista para ejecutar la concesión) respondan a la finalidad de garantizar una competencia real, para lo cual deberán guardar una relación directa con el objeto del contrato y ser proporcionales a la necesidad de garantizar la capacidad del concesionario de ejecutar la concesión (evitando toda referencia a un volumen de negocio mínimo anual). Las *condiciones de participación* relativas a la capacidad y solvencia de los licitadores se podrán acreditar bien con las declaraciones que presenten los propios candidatos o bien con los medios de prueba que se especifiquen en el anuncio de licitación, que –por la misma razón– no podrán ser discriminatorios y deberán ser proporcionales al objeto de la concesión (art 38).

Y, en segundo lugar, resulta necesario también que los *criterios de adjudicación* estén vinculados al objeto de la concesión, tal como se esté definido conforme a los requisitos técnicos y funcionales; sin que puedan conferir al concedente una libertad de elección ilimitada (art. 41)⁹⁶. Estos criterios presentan cuatro notas delimitadoras, que

⁹⁵ La distinción entre los *criterios de selección* y los *criterios de adjudicación* no siempre ha sido cuestión pacífica (vid. TREUMER, S., “The distinction between selection and award criteria in EC Public Procurement Law: a rule without exception?”, en *PPLR* n° 3, 2009, págs. 103-111; ORTHMANN, M., “The experience of the Bidder as Award Criterion in EU Public Procurement Law”, en *Humboldt Forum Recht*, n° 1/2014, págs. 1-16, edición digital que se puede consultar en <http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=286>). Tras un primer momento de imprecisión, el TJ termina adoptando una interpretación restrictiva, que le lleva a afirmar que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato constituyen “criterios de selección cualitativa” y, por lo tanto, no pueden tener el carácter de criterios de adjudicación (por todas, STJ de 9 de octubre de 2014, *Comisión/España*, Asunto C-641/13 P, apartado 36; en dicho pleito, el Reino de España argumentó –entre otros motivos– que la experiencia se admite como criterio de adjudicación en la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –UNCITRAL–, resolviendo el TJ que dicho texto constituye una mera recomendación que no tiene valor vinculante y que no puede prevalecer sobre las disposiciones de las Directivas). No obstante, esta situación cambia con las nuevas Directivas, en la medida que tanto la Directiva general como la de sectores especiales permiten a los poderes adjudicadores utilizar la *organización, la cualificación y la experiencia del personal* encargado de ejecutar el contrato como criterio de adjudicación, en la medida que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta (considerando 94 y art. 67.2, b de la Directiva 2014/24/UE; y considerando 99 y art. 82.5 de la Directiva 2014/25/UE).

⁹⁶ La Directiva de concesiones se hace eco de la doctrina del TJ, que prescribe la licitud de los *criterios de adjudicación* siempre que: a) estén relacionados con el objeto del contrato; b) no atribuyan una libertad incondicional de elección; c) vengan mencionados expresamente en el pliego de condiciones o en el

tienen como finalidad facilitar al concedente la labor de comparar y evaluar de manera objetiva las ofertas presentadas, como son: *objetividad, verificación, jerarquización e inmutabilidad*. En consecuencia, se exige que: a) sean criterios objetivos, con el objeto de garantizar la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva; b) vengán acompañados de requisitos que permitan verificar la información proporcionada por los licitadores⁹⁷; c) se enumeren en orden de importancia decreciente, con el fin de permitir a los potenciales licitadores conocer todos los elementos que han de tomarse en consideración; y d) no se modifiquen como consecuencia de las negociaciones que se lleven a cabo con los licitadores durante el procedimiento de adjudicación⁹⁸. En relación con este tema, cabe formular dos observaciones adicionales.

De una parte, las *especificaciones técnicas y funcionales* pueden venir determinadas por referencia a los “procesos de producción o de prestación de las obras o servicios” (como pueden ser, por ejemplo, los métodos de producción ecológica o la procedencia de los productos del comercio justo), con la condición de que respeten los principios comunitarios, lo que requiere que: a) estén vinculadas a la materia objeto del contrato; b) sean proporcionadas; y c) que no tengan como finalidad favorecer o descartar ciertas empresas o productos determinados⁹⁹. En este sentido, se prevé la inclusión de “niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la seguridad o las dimensiones, la terminología, los símbolos, los ensayos y métodos de ensayo, el marcado y etiquetado o instrucciones de uso”. Al mismo tiempo, con el fin de favorecer la competencia, se prohíbe al concedente rechazar una oferta por incumplimiento de los requisitos técnicos o funcionales cuando el licitador pruebe, por cualquier medio adecuado, que las

anuncio de licitación; y d) respeten los principios fundamentales de Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación (por todas, STJ 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, Asunto C-513/99, apartados 59-69). En consecuencia, sostiene la STJ de 7 de octubre de 2004, *Comisión/Italia* (Asunto C-247-02), que la imposición por el legislador nacional de un único criterio de adjudicación, de manera general y abstracta, priva a las entidades adjudicadoras de la posibilidad de tomar en consideración la naturaleza y peculiaridades de los contratos, aisladamente considerados, eligiendo el que considere más idóneo para cada uno de ellos (apartado 40). Vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La exclusión de las subastas en los contratos de concesión de obras públicas”, en Mignone, Pericu y Roversi-Monaco, *Le esternalizzazioni*, Bononia University, Bolonia, 2007, en particular, págs. 346-349.

⁹⁷ Vid., STJ de 4 de diciembre de 2003, *EVN y Wienstrom* (Asunto C-448-01), apartados 50-52.

⁹⁸ Por el contrario, se prescinde de la referencia a la *ponderación* de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa (que se mantiene en las otras dos Directivas de contratación), por no ser acorde con la necesidad de flexibilidad que se postula (vid. enmienda nº 219; *Documento de sesión de 1 de febrero de 2013*, pág. 162). A este respecto cabe recordar que la STJ de 18 de diciembre de 2010, *Comisión/Irlanda* (Asunto C-226/09) ha señalado que, a falta de disposición específica en la Directiva, no está justificado considerar que el alcance del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia llegue a exigir que la ponderación relativa a los criterios utilizados por el órgano de contratación se tenga que determinar previamente y anunciar a los licitadores potenciales cuando se les invita a presentar sus ofertas (apartado 43).

⁹⁹ Precisa el TJ que los principios de la adjudicación de los contratos públicos revisten una importancia crucial en lo que se refiere a las *especificaciones técnicas*, debido a los riesgos de discriminación vinculados a la manera de formularlas. Es así que tales especificaciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia, por lo que deberán ser suficientemente precisas para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a los poderes adjudicadores adjudicarlo. Ello se traduce en que, en lo que respecta a los *requisitos ambientales*, los poderes adjudicadores pueden recurrir a las especificaciones detalladas de una etiqueta ecológica, pero no a una etiqueta determinada, que sólo podrá utilizarse –de forma secundaria– como medio de prueba sin perjuicio de cualquier otro medio adecuado. Vid. STJ de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Países Bajos* (Asunto C-368/10), apartados 62-70 y 93-97.

soluciones que propone cumplen “*de forma equivalente*” con las especificaciones previstas en la documentación (art.36)¹⁰⁰.

Y, de otra, no se requiere que todos los criterios de adjudicación sean de naturaleza exclusivamente económica o cuantitativa (considerando 73). Por el contrario, el concedente podrá basar su decisión en *criterios cuantitativos y cualitativos* que permitan garantizar la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva y determinar la existencia de una “ventaja económica global”. En esta línea, en coherencia con la política general de la Unión, la Directiva de concesiones recoge la posibilidad de incluir criterios *medioambientales, sociales o relacionados con la innovación* que sean compatibles con el Derecho comunitario¹⁰¹.

En este último caso, se permite incluso modificar el *orden de clasificación* de los criterios de adjudicación, de manera excepcional, con el fin poder valorar una solución innovadora presentada por un licitador que aporte un nivel excepcional de rendimiento funcional, que no se hubiera podido prever anteriormente (lo que deberá motivarse de forma adecuada). En la medida que esta facultad se puede prestar a prácticas fraudulentas, ante la necesidad de garantizar un trato igualitario a todos los licitadores (efectivos o potenciales), deberá procederse a cursar una nueva invitación a presentar ofertas o, si procede, a publicar un nuevo anuncio de concesión (art. 41 *in fine*). La modificación del orden de clasificación no puede dar lugar a discriminación, por lo tanto no podrá conllevar la inadmisión de ninguno de los licitadores participantes, ni se puede realizar con el fin de favorecer a una oferta determinada¹⁰².

V. ¿SE OCUPA EL LEGISLADOR COMUNITARIO DE REGULAR LA EJECUCIÓN DE LAS CONCESIONES?

5.1. Mayor control y transparencia en la subcontratación.

La preocupación prioritaria del legislador comunitario por garantizar el acceso – transparente y en condiciones de igualdad- de los operadores económicos a los procedimientos de contratación, le ha llevado tradicionalmente ha desentenderse de la ejecución de los contratos, que pasaba por ser una cuestión exclusiva de las legislaciones nacionales. Esta situación cambia con las nuevas Directivas, que se marcan nuevas metas, entre las que cabe mencionar la eficiencia del gasto público y la integración de las políticas sociales y ambientales; lo que lleva a extender la aplicación de los principios fundamentales de la contratación a la fase de ejecución contractual (tal

¹⁰⁰ Sólo de modo excepcional, cuando no sea posible hacer una descripción precisa e inteligible del objeto del contrato, los requisitos técnicos y funcionales pueden hacer referencia a una fabricación o procedencia determinada, a un procedimiento concreto o a marcas, patentes o tipos; lo que deberá venir acompañada de la mención “o equivalente” (art. 36.2).

¹⁰¹ La normativa de la Unión Europea no sólo no se opone, sino que pretende favorecer que los poderes adjudicadores incorporen criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de las concesiones que estén basadas en consideraciones de carácter *ambiental* (como puede ser la utilización de fuentes de energía renovables, la eficiencia energética o la reducción de residuos) o *social* (utilización de productos procedentes del comercio justo, abono de un salario mínimo, conciliación de la vida familiar, integración social, accesibilidad, etc.), tal como se recoge en los considerandos 64 a 70 de la Directiva de concesiones.

¹⁰² En tanto que no se modifique el sistema actual de presentación y valoración de ofertas, con el fin de evitar distorsiones en la valoración, esta “solución innovadora” debería formar parte del sobre que contenga los criterios que dependan de un juicio de valor y, en todo caso, procederse a su consideración antes de la apertura de los sobres referentes a los criterios cuantificables de forma automática (en este sentido se pronuncian GONZÁLEZ DE OLANO, G., y NAVARRO MANICH, J.A., “Comentarios a 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”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 37, 2014, pág. 54).

como había anticipado la STJ *Succhi de Futta* de 2004). En particular, la Directiva de concesiones se ocupa de tres cuestiones relativas a la ejecución, como son la subcontratación (art. 42), la modificación (art. 43) y la resolución (art. 44).

Por lo que se refiere a la normas sobre *subcontratación*, el legislador de la Unión persigue un doble objetivo, que se entiende sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de establecer normas más estrictas de responsabilidad¹⁰³.

En primer lugar, pretende asegurar que, durante la ejecución de las concesiones, los subcontratistas cumplan las obligaciones dimanantes de la *legislación medioambiental, social y laboral* (en coherencia con lo dispuesto en el art. 30.3); lo que resulta relevante, especialmente, cuando la legislación nacional dispone un mecanismo de responsabilidad solidaria entre los subcontratistas y el concesionario. A tal fin, los Estados miembros podrán exigir a los poderes o entidades adjudicadoras verificar si el subcontratista ha incurrido en algún *motivo de exclusión obligatoria* (de los previstos en los apartados 4 y 5 del art. 38), en cuyo caso el concesionario deberá proceder a su sustitución (lo que será potestativo en las demás causas de exclusión).

La *legislación aplicable* debe ser la del lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios, en virtud de acuerdos internacionales ratificados por los Estados miembros o por disposiciones legales o reglamentarias, nacionales o comunitarias, e incluso de convenios colectivos siempre que sean compatibles con el Derecho de la Unión (considerando 55). La duda puede surgir cuando el subcontratista se encuentre establecido en otro Estado miembro desde el que se lleva a cabo la prestación del servicio en que consista la ejecución de la concesión (como sucede con los servicios prestados a distancia). A este respecto, la Directiva de concesión viene a precisar que “los servicios se prestan en el *lugar en el que se ejecutan las prestaciones características...*, con independencia de los lugares y Estados miembros a los que se dirijan los servicios” (considerando 56)¹⁰⁴.

El segundo objetivo consiste en velar porque exista cierto nivel de transparencia en la cadena de subcontratación, lo que se traduce en un *deber de información* por parte del concesionario (que se podrá imponer por el concedente a través de cláusulas específicas de la contratación o por los Estados miembros a través de disposiciones de aplicación general). En particular, se establece una doble medida:

- a) La especificación -en la oferta que presente el concesionario- de “la parte de la concesión que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos”. En principio, se trata de una mera facultad que el poder o entidad adjudicadora podrá incluir en los documentos de la concesión, pero que los Estados miembros podrán transformar en obligación, sin que exista límite cuantitativo alguno, ni un porcentaje mínimo de subcontratación obligatoria.

¹⁰³ Cabe indicar que esta materia fue la que experimentó una mayor alteración en relación con el texto inicial de la propuesta de Directiva, como consecuencia del debate parlamentario.

¹⁰⁴ Este problema se ha planteado recientemente con ocasión de un contrato público de digitalización de documentos y de conversión de datos, en el que se impone al subcontratista-en virtud de una normativa nacional- la obligación de abonar un salario mínimo a sus trabajadores que no guarda relación con el coste de la vida en el Estado miembro en el que se llevarán a cabo las prestaciones; lo que en opinión del TJ constituye una restricción injustificada de la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 56 TFUE. Sostiene la STJ de 18 de septiembre de 2014, *Bundesdruckerei* (c-549/13) que esta normativa “privaría... a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos, va más allá de lo necesario para garantizar que se consiga el objetivo de la protección de los trabajadores” (apartado 34).

b) La comunicación al poder o entidad adjudicadora, por parte del concesionario, del “nombre, datos de contactos y representantes legales de los subcontratistas que intervengan en la ejecución de las obras o servicios”, dando cuenta de cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso de la concesión, así como de la información necesaria sobre los *nuevos subcontratistas* que se asocien ulteriormente¹⁰⁵.

Esta última exigencia sólo deviene obligatoria en las concesiones de obras y en las de servicios que deban prestarse *in situ* bajo la supervisión directa del poder o entidad adjudicadora; pudiéndose hacer extensiva (por decisión del poder o entidad adjudicadora o por requerimiento del Estado miembro) al resto de concesiones de servicio, a los suministradores que participen en concesiones de obras o servicios y a los subcontratistas de los subcontratistas.

5.2. El nuevo régimen de modificación de las concesiones.

En los últimos años, las modificaciones contractuales se han situado en el punto de mira de la lucha contra el fraude y la corrupción en materia de contratación¹⁰⁶. Sin duda alguna, esta circunstancia ha podido influir en que el *régimen de modificación de los contratos* no haya recibido un tratamiento singular en materia de concesiones. Toda la flexibilidad que se reclama por su condición de “contrato incompleto” y su distanciamiento de los contratos públicos clásicos se desvanecen a la hora de regular esta materia. Es así que, a diferencia de lo que sucede con el procedimiento de adjudicación, el régimen de las modificaciones es prácticamente común en las tres Directiva sobre contratación, con independencia de la diferente naturaleza, complejidad técnica o mayor duración de las concesiones.

A primera vista, la Directiva de concesiones parece positivar el criterio jurisprudencial, que concibe la necesidad de una nueva licitación como regla general y la posibilidad de introducir modificaciones sin necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación en términos de excepción (quedando reducida a unos pocos supuestos tasados)¹⁰⁷. Sin embargo, la lectura atenta del artículo 41 (y de los considerandos 75 a 78) obliga a matizar esta aparente rigidez, diferenciando –al respecto– según que dichas

¹⁰⁵ Hay que tener en cuenta que, según la STJ de 13 de abril de 2010, *Wall* (Asunto C-91/08), el *cambio de subcontratista* -incluso estando prevista en el contrato- puede constituir una *modificación sustancial* de la concesión (necesitada de nueva adjudicación), cuando “habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de concurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato” (apartado 39).

¹⁰⁶ El *Informe de la Comisión sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea de 2014* señala expresamente a los modificados de los contratos como una de las prácticas ilegales más extendidas en los procedimientos de contratación pública (Bruselas, 3.2.2014, COM(2014) 38, en particular, págs. 23 y 27). Vid. SOREIDE, T., *Risks of Corruption and Collusion in the Awarding of Concessions Contracts*, 2012 (estudio encargado por el Parlamento europeo, que se puede consultar en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120626ATT47717/20120626ATT47717EN.pdf>).

¹⁰⁷ Así se viene interpretando desde la STJ de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta* (Asunto C-496/99 P), apartados 108-127. Véase, en la doctrina, GONÇALVES, P., “Acórdão Preamble: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Secção) de 19.6.2008, P. C-454/06”, en *Cadernos de Justiça Administrativa* n° 73, 2009, págs. 3-22; VÁZQUEZ MATILLA, F.J., “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, en *REDA* n° 143, 2009 págs.529-562; HOEPFFNER, H., “La modification des contrats de la commande publique à l’épreuve du droit communautaire”, en *Revue française de droit administratif*, 2011, págs.98-111; GIMENO FELIÚ, J.M., “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, en *La Contratación pública: problemas actuales*, ob. cit., págs. 83-142.

modificaciones contractuales se encuentren contempladas o no en la documentación inicial de la concesión (lo que, a su vez, responde a la distinción doctrinal entre modificaciones convencionales y legales)¹⁰⁸:

a) *Modificaciones previstas en la documentación inicial*. Las concesiones de obras y de servicio se podrán modificar, sin límite cuantitativo alguno (“con independencia de su valor pecuniario”), siempre que lo sea en aplicación de una estipulación que esté contemplada en la documentación inicial del contrato (anuncio de licitación o pliego de condiciones). Éstas pueden consistir en cláusulas de indexaciones de precios, de adecuación a los cambios tecnológicos, de adaptación por motivo de dificultades técnicas surgidas durante la ejecución o cualquier otra cláusula de revisión o de opción. Estas modificaciones tan sólo se someten al cumplimiento de un doble requisito y de un límite. El primero cumple la función de facilitar su interpretación por los licitadores y exige que las cláusulas, de una parte, sean lo suficientemente *claras, precisas e inequívocas* y, de otra, determinen el alcance, naturaleza y condiciones de las modificaciones. El segundo tiene por objeto evitar el fraude y garantizar la igualdad de trato de los licitadores, siendo así que, si bien no se fija un techo porcentual por encima del cual no sea posible modificar el contrato, *se prohíbe que las modificaciones u opciones puedan alterar el carácter global* de la concesión.

b) *Modificaciones no contempladas de forma expresa*. A su vez, dentro de esta categoría procede efectuar una nueva distinción, entre *modificaciones sustanciales* y *modificaciones menores*.

- Con carácter general, la modificación de la concesión constituye una *nueva adjudicación* 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”, que puedan poner de manifiesto la intención de las partes de *renegociar las condiciones esenciales de la concesión* (considerando 75).

La clave consiste, pues, en valorar si estamos en presencia de *modificaciones sustanciales* que, de haberse previsto inicialmente, hubieran podido influir en el resultado del procedimiento. De conformidad con la doctrina del TJ¹⁰⁹, se consideran *sustanciales* aquellas modificaciones que, con independencia de su valor económico, tengan como resultado “una concesión materialmente diferente”; lo que, en todo caso, sucede cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones: a) hubiera permitido -de haber figurado en el procedimiento inicial- la selección de un candidato o de una oferta distinta de la aceptada o, simplemente, un mayor número de participantes en la licitación (lo que parece difícil de determinar); b) altere el equilibrio económico a favor del concesionario de un modo no previsto (no así cuando tenga por objeto restablecer el equilibrio alterado); c) amplíe “considerablemente” el ámbito de la concesión (lo que deja un amplio margen a la interpretación); o d) sustituya al concesionario inicial por causas distintas a las permitidas en la Directiva.

- Por el contrario, no existe ningún impedimento para introducir *modificaciones menores* que puedan dar lugar a una pequeña alteración del valor de la concesión, sin necesidad de tramitar un nuevo procedimiento de adjudicación ni de verificar si concurren causas excepcionales que la justifiquen. Así sucede siempre que el valor de la

¹⁰⁸ De hecho, las Directivas introducen un régimen de modificación contractual más flexible que el que – por exigencias de la Comisión Europea- incorpora a nivel nacional la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que da nueva redacción a los artículos 105 a 108 TRLCSP.

¹⁰⁹ Vid. STJ de 19 de junio de 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur* (Asunto C-454/06), apartados 34-37.

modificación no supere el umbral comunitario previsto en el artículo 8, esto es, 5.186.000 euros, y sea inferior al *10% del valor inicial de la concesión* (que en el caso de modificaciones sucesivas se calculará sobre el valor neto acumulado)¹¹⁰.

- Por encima de este umbral el legislador de la Unión tan sólo permite modificar las concesiones sin necesidad de efectuar una nueva licitación en dos únicos supuestos: a) cuando se deriven de *circunstancias imprevisibles* según el criterio de la debida diligencia (a cuyos efectos habrá de tenerse en cuenta el grado de previsión que se espera de un contratista con la capacidad técnica y profesional exigida)¹¹¹; y b) cuando tenga por objeto la incorporación de *obras o servicios adicionales* (o complementarias) que resulten necesarios¹¹².

En estos dos casos se exige que, consideradas aisladamente o en su conjunto, la modificación no supere el *50% del valor de la concesión inicial*; lo que, en el caso de modificaciones sucesivas, se aplicará al valor de cada una de ellas (límite que no se aplica a las actividades enumeradas en el Anexo II)¹¹³. En el primero (circunstancias imprevisibles) se requiere, además, que la modificación no altere el carácter global de la concesión (por ejemplo, sustituyendo las obras o servicios por otros diferentes o modificando de forma sustancial el tipo de concesión), lo que permite presumir una hipotética influencia en los resultados; mientras que en el segundo (obras o servicios adicionales), se debe acreditar la *inconveniencia* de proceder al cambio de concesionario por razones técnicas o económicas o porque ello pueda generar inconvenientes significativos o un aumento sustancial de los precios.

Como ya hemos indicado al tratar sobre la publicidad, las modificaciones que se lleven a cabo por estas dos circunstancias deberán *publicarse en el DOCE*, de conformidad con lo previsto en el Anexo XI, a efectos de garantizar su control. No obstante, teniendo en cuenta que una vez adjudicada la concesión es probable que los candidatos no seleccionados se desentiendan de la misma, en aras de garantizar la adecuada protección a los licitadores, se podría haber llegado un poco más lejos, estableciendo la obligación de notificar los modificados de las concesiones a todos los licitadores.

- También prevé el legislador comunitario la modificación que traiga causa en la *sustitución del adjudicatario*, reduciendo las posibilidades de cesión de la concesión.

¹¹⁰ La Propuesta de Directiva fijaba este último porcentaje en el 5% del precio del contrato original (art. 42.4); lo que motivó la presentación de la enmienda nº 227 por parte de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo, que propuso elevarlo “al 10% del valor actualizado del contrato inicial” (Documento de sesión de 1 de febrero de 2013, pág. 171).

¹¹¹ La Directiva también se preocupa por precisar el concepto de *circunstancias imprevisibles*, entendiendo como tales “aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora 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” (considerando 76).

¹¹² Señala la Comisión Europea que la modificación de la concesión para añadir *obras o servicios complementarios* debe interpretarse de manera restrictiva, no pudiendo contemplar, por ejemplo, la ampliación de una concesión de autopista con el objetivo de cubrir los costes de las obras para la realización de un nuevo tramo (vid. *Libro Verde sobre colaboración público-privada...*, ob. cit., pág 17). En el mismo sentido se pronuncia la STJ de 22 de abril de 2010, *Comisión/España* (Asunto C-423/07), como consecuencia de la adjudicación a Ibérica de Autopistas S.A. (concesionaria de la autopista A-6) de la construcción de nuevos carriles no comprendidos en el objeto de la concesión.

¹¹³ La Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, únicamente exige que la modificación *no altere la naturaleza global del contrato* (art. 89.1).

Como regla general, el cambio de concesionario durante la vigencia del contrato constituye una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato que, en consecuencia, estaría necesitado de una nueva adjudicación, salvo que dicha situación estuviera prevista en la documentación inicial (como puede suceder con la subcontratación)¹¹⁴.

No existiendo esta previsión expresa, únicamente se podrá designar un nuevo concesionario –sin necesidad de un nuevo procedimiento- cuando concurra alguna de las dos circunstancias siguientes: a) que se proceda a la sucesión-total o parcial- del concesionario inicial por razón de *reestructuración empresarial* (absorción, fusión, adquisición o insolvencia)¹¹⁵, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva; o b) que tenga lugar la *asunción por el propio poder o entidad adjudicador de las obligaciones* del concesionario principal para con sus subcontratistas (siempre que lo permita la legislación nacional). Esta sustitución no podrá ampararse en las deficiencias en la ejecución de la concesión por causa imputable al concesionario, lo que exigirá la convocatoria de una nueva licitación¹¹⁶.

Fuera de los supuestos analizados, sería preceptivo iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación para introducir cualquier modificación de la concesión, tal como precisa la Directiva. Se intenta, así, armonizar la lucha contra la corrupción y el fraude con la necesidad de mantener la economía del contrato, evitando que se puedan ver injustamente perjudicados los diferentes intereses –públicos y privados- confrontados.

Se trata, en definitiva, de impedir o, cuanto menos, de reducir tanto los supuestos de reclamaciones fraudulentas que pretendan encubrir bajas temerarias, como los casos de ruina del concesionario como consecuencia de tener que asumir determinados riesgos que no se hubieran podido prever en el momento de la licitación. La combinación de ambos elementos conduce hacia una fórmula que pasa por aceptar un cierto grado de flexibilidad que permita adaptar las concesiones a las nuevas circunstancias, teniendo como límite la alteración de la naturaleza de la concesión o la renegociación de sus condiciones esenciales.

5.3. Resolución anticipada de las concesiones.

La preocupación por procurar un régimen uniforme en todos los Estados miembros alcanza también a la resolución anticipada de las concesiones. El objetivo consiste, principalmente, en lograr la ejecución de las Sentencias del TJ que declare el *incumplimiento de las normas de contratación pública* de la UE (aspecto que, según dispone el Libro Verde sobre modernización de la contratación pública, no se garantiza en todas las legislaciones nacionales). Esto se debe a que, como sostiene la STJ de 18 de julio de 2007, *Comisión/Alemania* (C-503/04), corresponde a los Estados resolver los

¹¹⁴ La sustitución del concesionario también puede operar en aplicación de *cláusulas step-in*, a través de las cuales las instituciones financieras se pueden reservar el derecho de actuar en lugar del gestor o a designar un nuevo gestor cuando los flujos financieros descienden por debajo de un nivel determinado.

¹¹⁵ En este sentido se había manifestado la STJ de 19 de junio de 2008, *Presstetext Nachrichtenagentur* (Asunto C-454/06), apartado 40.

¹¹⁶ El *Libro Verde sobre la modernización de la política de la contratación pública en la UE* planteaba la posibilidad de proporcionar otras soluciones intermedias, tales como habilitar al segundo licitador para continuar con la ejecución del contrato o hacer una nueva licitación sólo entre aquellos licitadores que hubieran participado en el procedimiento original (ob. cit., pág. 28).

contratos cuya adjudicación haya infringido el Derecho de la Unión¹¹⁷. En este sentido, el artículo 44 de la Directiva de concesiones dispone que los Estados miembros deberán asegurarse de que los poderes y entidades adjudicadoras “tengan la posibilidad de poner fin a una concesión durante su periodo de vigencia” cuando el TJ declare un incumplimiento de Estado con motivo de la adjudicación de una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o el Derecho derivado.

No obstante, con ser la más relevante, no es la única causa de resolución anticipada que se regula en la Directiva. También se incluyen otros dos motivos, imputables a la conducta del órgano contratante, como son las *modificaciones* que supongan una nueva concesión¹¹⁸ y la adjudicación a un concesionario incurso en una *causa obligatoria de exclusión*. Ambas circunstancias son consecuencia lógica de lo previsto en los artículos 38 y 43 y cumplen la función de garantizar la igualdad de trato de los licitadores, evitando posibles distorsiones en la competencia.

VI. CONSIDERACIONES FINALES.

La aprobación de la Directiva de concesiones constituye un hito importante en la misión de conseguir la plena realización del mercado interior del sistema público de compras en materia de obras y de servicios. No se puede negar que el legislador de la Unión ha dado un paso importante en la difícil tarea de armonizar el régimen jurídico de los contratos de concesión, recopilando, ordenando y precisando la jurisprudencia que el TJ ha ido generando a lo largo de los años con la finalidad de dar cumplimiento a los principios comunitarios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

En este sentido, la Directiva hace un notable esfuerzo por deslindar las concesiones de los contratos públicos de obras y de servicios (concretando el concepto de riesgo operacional), por delimitar su ámbito de aplicación (clarificando la situación de los derechos especiales o exclusivos), por precisar el régimen de exclusiones (regulando las relaciones de cooperación vertical y horizontal) o por garantizar la publicidad y el acceso en condiciones de igualdad tanto en la adjudicación como en la ejecución del contrato de concesión (tipificando las causas de modificación contractual).

Sin embargo, queda la impresión de que el legislador comunitario ha perdido una gran oportunidad para llevar a cabo una regulación más exhaustiva de las concesiones, tanto de las fases de preparación como de adjudicación, concretando aspectos relativos a los procedimientos y criterios de adjudicación, las ofertas temerarias o al mantenimiento del equilibrio económico-financiero, entre otras cuestiones. Por el contrario, la nueva regulación ha optado, fundamentalmente, por trasladar el modelo regulatorio de las concesiones de obra pública a las concesiones de servicio; confirmando su distanciamiento de los contratos públicos clásicos¹¹⁹.

¹¹⁷ Dos son las premisas que conducen a esta conclusión: de una parte, que el TJ únicamente viene obligado a declarar la infracción del Derecho de la Unión, correspondiendo a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia; y, de otra parte, que la restricción impuesta a la libre prestación de servicios derivada de dicho incumplimiento subsiste mientras dure la ejecución de los contratos celebrados en virtud de dicha infracción. Por consiguiente, ni el principio *pacta sunt servanda* ni el derecho de propiedad permiten justificar la inexecución de una sentencia en la que se declare un incumplimiento de la normativa sobre contratación pública y eludir así su propia responsabilidad en Derecho comunitario (apartados 33-40).

¹¹⁸ No se considera “cambio fundamental” de la concesión inicial la ampliación temporal y excepcional de su periodo de vigencia con el único propósito de garantizar la continuidad de la prestación de servicios hasta la adjudicación de una nueva concesión.

¹¹⁹ Una regulación que, como señala Stéphane BRACONNIER, se sustenta en tres elementos nucleares: una definición anclada en la noción de riesgo de explotación; un procedimiento de adjudicación

El resultado no dista mucho del que se describía en el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada* de 2004, cuando señalaba que “hay pocas disposiciones del Derecho derivado que coordinen los procedimientos de adjudicación de contratos considerados concesiones en Derecho comunitario. En lo que se refiere a las concesiones de obras, sólo se aplican determinadas obligaciones en materia de publicidad, como la convocatoria previa obligatoria de los operadores interesados o la obligación relativa al plazo mínimo de recepción de las candidaturas. El modo en que se selecciona, a continuación, el socio privado lo eligen libremente los organismos adjudicadores, que, no obstante, han de asegurarse de que se respeten plenamente los principios y normas que se derivan del Tratado”¹²⁰.

En cualquier caso, dada la importante oposición que encontró la regulación del contrato de concesión, se puede decir que el hecho más relevante de la reforma es la aprobación de la Directiva en sí misma. Es probable que por el momento no se pueda ir más lejos¹²¹. Sin embargo, a la vista de las consideraciones formuladas por la Comisión, cabe pensar que la Directiva de concesiones constituye un primer paso hacia una regulación detallada de los contratos de concesión de obras y servicios. Es por ello que podemos aventurarnos a predecir una evolución similar a la experimentada por los contratos clásicos desde las primeras Directivas de los años setenta, cuyo destino final sea equiparar los procedimientos de adjudicación de ambos tipos de contratos¹²².

A nivel nacional, la entrada en vigor de la Directiva de concesiones conlleva la necesidad de adaptar la legislación interna con anterioridad al 18 de abril de 2016; si bien es cierto que, en nuestro caso, muchas de las obligaciones que conlleva están ya presentes en el TRLCSP. En este sentido, por encima de los cambios específicos que se deban acometer (que han quedado apuntados a lo largo del trabajo), la nueva Directiva supone una oportunidad para abrir un periodo de reflexión sobre el vigente modelo regulatorio, que ha alcanzado un nivel de dificultad que lo hace incomprensible para muchos operadores jurídicos y económicos.

La primera cuestión pasa por dilucidar si se mantiene la actual regulación bicéfala de las *concesiones de obras y de servicios*; o, por el contrario, siguiendo el modelo impuesto por la Unión Europea, se opta por establecer una regulación común, diferenciada del resto de contratos públicos, que salvaguarde las peculiaridades de cada

caracterizado por la libre negociación y la libre elección del órgano contratante; y unas reglas de ejecución respetuosas con el carácter incompleto y evolutivo de las concesiones (vid. BRACONNIER, S., “La nouvelle directive communautaire sur les concessions”, en <http://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2013/09/23/la-nouvelle-directive-communautaire-sur-les-concessions/>).

¹²⁰ Como se destacó al comienzo del presente trabajo, la Comisión no desconoce las dificultades que se derivan de este déficit de regulación. Es más, ante la complejidad añadida que supone una doble regulación, se pregunta si existen motivos objetivos para someter la adjudicación de las concesiones a un régimen de adjudicación diferente del existente para los contratos públicos; planteándose –incluso– la posibilidad de “someter la adjudicación de todas las colaboraciones público-privadas contractuales, tanto si se consideran contratos públicos como concesiones, a un régimen de adjudicación idéntico” (*Libro Verde sobre la colaboración público-privada...*, ob. cit., págs.11 a 13).

¹²¹ Algunos autores hablan de un irredentismo sectorial por parte del legislador comunitario (vid. Frackowiak, C., y Delaloy, G., “Nouvelle directives européennes sur les marchés publics et les concessions: quels changements pour le droit français de la commande publique?”, en *Bulletin Juridiques des Contrats Publics* nº 94, 2014, pág. 94).

¹²² En el fondo, el especial régimen de las concesiones se sustenta en una categoría que resulta extraña al derecho, como es su condición de *contrato incompleto*, que lo hace más vulnerable a la evolución del contexto económico y social, lo que permite justificar una mayor flexibilidad.

modalidad de concesión en materia de adjudicación, ejecución, extinción y régimen económico-financiero, entre otras¹²³.

En segundo lugar, procede revisar la vigente distinción entre *contratos de servicios* y *contratos de gestión servicios públicos*, que resulta ajena al Derecho de la Unión Europea. Como vimos más atrás, las Directivas únicamente se preocupan por diferenciar entre los contratos de concesión de servicio público y los contratos públicos de servicios (en los que se incluyen también aquellos que, de acuerdo con la legislación nacional, tienen la consideración de servicios públicos). En la actualidad, suprimida la distinción entre servicios prioritarios y no prioritarios, no parece tener mayor justificación mantener un régimen jurídico diferenciado para los contratos de servicio y de gestión de servicio público, que no sea el régimen especial previsto para los sectores excluidos.

En tercer lugar, la tarea de simplificar las categorías contractuales puede alcanzar también a la supresión de la *sociedad de economía mixta* como un tipo de contrato de gestión de servicios públicos singularizado. Como sostiene la jurisprudencia comunitaria, una cosa es la constitución de una empresa mixta (compra o venta de acciones) y otra diferente la adjudicación de una prestación del servicio (lo que a los ojos de la Unión Europea sólo puede ser un *contrato público de servicio* o una *concesión de servicios*). Es así que la constitución de una empresa común, entre un poder o entidad adjudicadora y un operador económico privado, es un supuesto de colaboración público-privada institucionalizada que no queda bajo el ámbito de aplicación de las Directivas de contratación. Por consiguiente, estamos en presencia de dos actos perfectamente separables, con regímenes jurídicos diferenciados: el primero, la constitución de la sociedad (regulada por la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas); y el segundo, la adjudicación de un contrato público o de una concesión (sometida a la legislación contractual)¹²⁴.

En definitiva, al legislador comunitario únicamente le preocupa que la adjudicación de la prestación a la empresa de economía mixta respete las normas sobre contratación pública¹²⁵. Cuestión diferente es que la constitución de la sociedad de economía mixta y la adjudicación de la concesión se puedan tramitar de forma conjunta a través en un mismo expediente. En este caso, la selección del socio privado deberá respetar la normativa sobre contratación pública, lo que eximirá de convocar un segundo procedimiento de licitación (tal como, hoy en día, establece la D.A. 29

¹²³ Dejando a un lado las autopistas y autovías (que tenían su propia legislación), hasta la aprobación de la Ley 13/2003, la concesión de obras públicas carecía de unos perfiles propios, siendo absorbida –primero– por la concesión de servicio público, después (con la LCAP de 1995), por el contrato de obra pública y, finalmente (tras la reforma de 1999), en un contrato mixto de obra y servicio público.

¹²⁴ En tanto que la constitución de la sociedad se sitúa en el ámbito de las relaciones intrasocietarias; la adjudicación del contrato afecta a las relaciones extrasocietarias, en las que la Administración aparece como un tercero ante la sociedad mixta (véase, al respecto, Prieto González, L.F. y Hernández González, F.L., “El doble papel de la Administración Pública en la empresa mixta local”, en *REALA* n° 271-271, 1996, págs. 714-717).

¹²⁵ Así lo señala la STJ de 22 de diciembre de 2012, *Mehiläinen Oy* (Asunto C-215/09) al concluir que el contrato por el que se constituye una sociedad de economía mixta es separable del contrato por el que se adjudica la prestación de servicios a dicha sociedad (apartado 47). En el mismo sentido, la STJ de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Loutraki AE* (Asuntos acumulados C-145/08 y 149/08), dispone que “la transmisión de acciones a un licitador en el ámbito de una operación de privatización de una empresa pública no está regulada por las Directivas sobre contratación pública” (apartado 59); siempre que dicha operación de capital no oculte la adjudicación a un socio privado de contratos que puedan ser calificados de contratos públicos o de concesiones (apartado 61). Véanse las reflexiones que, a este respecto, formula el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada...* (ob. cit., apartados 53 y ss., págs. 19-23).

TRLCSP). “Recurrir a una doble licitación –señala la Sentencia Acoset -casa mal con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos”¹²⁶. En realidad, lo que justifica la aplicación de la normativa contractual es la adjudicación del contrato y no la creación de la empresa mixta en sí misma.

Las ideas que se exponen no pretenden otra cosa que abrir un debate que ayude a clarificar el régimen jurídico de los contratos, lo que permitirá reducir el número de expedientes por incumplimiento de la normativa europea. Resulta sorprendente comprobar que, a pesar de la dilatada experiencia regulatoria, nuestro país se sitúa entre los Estados que acumulan mayor número de condenas por parte del Tribunal de Justicia. Es probable que esta situación no se invierta en tanto que no estemos dispuestos a renunciar a nuestra tradición jurídica, lo que ha dado lugar a un modelo normativo de enorme complejidad, al estar integrado por dos legislaciones superpuestas (la nacional y la comunitaria). La reversión de esta situación pasaría por implantar un régimen uniforme, común a todos los contratos con independencia de su cuantía, de acuerdo con el modelo armonizado. Mientras que esto no suceda, una solución alternativa podría ser regular en leyes diferentes los contratos de interés comunitario (que superen el umbral determinado por las Directivas) y los contratos de interés nacional, lo que facilitaría una ordenación legal más simple y precisa, rodeada de menos matizaciones y excepciones.

Finalmente, se hace necesario también simplificar la regulación, recuperando la clásica relación Ley-reglamento, despojando la futura ley o leyes de contratación pública de todo su contenido reglamentario, lo que aportaría una mayor flexibilidad, evitando la proliferación de modificaciones sucesivas del texto legal que, en ocasiones, hace muy difícil algo tan elemental como es conocer el derecho vigente¹²⁷.

¹²⁶ STJ de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (Asunto C-196/08), apartado 58. “En la medida –precisa- en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario” (apartado 60).

¹²⁷ En tan sólo tres años, el TRLCSP de 2011 ha sufrido una corrección de errores, dos actualizaciones de los límites de los distintos tipos de contratos y doce modificaciones legales en normas de muy diversa índole, en materia de: presupuestos generales (Ley 17/12), apoyo al emprendedor (R.D.-ley 4/13 y Leyes 11/13 y 14/13), rehabilitación urbana (Ley 8/13), lucha contra la morosidad y pago a proveedores (R.D.-ley 8/13 y Ley 13/14), medicamentos (Ley 10/13), unidad de mercado (Ley 20/13), factura electrónica (Ley 25/13) o infraestructuras de transporte (R.D.-ley 1/14).