



Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contractación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

ANTECEDENTES

I. La Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública, actual Dirección General de Contratación Pública, ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre los contenidos de “la cuarta generación de directivas europeas en materia de contratación pública” que tienen que ser de aplicación directa a partir de la fecha límite para la transposición por parte de los estados miembros –el día 18 de abril de 2016–, en caso de que el Estado español incumpla la obligación de transponer en este plazo.

También la Asociación Catalana de Municipios ha solicitado “un informe en el que se indique cuáles son las disposiciones de las directivas 23, 24 y 25/2014/UE, relativas a la contratación del sector público de la Unión Europea que, a juicio de la Junta, son de aplicación directa por el sector público de Cataluña, a pesar de no haber sido transpuestas por el estado español”.

A pesar del tenor literal de las consultas, vista la extensión de los textos comunitarios sobre cuya aplicación directa se solicita la opinión de esta Junta Consultiva, este Informe se circunscribe a dicha aplicación en relación con la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, sin perjuicio que algunas de las reflexiones y las conclusiones que se contienen puedan extrapolarse a las otras dos directivas que conforman aquella cuarta generación de directivas en materia de contratación pública y que también debe ser objeto de transposición, como muy tarde, el próximo día 18 de abril¹.

¹ Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por las que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Asimismo, también la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, ha sido modificada por la mencionada Directiva 2014/23/UE, incluyendo en el ámbito de aplicación las concesiones –y ampliando, por lo tanto, el ámbito del recurso especial en materia de contratación–, la cual tampoco es objeto de análisis en este Informe.



Sin embargo, se incluye un brevísimo análisis, en la última consideración jurídica de este Informe, en relación con la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de concesiones, dada la relevancia que su novedad comporta y su afectación al Texto refundido de la Ley de contratos del sector público.

II. Los artículos 4.1 y 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establecen que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan los departamentos de la Generalitat, sus entidades autónomas y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la Administración de la Generalitat, así como las entidades que integran la administración local en Cataluña, respectivamente. Por otra parte, el artículo 11.3 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. La determinación de qué contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (de ahora en adelante, Directiva 2014/24/UE), pueden ser aplicables directamente a partir del día 18 de abril de 2016, al no estar transpuesta a nuestro derecho interno de contratos, requiere partir del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre los efectos jurídicos que producen las directivas comunitarias una vez agotado el plazo para su transposición por parte de los estados miembros sin que esta se haya llevado a cabo.

Con carácter previo conviene recordar que de acuerdo con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea², las directivas son actos jurídicos de la Unión que obligan a los estados miembros destinatarios en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para hacerlo (artículo 288³). No obstante, si bien son actos que se dirigen a los países de la UE, los cuales tienen la obligación de transponerlos a sus derechos nacionales en el plazo establecido por las propias directivas, de manera que, en principio y con carácter general, sólo producen efectos una vez transpuestas, el TJUE

² Texto consolidado publicado en el DOUE C 326/47, de 26 de marzo 2012.

³ Este precepto dispone, literalmente, lo siguiente:

“Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.



les reconoce en algunos casos un efecto directo con la finalidad de proteger los derechos de los particulares.

El efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el Tribunal de Justicia – respecto del Derecho primario de la Unión–⁴ en la Sentencia Van Gend en Loos del 5 de febrero de 1963 (As. C-26/62)⁵, en la cual declara que el Derecho europeo no sólo genera obligaciones para los países de la UE, sino también derechos para los particulares, que pueden invocarlos, así como también normas europeas, directamente ante las jurisdicciones nacionales y europeas. No obstante, indicó como condición que las obligaciones deban ser precisas, claras, incondicionales y no tienen que requerir medidas complementarias, tanto de carácter nacional como europeo⁶.

En concreto, y ya respecto de las directivas, el TJUE establece en su jurisprudencia⁷ que tienen efecto directo si sus disposiciones son incondicionales y lo suficientemente claras y precisas, cuando el estado miembro no las transponga en el plazo correspondiente, o las transponga incorrectamente. Sin embargo, el efecto directo de las directivas sólo puede ser de carácter “vertical”, dado que son los países de la UE los que están obligados a aplicarlas, y de carácter “ascendente”, de manera que interviene en las relaciones entre los particulares y el estado, pudiendo ser invocadas por los particulares ante las autoridades de un estado miembro⁸, pero no por un

⁴ Es decir, respecto de los tratados constitutivos, en contraposición a los actos procedentes del Derecho derivado, que son los que han sido aprobados por las instituciones partiendo de los tratados –como es el caso de los Reglamentos, que tienen siempre un efecto directo (el Tribunal de Justicia indica en la Sentencia Politi del 14 de diciembre de 1971, As. 43/71, que se trata de un efecto directo completo), y las directivas.

⁵ El Tribunal de Justicia dictó esta Sentencia con motivo de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal que tenía que resolver un litigio entre una empresa de transportes y una Administración tributaria, relativo a los derechos de aduana que la empresa tenía que abonar – la empresa alegaba que el tipo arancelario aplicado no respetaba la norma del Tratado CEE y la Administración afirmaba que la empresa no podía invocar esta norma, ya que se limitaba a establecer una obligación hacia los otros estados miembros. En esta Sentencia el Tribunal de Justicia establece uno de los principios fundamentales del derecho de la Unión Europea, el principio de efecto directo, al afirmar que el Derecho de la Unión no sólo crea obligaciones recíprocas entre los estados miembros, sino que produce efectos inmediatos en beneficio de los ciudadanos y de las empresas, atribuyéndoles derechos individuales que deben ser protegidos por las autoridades y los tribunales nacionales.

⁶ En la Sentencia de 12 de diciembre de 1990 (As. acumulados C-100/89 y C-101/89, Kaefer y Procacci) el Tribunal de Justicia recordó que “una disposición es incondicional cuando no otorga a los estados miembros ningún margen de apreciación”.

⁷ Entre otras, sentencias del TJUE de 4 de diciembre de 1974 (As. C-41/74, Yvonne Van Duyn), de 5 de abril de 1979 (As. C-148/78, Tullio Ratti), de 14 de julio de 1994 (As. C-91/92, Paola Faccini Dori contra Recreb Srl.), y de 27 de enero de 2012 (As. C-282/10, Domínguez).

⁸ En la Sentencia de 24 de septiembre de 1998 (As. C-76/97) el TJUE consideró, con carácter general, que las disposiciones del título VI de la Directiva 92/50/CEE –relativas a los criterios de participación, de selección cualitativa y de adjudicación de los contratos– podrían ser invocadas por un particular delante de un órgano jurisdiccional nacional “en la medida en que del examen de su tenor se desprenda que son incondicionales y suficientemente claras y precisas”.



estado contra un particular, ni por un particular enfrente de otro particular –el llamado efecto directo horizontal, predicable, en cambio, de otros actos jurídicos de la Unión.

Así, los particulares pueden invocar una Directiva directamente ante una jurisdicción nacional o europea contra un país de la Unión⁹, cuando se cumplen estas condiciones, de manera que puede tener ciertos efectos directos, y, adicionalmente, el TJUE también ha reconocido a los particulares la posibilidad de obtener, en determinadas condiciones, una compensación por la transposición incorrecta o con retraso de una Directiva¹⁰.

Esta construcción doctrinal llevada a cabo por el TJUE sirve de base para determinar qué contenidos de la Directiva 2014/24/UE tienen que ser aplicados directamente a partir de la fecha en la que finaliza el plazo para su transposición, ya que “el efecto directo” que producirán las directivas de acuerdo con esta doctrina –es decir, la posible invocación por parte de los particulares frente al estado de sus normas incondicionales, claras, precisas y que les atribuyen derechos subjetivos–, tiene como consecuencia lógica que el estado –es decir, las autoridades públicas, incluidos los poderes adjudicadores en los términos del derecho comunitario de contratación pública, tengan o no carácter de administración pública de acuerdo con nuestro derecho interno de contratos públicos–, tenga que llevar a cabo “la aplicación directa” de aquellas normas que, de acuerdo con esta doctrina del efecto directo, pueden ser invocadas por los particulares, a partir de aquella fecha.

⁹ En la Sentencia de 12 de diciembre de 2013 (As. C-425/12) el TJUE recuerda que, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la obligación de los estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva es una obligación imperativa impuesta por el TFUE y por la propia directiva y que “esta obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros así como a los organismos que, bajo el control de estas autoridades, están a cargo de un servicio de interés público y disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes” y que “aunque un particular esté comprendido en el ámbito de aplicación subjetivo de una Directiva, las disposiciones de esta no pueden invocarse como tales en su contra ante los tribunales nacionales”.

En las recientes conclusiones del abogado general del TJUE presentadas el 3 de marzo de 2016 en relación con el asunto C-46/15, se afirma que el artículo 48 de la Directiva 2004/18/CE, relativo a capacidad técnica y profesional, cumple los requisitos de “ser incondicional y preciso” pero se propone negar el posible efecto directo –la posibilidad de oponerlo delante de órganos jurisdiccionales nacionales– porque el poder adjudicador que licitaba el contrato objeto del litigio de qué trae causa la cuestión prejudicial planteada en relación con la aplicabilidad directa de aquel precepto, era una entidad –una asociación–privada que aplicaba la normativa de contratación pública por el hecho de que sus actividades estuvieran financiadas fundamentalmente con fondos públicos.

¹⁰ En la Sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 1991 (As. acumulados C-6/90 y C-9/90, Francovich y Bonifaci), el TJUE estima que los estados miembros están obligados a reparar los daños causado a los particulares por las violaciones del derecho comunitario que les sean imputables y afirma que “la posibilidad de reparación a cargo del Estado miembro es particularmente indispensable cuando (...) la plena eficacia de las normas comunitarias está supeditada a la condición de una acción por parte del Estado y, por consiguiente, los particulares no pueden, a falta de tal acción, invocar delante de los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el Derecho comunitario”.



Así lo ha entendido el TJUE al afirmar que “cuándo se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una directiva delante de los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración Pública (...) están obligados a aplicar las mencionadas disposiciones” y que “sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar delante de los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración Pública, las disposiciones de una directiva que respondan a las condiciones antes mencionadas; y estimar, no obstante, que a la referida Administración Pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de no aplicar las disposiciones de Derecho nacional que las infrinjan”.¹¹

Además, también se puede plantear, cómo lo hace un sector de la doctrina, que las disposiciones contenidas en las directivas que no han sido transpuestas en el plazo indicado y que cumplan los requisitos necesarios de ser claras, precisas e incondicionales se entiendan eficaces, frente a la mera invocabilidad derivada de la doctrina jurisprudencial del efecto directo, pasando a tener, una vez finalizado su plazo de transposición, vigencia –en los mismos términos que los reglamentos comunitarios, pese a que siguen requiriendo una norma nacional de transposición– y, por lo tanto, aplicabilidad.

Por lo tanto, como punto de partida para la determinación de los contenidos de la Directiva 2014/24/UE que tienen que ser aplicados directamente a partir del próximo 18 de abril se puede afirmar que lo serán todos aquellos que, teniendo que ser transpuestos –no lo tienen que ser todas las disposiciones de la Directiva–, no lo han sido; que sean incondicionales, en el sentido de que no dejan margen de elección a los estados miembros para su transposición a los derechos internos respectivos; claros, en el sentido de que su significado sea plenamente comprensible de sus propios términos; y precisos, en el sentido que, dado su grado de detalle y concreción, no requieran un desarrollo o ser complementados para determinar su pleno significado y alcance¹²; y especialmente los que atribuyan derechos subjetivos, como es el caso

¹¹ Sentencia de 22 de junio de 1989 (As. 103/88), en la cual el TJUE, después de recordar que “cuando las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a ninguna condición y sean lo suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas delante de los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado, bien cuando haya procedido a una adaptación incorrecta” señala que “si los particulares están legitimados para, en las condiciones arriba apuntadas, invocar lo dispuesto en una directiva delante de los órganos jurisdiccionales nacionales, es porque las obligaciones previstas en la misma se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros”.

¹² Recientemente, en las conclusiones del abogado general del TJUE presentadas el 3 de marzo de 2016 en relación con el asunto C-46/15, ya mencionadas, después de recordar que conforme con reiterada jurisprudencia del TJUE los particulares están legitimados para invocar las disposiciones de una directiva delante de los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, cuando éste no haya adaptado el derecho nacional a la directiva dentro de los plazos señalados o cuando haya hecho una adaptación incorrecta, en los casos en que dichas disposiciones, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a ninguna condición y sean lo suficientemente precisas; se indica que “una disposición del derecho de la Unión es incondicional cuando establece una obligación que no está sujeta a ningún requisito ni supeditada, en su ejecución o en sus efectos, a que se adopte algún acto de las instituciones de la Unión Europea o de los Estados miembros”.



de los que tengan especial impacto en el respeto a los principios que informan la contratación pública –por ejemplo, los que establecen obligaciones de publicidad o relacionadas con la promoción de la concurrencia y el deber de igualdad de trato y no discriminación.

En este sentido, hay que señalar que la Directiva 2014/24/UE, lejos de ser un cuerpo normativo que se limita a contener objetivos y finalidades que tengan que ser concretados o conformados por los estados miembros, tiene un contenido preciso y completo¹³ que, además de reducir el margen de maniobra de actuación nacional, permite que gran parte de su contenido pueda ser aplicable directamente cuando finalice el plazo para su transposición sin que se haya producido¹⁴.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que, en virtud del principio de interpretación conforme, fundamentado en el principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional, a partir de la expiración del plazo de transposición de las directivas al derecho interno, éste se debe interpretar y aplicar de conformidad con el derecho comunitario.

Este deber, que exige “que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia con el fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta, se impone especialmente en el caso de que alguna disposición de la directiva carezca de efecto directo, bien porque la disposición pertinente no sea lo bastante clara, precisa e incondicional como para producir tal efecto, bien porque el litigio se desarrolle exclusivamente entre

¹³ El contenido detallado de la Directiva 2014/24/UE ha sido puesto de manifiesto también por la Abogacía del Estado en la Informe Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 3/15 (R — 612015), en el cual afirma, en relación con el precepto cuya aplicación directa analiza, que la Directiva “establece una regulación muy detallada y pormenorizada que, por eso, hace realmente innecesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional que desarrolle o complete las previsiones de aquella con el fin de posibilitar su aplicación efectiva”.

¹⁴ En la Sentencia de 24 de septiembre de 1998 (As. C-76/97), antes mencionada, en relación con la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, el TJUE examinó si sus disposiciones resultaban “desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y lo suficientemente precisas para que un particular pueda invocarlas ante el Estado” y señaló que las del título I, relativas al ámbito de aplicación material y personal de la Directiva, y las del título II, relativo a los procedimientos, eran incondicionales y lo bastante precisas para ser invocadas ante un órgano jurisdiccional nacional, y que las disposiciones detalladas de los títulos III a VI de la Directiva, que se refieren a la elección de los procedimientos de adjudicación y normas relativas a los concursos de proyectos, a las normas comunes al sector técnico y de publicidad, así como las relativas a los criterios de participación, de selección y de adjudicación, eran, sin perjuicio de las excepciones y matices que se desprendían de su tenor, incondicionales y lo bastante claras y precisas para ser invocadas por los prestadores de servicios delante de los órganos jurisdiccionales nacionales.



particulares”, y “nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del derecho interno a la Directiva”.¹⁵

Asimismo, también hay que recordar que, en virtud del principio de primacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales de los estados miembros, a partir del 18 de abril de 2016 se tienen que dejar de aplicar las disposiciones del derecho interno de contratos que sean contrarias al derecho comunitario directamente aplicable¹⁶.

En último término, también se tiene que tener presente a efectos de determinar la aplicación directa de las previsiones de la Directiva 2014/24/UE, que dicha aplicación únicamente procedería, en principio, respecto a los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores incluidos en su ámbito de aplicación, es decir, tales como la Directiva los delimita y que tengan un valor estimado igual o superior a los umbrales que establece –en nuestro derecho interno, los contratos sujetos a regulación armonizada. Sin embargo, procede entender que también resulte de aplicación respecto de las cuestiones para las que el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (de ahora en adelante, TRLCSP) no haya establecido un régimen diferenciado en función de la consideración del contrato como sujeto o no a regulación armonizada¹⁷.

II. La cuestión relativa a “el efecto directo” o “la aplicación directa” de las directivas en materia de contratación pública ha sido analizada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, con motivo de los diversos incumplimientos por parte del Estado de transponer en plazo las directivas en materia de contratación pública, que ha emitido tres documentos sobre el tema, en los cuales indicó,

¹⁵ Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2006 (As. C-212/04), en la cual el Tribunal también afirma que “la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del derecho nacional”.

Asimismo, en la Sentencia de 5 de octubre de 2004 (As. C-397/01) el Tribunal, después de afirmar que “al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue”, había concretado que “esta obligación de interpretación conforme concierne a todas las disposiciones del derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a la directiva que se trate”.

¹⁶ Así lo afirma el TJUE, por ejemplo, en la Sentencia el TJUE de 22 de junio de 1989 (As. 103/88), antes mencionada.

¹⁷ En las sentencias de 18 diciembre de 2014 (As. C-470/13) y de 14 de enero de 2016 (As. C-234/14), entre otras, el Tribunal de Justicia recuerda que “la interpretación de las disposiciones de un acto de la Unión en situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de éste se justifica cuándo el Derecho nacional las ha hecho directamente e incondicionalmente aplicables a tales supuestos, con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de estas situaciones y las comprendidas en el ámbito de aplicación del acto mencionado.”



inicialmente¹⁸, que el efecto directo de las directivas tenía que operar “en relación con la publicidad en el DOCE” –actual DOUE. Posteriormente¹⁹, con motivo de una petición de informe en el cual se solicitaba una relación de los artículos del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas –entonces vigente– que no tenían que resultar de aplicación por contravenir la Directiva 2004/18/CE, y a pesar de afirmar que “el efecto directo se produce si las disposiciones de las directivas son incondicionales y suficientemente precisas”, concluyó que “no existen razones suficientes para admitir el efecto directo de las directivas en los términos tan amplios como los que figuran en el escrito de consulta”, dado que la aplicación de la doctrina del efecto directo en “extremos concretos y puntuales” que había hecho aquella Junta respecto a la primera y segunda generación de directivas en materia de contratos “no suscitó ninguna objeción de la Comisión Europea”.

Ya en relación con la Directiva 2014/24/UE, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha emitido, en fecha 15 de marzo de 2016, una Recomendación a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública²⁰ en la cual “ante la imposibilidad de detallar todos los aspectos de las nuevas directivas que puedan estar afectados por el citado efecto directo, tan sólo se abordan determinados aspectos esenciales, como la consideración de los contratos sujetos a regulación armonizada; la publicidad; o los plazos para presentar ofertas o para enviar invitaciones de participación”.

Por otra parte, esta Junta Consultiva ya había tratado la cuestión de la aplicación directa de la Directiva 2014/24/UE en el Informe 19/2014, de 17 de diciembre, si bien específicamente en relación con la aplicabilidad de sus previsiones con incidencia en materia de pymes. En este Informe se señaló, en resumidas cuentas, que determinadas previsiones recogidas en la Directiva 2014/24/CE –haciendo referencia, concretamente, a la división en lotes del objeto de los contratos y a las contrataciones conjuntas, dado el objeto del Informe– eran plenamente aplicables, incluso antes de finalizar su plazo de transposición, ya que no contravienen el régimen jurídico en materia de contratación pública comunitario e interno, y constituyen una mención expresa en la normativa comunitaria de posibilidades ya operativas, por no implicar nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente la incorporación técnica en el corpus normativo, o constituir aclaraciones o precisiones del régimen ya vigente; que otras previsiones de la Directiva 2014/24/CE requieren, para su aplicación, la debida transposición, por dejarse ésta a elección de los estados miembros; y que otras previsiones se consideraban como buenas prácticas y se recomendaba su aplicación también antes de que finalizara el plazo de transposición

¹⁸ Recomendaciones de la Junta Consultiva del Estado de 18 de abril de 1986, emitida con motivo de la necesidad de adaptación del derecho interno a las directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE, y de 21 de octubre de 1994, emitida con motivo del incumplimiento del plazo de transposición de las directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE.

¹⁹ Informe de la Junta Consultiva del Estado 57/05, de 19 de diciembre de 2005, emitido con motivo del incumplimiento del plazo de transposición de la Directiva 2004/18/CE.

²⁰ En fecha 17 de marzo de 2016 se publicó en el BOE la *Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el efecto directo de las nuevas directivas comunitarias en materia de contratación pública.*



de la Directiva –haciendo referencia, también, a previsiones con incidencia en materia de pymes, como las relativas a la reducción de cargas administrativas de los operadores económicos, la no exigencia de un volumen de negocios mínimo anual superior al doble del valor estimado del contrato y la realización de consultas del mercado.

Posteriormente, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón analizó los “efectos” de las directivas de contratación pública una vez finalizado el plazo de transposición, en el Informe 17/2015, de 3 de diciembre,²¹ en el cual se mencionan los siguientes “criterios generales”:

a) Son de aplicación directa los aspectos claros y concisos que no requieran ningún acto de concreción (se mencionan como ejemplos, respecto de la Directiva 2014/24/UE, el concepto de poder adjudicador, las causas de elección de los procedimientos, los criterios de participación, selección y adjudicación, la división de los contratos en lotes, las normas sobre comunicaciones electrónicas, las definiciones y las previsiones sobre el cálculo del valor estimado de los contratos);

b) Las previsiones de las directivas que positivizan la jurisprudencia europea en muchos casos están ya transpuestas, como consecuencia de la incorporación gradual de estos criterios (se mencionan como ejemplos, respecto de la Directiva 2014/24/UE, el concepto de medio propio, la cooperación horizontal, la regla de confidencialidad y los principios generales); y

c) Quedan excluidos del efecto directo los contenidos de la Directiva que son susceptibles de transposición facultativa (se mencionan como ejemplos, respecto de la Directiva 2014/24/UE, el uso del procedimiento negociado sin publicación previa, la posibilidad de prever ofertas integradoras y la posibilidad de los estados miembros de establecer excepciones a los motivos de exclusión obligatoria por razones imperiosas de interés general).

Más recientemente, los tribunales administrativos de contratación pública han presentado y aprobado, en reunión de 1 de marzo de 2016, un documento de estudio sobre “los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de contratos del sector público”, el cual, según se indica en su apartado I, “únicamente pretende servir como documento de análisis y reflexión para facilitar la interpretación que de la normativa aplicable a partir del 18 de abril de 2016 deberá realizar cada uno de los Tribunales administrativos de recursos contractuales en el ejercicio de sus funciones”. Asimismo, el propio documento de estudio señala también, en su apartado III relativo a conclusiones, que “obviamente, los órganos de contratación deberán aplicar estos criterios de interpretación” –no queda claro si los establecidos por la doctrina jurisprudencial comunitaria o los fijados por los Tribunales en el anexo I del propio documento, en el cual se analiza la aplicación o no directa de cada precepto de la directiva– “para no iniciar procedimientos ni dictar actos contrarios al ordenamiento jurídico vigente”.

²¹ En concreto, respecto del efecto que deben tener las directivas de contratación pública en la regulación de la Ley autonómica 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón.



III. Teniendo en cuenta el marco general de aplicación directa de las directivas, sobre la base de la jurisprudencia comunitaria en materia de efecto directo de las directivas, así como los pronunciamientos de los órganos consultivos específicos en materia de contratación pública que han analizado esta cuestión, se considera conveniente determinar qué contenidos de la Directiva 2014/24/UE procede aplicar a partir del próximo día 18 de abril de 2016 distinguiendo entre las tipologías de previsiones siguientes:

A. Disposiciones relativas a la propia Directiva –es decir, las que delimitan su propio ámbito de aplicación y las que establecen definiciones a efectos de su aplicación–, así como las relativas a obligaciones de actuación por parte de instituciones y organismos de la Unión Europea y de los estados miembros.

Estas disposiciones, algunas de las cuales ni siquiera requieren transposición, se consideran aplicables directamente y son las establecidas en los artículos siguientes:

- **Artículo 1** (objeto y ámbito de aplicación), **artículo 2** (definiciones), **artículo 4** (importes de los umbrales) y **artículo 5** (métodos de cálculo del valor estimado de la contratación); por lo tanto, a partir del 18 de abril de 2016 la conceptualización contractual habrá que efectuarla teniendo en cuenta la delimitación efectuada por la Directiva 2014/24/UE.

Así, por ejemplo, el anexo I del TRLCSP deberá sustituirse por el anexo II de esta Directiva, y la determinación de qué contratos hay que considerar sujetos a regulación armonizada también habrá que efectuarla de acuerdo con ella, de manera que, por ejemplo, tendrán la consideración de contratos de servicios sujetos a regulación armonizada los que tengan un valor estimado superior al umbral comunitario y no estén excluidos de su ámbito de aplicación, y no únicamente los que, teniendo un valor estimado superior a aquel umbral, estén recogidos en las categorías 1 a 16 del anexo II del TRCLSP²².

Con respecto a la posibilidad que se establece en el párrafo segundo del **apartado 2 del artículo 5**, de estimar el valor total de las contrataciones al nivel de las unidades funcionales separadas y autónomas de los poderes adjudicadores, si bien no se trata de una disposición que delimita el propio ámbito de aplicación de la Directiva –cómo sí lo son el resto de apartados de este precepto– se considera en todo caso aplicable directamente por tratarse de una posibilidad cuya regulación no se remite al derecho interno de los estados miembros y no es contraria a nuestro régimen jurídico de contratos del sector público vigente, y es clara y precisa.

- **Artículos 3 y 16** (contratación mixta y contratación mixta que comporte aspectos de seguridad o defensa, respectivamente). La posibilidad que se establece en el **párrafo primero del apartado 4 del artículo 3** para los

²² La Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública, ya mencionada, contiene un apartado específico sobre la delimitación de los contratos sujetos a regulación armonizada.



poderes adjudicadores, de optar por adjudicar contratos diferentes para prestaciones diferentes, algunas de las cuales sean propias de contratos regulados por la Directiva 2014/24/UE y otros de contratos no regulados por ésta, o para adjudicarlas en un único contrato, que tampoco es una disposición que delimite el ámbito de aplicación de la Directiva –cómo sí lo son el resto de apartados de este precepto– se considera aplicable directamente por tratarse de una posibilidad cuya regulación no se remite al derecho interno de los estados miembros y no es contraria a nuestro régimen jurídico de contratos del sector público vigente, y es clara y precisa.

- **Artículo 7** (contratos adjudicados en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales), **artículo 8** (exclusiones específicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas), **artículo 9** (contratos públicos adjudicados y concursos de proyectos organizados de acuerdo a normas internacionales), **artículo 10** (exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios), **artículo 11** (contratos de servicios adjudicados sobre la base de un derecho exclusivo) y **artículo 12** (contratos públicos entre entidades del sector público), que conforman la sección relativa a “exclusiones”, en los cuales se establecen los contratos no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva.

En relación con estas exclusiones hay que señalar que, dado que determinan el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva, no requieren estrictamente transposición y tienen efecto directo, de manera que los “contratos públicos” que aluden quedan fuera de su ámbito de aplicación sin necesidad de ninguna actuación por parte de los estados miembros. En todo caso, también hay que tener en cuenta que, en la medida en que estos preceptos de la Directiva incluyen algunos servicios que el TRLCSP no excluye de su ámbito de aplicación, estos servicios siguen estando sujetos al TRLCSP –lo cual, evidentemente, no es contrario a la Directiva–, si bien no deben tener la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada, con independencia de su valor estimado, ya que, como se ha dicho, no están sujetos a ella de acuerdo con la nueva Directiva.

Por lo que se refiere específicamente al régimen establecido en el **artículo 12**, la Abogacía general del Estado ha afirmado que “esta norma del derecho de la Unión Europea establece en la materia que disciplina una regulación muy detallada que, por eso, hace innecesaria realmente la promulgación de una norma de Derecho nacional que desarrolle o complete las previsiones de aquella con el fin de posibilitar su efectiva aplicación”, de manera que lo entiende aplicable, incluso antes de que finalice el plazo de transposición de la Directiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE²³. En todo caso, la

²³ Informe Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 3/2015 (R — 612015), arriba mencionado, en el cual se afirma que “si, una vez que ha entrado en vigor una Directiva y durante el plazo de transposición, los Estados miembros se tienen que abstener de realizar actuaciones que comprometan el resultado previsto por esta nueva norma de la Unión Europea, si tienen que adoptar las medidas necesarias para alcanzar este resultado y si, y esto es muy relevante, la autorización a seguir aplicando sus normas internas (aunque éstas no sean conformes con la nueva Directiva) es en realidad una facultad de la cual pueden no hacer uso, lo razonable es entender que, habiendo entrado en vigor la Directiva 2014/24/UE y aunque esté pendiente de



excepción a la participación de capital privado en el medio propio o la persona jurídica controlada, establecida en los **apartados 1.c) y 2** de este artículo, requiere, como el propio precepto indica, la imposición de esta participación por disposición legal nacional.

- **Artículo 13** (contratos subvencionados y servicios de investigación y desarrollo), **artículo 14** (servicios de investigación y desarrollo), **artículo 15** (seguridad y defensa) y **artículo 17** (contratos públicos y concursos de proyectos que comporten aspectos de seguridad o defensa que se adjudiquen u organicen de acuerdo a normas internacionales), incluidos en la sección de “situaciones específicas”, los cuales contribuyen a determinar el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva, de manera que no requieren estrictamente transposición y tienen efecto directo.
- **Artículo 74** (adjudicación de contratos de servicios sociales y otros servicios específicos) y **artículo 78** (normas aplicables a concursos de proyectos), incluidos en el título III de la Directiva, relativo a “régimenes de contratación particulares”, en los cuales se determina el ámbito de aplicación objetivo de estos régimenes.
- **Artículo 6, artículo 22, apartado 7; artículo 23, apartado 2; artículo 51, apartado 1, párrafo segundo; artículo 56, apartado 4; artículo 59, apartado 2, segundo inciso²⁴, y apartado 3; artículo 61, apartado 3; artículo 68, apartado 3; artículo 75, apartado 3; artículo 77, apartado 5; artículo 79, apartado 3, segundo párrafo; artículo 85, apartado 1 y artículo 87**, en la medida que establecen obligaciones y funciones y otorgan poderes a la Comisión Europea –entre otros, en relación a la adopción de actos delegados y actos de ejecución– y el **artículo 51, apartados 4 y 5, segundo párrafo**, ya que establecen obligaciones de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. De hecho, y como ya se ha adelantado, estas disposiciones no tienen que ser objeto de transposición al no constituir, como es propio de las disposiciones de las directivas, actos jurídicos que obligan a los estados miembros destinatarios.

Además, otras definiciones dispersas en el texto de la Directiva –no contenidas en el artículo 2, sino en preceptos diversos– también deben resultar plenamente operativas. Es el caso de las siguientes:

transposición, es jurídicamente admisible aplicar las previsiones contenidas en su artículo 12, especialmente cuando, como ocurre en caso de que se examina y según se ha dicho, el régimen dispuesto en este precepto es un régimen muy detallado que no hace necesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional para posibilitar su efectiva aplicación y cuando, como se ha razonado, la aplicación del repetido precepto no causa perjuicio a terceros”.

²⁴ La obligación de establecer un formulario uniforme sobre la base del cual redactar el documento europeo único de contratación, impuesta por este precepto a la Comisión, ha sido cumplida mediante el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación (DOUE L 3/16, de 6 de enero de 2016).



- Competencia restringida artificialmente (**artículo 18, apartado 1, párrafo segundo**); conflicto de intereses (**artículo 24, segundo párrafo**)²⁵; ofertas irregulares e inaceptables (**artículo 26, apartado 4, párrafo último y artículo 35, apartado 5, párrafo tercero**); oferta no adecuada (**artículo 32, apartado 2, letra a), segundo párrafo**); acuerdo marco (**artículo 33, apartado 1, párrafo segundo**); y oferta admisible y de oferta y solicitud de participación no adecuada (**artículo 35, apartado 5, párrafos segundo y cuarto**).

Asimismo, también resultan aplicables, sin necesidad de transposición, las disposiciones de la Directiva que imponen a los estados miembros determinadas obligaciones, entre otras, relativas a facilitar información o ponerla a disposición de la Comisión o de otros estados miembros. Es el caso de las establecidas en los preceptos siguientes:

- **Artículo 9, apartado 1, último párrafo; artículo 22, apartado 6, letra c, punto i), párrafo segundo; artículo 44, apartado 3; artículo 57, apartado 7; artículo 59, apartado 6; artículo 60, apartado 2, último párrafo, y apartado 5; artículo 62, apartado 3; artículo 64, apartado 1, segundo párrafo, y apartado 8; artículo 69, apartado 5; artículo 71, apartado 8; artículo 85, apartados 2 y 3; y artículo 86.**

B. Disposiciones de la Directiva que son de transposición obligatoria por parte de los estados miembros, al establecer previsiones imperativas sin hacer remisión o mención a la obligación que se regulen en el derecho interno de los estados miembros, es decir, las redactadas omitiendo cualquier referencia a ellos y aludiendo a obligaciones de los poderes adjudicadores o a posibilidades que necesariamente se les tiene que otorgar (con fórmulas del tipo “los poderes adjudicadores habrán de, los poderes adjudicadores podrán” o los poderes adjudicadores seguido de verbo en forma imperativa); o bien las que remiten, con carácter obligatorio, a la regulación de una determinada cuestión por parte del derecho interno (con fórmulas del tipo “los Estados miembros habrán de” o “los Estados miembros tomarán las medidas para”).

De estas previsiones, hay que distinguir, al mismo tiempo, las que constituyen una novedad que comporta una modificación respecto del régimen jurídico vigente – teniendo en cuenta que puede tratarse de un precepto nuevo, por ser una cuestión no recogida en directivas anteriores, pero no ser una cuestión nueva porque se limite a recoger jurisprudencia del TJUE– de las que no.

B.1. Disposiciones de la Directiva que son de transposición obligatoria por parte de los estados miembros y que constituyen o comportan una novedad o un régimen diferente respecto del vigente en el derecho interno respectivo:

²⁵ Esta definición ya ha sido utilizada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en las resoluciones nº. 219/2014, de 10 de diciembre de 2014, y nº. 87/2015, de 12 de junio de 2015.



Con carácter general, se puede afirmar que las disposiciones de la Directiva que deben ser objeto de transposición obligatoriamente y que constituyen o comportan una novedad resultan de aplicación directa una vez finalizado su plazo de transposición siempre que sean incondicionales, claras y precisas –y pueden ser invocadas por los particulares frente del Estado, es decir, frente de las autoridades públicas, si, además, les atribuyen derechos subjetivos.

Así, vista la novedad o el nuevo régimen que comportan, las disposiciones de la Directiva que regulen materias ya reguladas en nuestro derecho interno de contratos lo desplazarán en aquello que éste se oponga o las contradiga, de manera que hay que inaplicar estas normas del derecho interno y aplicar las disposiciones de la Directiva directamente, si bien, en la medida en que sea posible y en su caso, también se tiene que efectuar una interpretación de las normas de derecho interno conforme con las disposiciones y seguir aplicándolas si ésta es posible.

Con esta finalidad y de acuerdo con lo que se ha indicado en la consideración jurídica anterior, habrá que determinar si el régimen interno regulador de estas cuestiones que ya era aplicable conforme con la directiva anterior y con la jurisprudencia comunitaria, sigue siéndolo respecto de la Directiva 2014/24/UE, de manera que, en caso de concurrir alguna divergencia, habría que no aplicar la norma interna contraria y, en la medida en que la disposición de la Directiva de transposición obligatoria fuera lo suficientemente clara y precisa, aplicarla directamente.

En este sentido, teniendo en cuenta el contenido de la Directiva y, como ya se ha indicado, el grado de detalle y concreción de la mayor parte de este contenido, se puede afirmar ya ahora que prácticamente sólo no podrán ser objeto de aplicación directa las disposiciones respecto de las cuales la propia Directiva remite al derecho interno para su incorporación, de manera que la aplicación requiere de una actuación por parte de los estados miembros.

Así, son de aplicación directa las disposiciones establecidas en los preceptos siguientes:

- **Artículo 22** (normas aplicables a las comunicaciones), **apartado 2**, relativo a la posibilidad de comunicación oral para determinadas comunicaciones, **apartado 5**, que establece la posibilidad de los poderes adjudicadores de exigir herramientas y dispositivos no disponibles de forma general, y **apartado 6**, en el cual se fijan las normas aplicables a las herramientas y dispositivos de envío y recepción electrónica de ofertas y de recepción electrónica de solicitudes de participación.
- **Artículo 24** (conflictos de intereses), **párrafo primero**, en el cual se establece la obligación de los estados miembros de velar para que los poderes adjudicadores tomen medidas de prevención, detección y solución de estos conflictos –hay que entender de aplicación directa tanto la obligación que el precepto impone a los estados, como la obligación de los poderes adjudicadores de tomar medidas en la línea que establece, algunas de las cuales se encuentran concretadas por la propia Directiva y otros en nuestro derecho interno.



- **Artículo 26** (elección de los procedimientos), **apartado 4**, en el cual se fija la obligación de los estados miembros de establecer la posibilidad de los poderes adjudicadores de aplicar un procedimiento con negociación o un diálogo competitivo en las situaciones que este mismo precepto, conjuntamente para ambas tipologías de procedimiento, detalla y especifica. Por lo tanto, la utilización de los procedimientos negociados con publicidad y de los diálogos competitivos –los cuales, por cierto, se dejan de circunscribir a contratos particularmente complejos– únicamente procederá en las situaciones que este precepto de la Directiva establece, de las cuales sólo algunas se encuentran establecidas de manera similar en el TRLCSP.
- **Artículo 28** (procedimiento restringido), **apartado 6, letra a)**, con respecto al plazo mínimo que establece.²⁶
- **Artículo 29** (procedimiento de licitación con negociación) en el cual se configura el procedimiento negociado y se regulan los rasgos principales, entre los cuales se encuentran diversas novedades, redactadas con carácter imperativo y con un grado de detalle y precisión suficiente como para ser aplicables directamente.

Así, por ejemplo, será aplicable directamente el plazo mínimo de 30 días de presentación de ofertas, y la posibilidad de adjudicar contratos sobre la base de ofertas iniciales sin negociar.

Hay que tener en cuenta que, si bien este precepto hace referencia, en general, a los procedimientos de licitación con negociación, algunas de las previsiones que contiene únicamente podrán ser aplicables, por su propia naturaleza, a los procedimientos negociados con publicación previa.

- **Artículo 30** (diálogo competitivo) –excepto el plazo que establece–, en el cual se configura este procedimiento y se regulan los rasgos principales, entre los cuales se encuentran diversas novedades, redactadas con carácter imperativo y con un grado de detalle y precisión suficiente como para ser aplicables directamente.
- **Artículo 31** (asociación para la innovación), en el cual se regula este nuevo procedimiento, también con carácter incondicional y con detalle y precisión, lo cual también permite su aplicación directa.
- **Artículo 32** (uso del procedimiento negociado sin publicación previa) –excepto el **apartado 1**, que contiene una disposición de transposición potestativa–, en el que se establecen los únicos casos en los que se puede adjudicar un contrato por procedimiento negociado sin publicación previa.

Así, dado que, como se ha indicado, la Directiva únicamente habilita la utilización del procedimiento negociado –y del diálogo competitivo– en las

²⁶ Tal como se señala en la Recomendación de la Junta Consultiva del Estado sobre la aplicación de la Directiva, ya mencionada, esta aplicación directa comporta no poder aplicar el plazo de 10 días previsto en el artículo 112.2.b), párrafo segundo, del TRLCSP, ya que es contrario a la Directiva para ser inferior al mínimo que establece ésta.



situaciones establecidas en el artículo 26.4 y del procedimiento negociado sin publicidad en los casos establecidos en el artículo 32 que se analiza, y dado que ambas disposiciones son claras, precisas e imperativas y, por lo tanto, de aplicación directa, a partir del próximo 18 de abril de 2016, no se podrá recurrir a la utilización del procedimiento negociado por las causas establecidas en los apartados de los artículos siguientes:

- Artículo 170, letras b), f) y g) del TRLCSP –contratos respecto de los cuales no se pueda determinar el precio global, contratos declarados secretos o reservados y contratos incluidos en el ámbito del artículo 346 del TFUE, respectivamente;
- Artículo 171, letras a), b) y d) del TRLCSP –obras que se realicen únicamente con finalidades de investigación, obras complementarias y obras de valor estimado inferior a 1 millón de euros o igual o inferior a 200.000 euros, respectivamente;
- Artículo 173, letras a) y f) –adquisiciones de bienes muebles integrantes del patrimonio histórico español y suministros de valor estimado inferior a 100.000 euros o igual o inferior a 60.000 euros, respectivamente; y
- Artículo 174, letras b) y e) –servicios complementarios y servicios de valor estimado inferior a 100.000 euros o igual o inferior a 60.000 euros, respectivamente.

Asimismo, las otras causas de utilización de este procedimiento previstas en el TRLCSP, que son coincidentes con las previstas en el artículo 32 de la Directiva²⁷, habrá que aplicarlas teniendo en cuenta lo que este precepto de la Directiva establece, tanto para contratos sujetos a regulación armonizada como para los no sujetos ya que, como se ha indicado, nuestro derecho interno no distingue las causas de utilización de este procedimiento en función de si los contratos superan o no los umbrales comunitarios.

Por lo que hace específicamente a la causa de utilización del procedimiento negociado sin publicidad en razón de la cuantía, respecto del cual se podría intentar argumentar la no aplicación directa de este precepto de la Directiva –y, por lo tanto, pretender seguir utilizando esta causa para recurrir al procedimiento negociado sin publicidad–, por considerar que el TRLCSP contiene una distinción en estos casos para contratos no sujetos a regulación armonizada, hay que señalar que las previsiones de la Directiva respecto de este procedimiento son tajantes y que la utilización de este procedimiento por esta causa es contraria tanto a la letra de la Directiva, que dispone que “los Estados miembros no permitirán el recurso a este procedimiento –negociado

²⁷ Ciertamente, la causa establecida en el artículo 32.2.a) de la Directiva coincide sustancialmente con la prevista en el artículo 170.c) del TRLCSP; la del artículo 32.2.b) de la Directiva con la del artículo 170.d) del TRLCSP; la del artículo 32.2.c) de la Directiva con la del artículo 170.e) del TRLCSP; la del artículo 32.3.a) con la del artículo 173.b) del TRLCSP; la del artículo 32.3.b) de la Directiva con la del artículo 173.c) del TRLCSP; la del artículo 32.3.c) de la Directiva con la del artículo 173.d) del TRLCSP; la del artículo 32.3.d) de la Directiva con la del artículo 173.e) del TRLCSP; la del artículo 32.4 de la Directiva con la del artículo 174.d) del TRLCSP; y la del artículo 32.5 de la Directiva con la de los artículos 171.c) y 174.c) del TRLCSP.



sin publicidad– en ningún caso diferente de los contemplados en el artículo 32”, como a su espíritu o finalidad.

En este sentido, hay que recordar que en el considerando 50 de la Directiva se indica expresamente que “a razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente sólo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato”.

Sin embargo, la Junta Consultiva del Estado ha considerado, en su Recomendación sobre la aplicación de la Directiva, ya mencionada, que este supuesto de utilización del procedimiento negociado sin publicidad sigue siendo de aplicación por estar siempre referido a contratos de valor estimado inferiores a los umbrales comunitarios.

Por otra parte, hay que tener en cuenta también que respecto de las causas de utilización del procedimiento negociado sin publicidad con un único empresario que se contienen en la Directiva, no operará la obligación de solicitar oferta como mínimo a 3 empresas.

Además, y con respecto a los aspectos o cuestiones procedimentales, no recogidos en este precepto de la Directiva, hay que entender aplicable a los procedimientos negociados sin publicación previa todo lo que establece el artículo 29 de la Directiva, relativo a los procedimientos de licitación con negociación, que sea procedente de acuerdo con la naturaleza y las características específicas de la falta de publicidad en estos procedimientos.

- **Artículo 33** (acuerdos marco), en el cual se establece, como aspecto nuevo que no se contenía en la Directiva 18/2004/CE ni, por lo tanto, en el TRLCSP, la posibilidad de que los acuerdos marco con diversos empresarios en los cuales se establezcan todas las condiciones aplicables a la realización del objeto se puedan ejecutar en parte sin convocatoria de nueva licitación y en parte con convocatoria.
- **Artículo 34** (sistemas dinámicos de adquisición) en el cual se establece, de manera imperativa y con detalle, el nuevo régimen jurídico de esta técnica de contratación electrónica y agregada, que incorpora diversas novedades respecto de la regulación comunitaria anterior –y, por lo tanto, de la contenida en el TRLCSP.

Así, son aplicables directamente, por ejemplo, la desaparición de las ofertas indicativas y el plazo mínimo de 10 días para la presentación de ofertas, a partir de la fecha de envío de la invitación.



- **Artículo 35** (subastas electrónicas) –al **apartado 5, párrafos segundo, tercero y cuarto**, que contienen “definiciones”, ya se ha hecho referencia anteriormente–, en el cual no se limita a determinados procedimientos negociados, como se hace en el artículo 148 del TRLCSP, la utilización de las subastas electrónicas.
- **Artículo 36** (catálogos electrónicos) –**excepto el párrafo segundo del apartado 1**, que contiene una disposición de transposición potestativa–, en el cual se establece el régimen jurídico de este nuevo instrumento.
- **Artículo 43** (etiquetas), el cual contiene diversas novedades, precisas y detalladas, respecto de las etiquetas, las cuales podrán ser exigidas como medio de prueba del cumplimiento de características medioambientales, sociales o de otro tipo, en relación con prescripciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones de ejecución.
- **Artículo 45** (variantes), respecto del cual comporta una novedad, aplicable directamente a partir de la finalización del plazo de transposición de la Directiva, la posibilidad de los poderes adjudicadores de exigir la presentación de variantes.
- **Artículo 47** (determinación de plazos), **apartado 3, letra b) y los dos últimos párrafos**, en el cual se establece la obligación de los poderes adjudicadores de prorrogar el plazo para la recepción de las ofertas cuando se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos y que esta prórroga debe ser proporcional a la importancia de la modificación y la posibilidad de no prorrogar este plazo si, a pesar de no haber facilitado en plazo información complementaria, esta no es importante a efectos de la preparación de las ofertas.
- **Artículo 48** (anuncios de información previa) –**excepto apartado 2, párrafos primero y segundo**, que prevé una opción que requiere transposición por parte de los estados miembros–, del cual hay que destacar como aspectos nuevos, directamente aplicables de la misma manera que los aspectos que establece y que ya se encuentran previstos en la normativa anterior, que se dejan de circunscribir los anuncios de información previa a determinada información de determinados contratos y que puedan incluir un periodo superior a los 12 meses para servicios sociales y otros servicios específicos.

Hay que tener en cuenta que, tanto los anuncios de información previa como el resto de los anuncios en relación con contratos públicos que se publiquen a partir del 18 de abril de 2016, tienen que contener la información fijada en los respectivos anexos de la Directiva 2014/24/UE y se tienen que llevar a cabo mediante los formularios normalizados establecidos por el Reglamento de ejecución (UE) 2015/1986 de la Comisión, de 11 de noviembre de 2015, por el cual se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y se deroga el Reglamento de ejecución (UE) nº. 842/2011.



- **Artículo 50** (anuncios de adjudicación de contratos) –**excepto el último inciso del párrafo segundo del apartado 2**, que establece una disposición de transposición potestativa–, en el cual se establece, como novedad, un plazo máximo de 30 días para el envío de los anuncios de adjudicación de todos los contratos, incluidos los basados en un sistema dinámico de adquisición – aunque en estos se permite la agrupación por trimestres–, excepto los basados en acuerdos marco, que siguen estando exentos, en vez del de 48 días que se preveía en la Directiva 2004/18/CE y se establece en el artículo 154 del TRLCSP, el cual dejará de ser de aplicación. Asimismo, se establece la novedad de tener que indicar que no se adjudicarán más contratos durante el periodo cubierto por un anuncio de información previa en caso de que para la convocatoria se haya utilizado este anuncio.
- **Artículo 51** (redacción y modalidades de publicación de los anuncios), en el que se establece como novedad la obligación que los anuncios se envíen a la Oficina de Publicaciones de la Unión sólo por medios electrónicos –además de la previsión relativa a la obligación de la Oficina de Publicaciones de asegurarse de que se mantienen publicados determinados anuncios, establecida en el apartado 4, al cual ya se ha hecho referencia anteriormente.
- **Artículo 52** (publicación en el ámbito nacional), en el cual se establece como novedad que puedan publicarse anuncios en el ámbito nacional antes que en el DOUE si los poderes adjudicadores no reciben la notificación de su publicación por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea a las 48 horas de la confirmación de la recepción del anuncio.
- **Artículo 53** (disponibilidad electrónica de los pliegos de la contratación), en el cual se establece la obligación de ofrecer por medios electrónicos un acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos de la contratación, y la obligación de prolongar 5 días el plazo de presentación de ofertas en caso de que no sea posible por las razones que la misma Directiva establece; así como el plazo, de 6 o 4 días, para proporcionar información adicional solicitada.
- **Artículo 54** (invitación a los candidatos), el cual contiene como novedad la mención a la invitación a confirmar el interés en los casos en que el anuncio de información previa se utilice como convocatoria de licitación.
- **Artículo 56** (principios generales), **apartado 1, párrafo segundo**, que establece la posibilidad de los poderes adjudicadores de decidir no adjudicar un contrato al licitador que presente la oferta más ventajosa económicamente cuando comprueben que la oferta no cumple las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.
- **Artículo 57** (motivos de exclusión), **apartado 4, letras d) y i)**, en las cuales se establecen causas de exclusión no previstas en la Directiva anterior, ni transpuestas al TRLCSP, que hacen referencia a causas a apreciar directamente por el órgano de contratación y relacionadas con el mismo procedimiento de contratación en el que se dan: que el poder adjudicador tenga indicios plausibles de acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia, y haber intentado influir indebidamente en el proceso



de toma de decisiones del poder adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas o proporcionar negligentemente información engañosa.

Estas causas de exclusión son potestativas para los poderes adjudicadores pero se prevén en la Directiva sin dejar margen de maniobra a los estados miembros para su transposición, de manera que se pueden considerar directamente aplicables. Ciertamente, hay que entender que un particular – operador económico– que participara en una licitación podría invocar estas dos causas de exclusión si tuviera conocimiento que un operador económico que participa en la misma licitación ha incurrido en alguna de las acciones a las que se refieren, siendo la obligación que establece la Directiva para los estados miembros clara, precisa e incondicional, ya que, como se ha dicho, el margen de opción se prevé para los poderes adjudicadores a la hora de aplicarlas, no para la transposición por parte de los estados miembros.

En relación con la aplicación directa de estas causas de exclusión hay que señalar que no se considera como un supuesto de aplicación de efecto directo vertical descendente –como se ha dicho en la consideración jurídica I de este informe, aquel en el que el Estado que ha incumplido la obligación de transposición de una directiva la pretende alegar enfrente de un particular–,²⁸ en la medida en que no se trata de normas que puedan “favorecer” al poder adjudicador que las aplique, ni que “perjudiquen” a los operadores económicos, en el sentido que limiten el derecho de acceso a las licitaciones, sino que son previsiones que garantizan el respeto a los principios de igualdad de trato y de oportunidades y benefician a las empresas no incursas en dichas causas de exclusión, dado que tienen como finalidad contribuir a garantizar la libre competencia y la “limpieza” de los procedimientos.

Así, hay que entender que, al aplicar estas causas de exclusión de manera directa de la Directiva, el Estado –el poder adjudicador– no las estaría invocando delante del operador económico que incurre, sino que las estaría aplicando, al ser previsiones claras, precisas e incondicionales que no han sido transpuestas en plazo y que pueden ser alegadas delante de él por los operadores económicos, a los cuales confieren un derecho subjetivo a que no se dé una vulneración de la competencia en los procedimientos en los que participen.

Además, tampoco se podría considerar como un supuesto de aplicación del efecto directo horizontal, aunque el reconocimiento de efecto directo vertical ascendente de una Directiva puede afectar, como sucede en este caso, a otros particulares. Ciertamente, en materia de contratación pública potencialmente se

²⁸ En la Sentencia de 26 de febrero de 1986 (As. C-152/84, Marshall), el TJUE señala que con la prohibición del efecto directo vertical descendente de las directivas se pretende “evitar que el Estado pueda sacar ventajas de haber ignorado el Derecho comunitario”; y en la Sentencia de 8 de octubre de 1987 (As. C-80/86, Kolpinghuis Nijmegen), indica que un estado no puede prevalerse frente a un particular de las disposiciones de una directiva si no es a través del derecho nacional dictado correctamente en su desarrollo, de manera que el estado no se puede beneficiar en ningún caso del contenido de la directiva que no ha sido transpuesto correctamente o, dicho de otra manera, el efecto útil nunca puede favorecer al infractor estatal.



dará esta afectación, ya que en caso de que un particular alegue contra un estado miembro una disposición clara, precisa e incondicional y se reconozca su efecto directo, este efecto puede afectar al resto de licitadores o al adjudicatario del contrato; lo cual, sin embargo, no convierte el efecto directo de la Directiva en horizontal, ya que el particular –operador económico– lo alegaría enfrente del estado, no enfrente del resto de participantes de la licitación.

Sin embargo, se podría cuestionar la aplicabilidad directa de estas dos causas de exclusión por considerar que requiere que los poderes adjudicadores tengan claros los principios de actuación para su aplicación y, por lo tanto, que falta un desarrollo que regule cómo se deben aplicar –en concreto, el establecimiento de un procedimiento en el que se prevean los principios de actuación y las garantías a aplicar, como la necesaria audiencia al interesado.

Por otra parte, también es de aplicación directa la novedad establecida en el **apartado 6** de este precepto, relativo a la posibilidad de los operadores económicos de demostrar su fiabilidad a pesar de la existencia de un motivo de exclusión –diferente del incumplimiento de las obligaciones tributarias o con la seguridad social y de la sentencia en el estado miembro en que sea ejecutiva–, y a no ser excluidos del procedimiento si dicha demostración es suficiente o a recibir una motivación de la exclusión si es insuficiente, en la medida en que contiene una previsión que otorga un derecho subjetivo a los particulares, invocable frente a los estados, que es claro, preciso e incondicionado.

- **Artículo 58** (criterios de selección), **apartado 3**, en el cual se establecen como novedades que se pueda tener en cuenta la ratio entre activo y el pasivo a efectos de la evaluación de la solvencia económica y financiera, la cual ya se encuentra transpuesta en nuestro derecho interno; y las previsiones relativas al hecho de que el volumen de negocios mínimo anual a exigir no exceda el doble del valor estimado del contrato; que los criterios de selección se apliquen en relación con cada uno de los lotes y que el volumen de negocios a exigir se pueda establecer por referencia a grupos de lotes en el caso de adjudicación de diversos lotes a un mismo operador económico que deban ejecutarse al mismo tiempo; y que el volumen de negocios anual máximo a exigir en el caso de contratos basados en un acuerdo marco después de nuevas licitaciones se debe calcular de acuerdo con el tamaño máximo previsto de los que se hayan de ejecutar al mismo tiempo o, si se desconoce este dato, al valor estimado del acuerdo marco; las cuales son aplicables directamente.

Asimismo, también es aplicable directamente el **apartado 4** de este precepto y, específicamente, la nueva previsión relativa al hecho de que los poderes adjudicadores puedan suponer que un operador económico no tiene las capacidades profesionales necesarias si establecen que tiene conflictos de interés que pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato –en consonancia con la causa de exclusión establecida en el artículo 57.4.e) de la Directiva. Sin embargo, respecto de esta previsión también hay que señalar la necesidad, puesta de manifiesto con ocasión de los motivos de exclusión, que los poderes adjudicadores tengan claros los principios de actuación para su aplicación y, desde este punto de vista, se podría cuestionar su aplicabilidad directa por entender que carece de un desarrollo requerido.



- **Artículo 59** (documento europeo único de contratación), **apartados 1 y 4**, en el cual se establece la obligación de los poderes adjudicadores de aceptar como prueba preliminar en los procesos de contratación pública, una declaración formal de los operadores económicos que sustituye los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros, mediante la cual indiquen que no se encuentran en ninguna de las situaciones de exclusión o posible exclusión, cumplen los criterios de selección exigidos y, cuándo sea procedente, cumplen con las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido con la finalidad de reducir el número de candidatos; se prevé la posibilidad de los operadores económicos de utilizarlos para diversos procedimientos siempre que la información que contengan sea correcta; y se establece la posibilidad de los poderes adjudicadores de solicitar los documentos justificativos en cualquier momento, así como la obligación de exigir al propuesto como adjudicatario la presentación de dicha documentación, excepto en los contratos basados en acuerdos marco suscritos con un único empresario o sin convocatoria de nueva licitación.

Estas previsiones son aplicables a partir del 18 de abril de 2016, así como también la obligación de utilizar el formulario normalizado establecido por la Comisión Europea²⁹.

- **Artículo 63** (recurso a capacidades de otras entidades), en el cual se establecen nuevas previsiones al régimen ya vigente y ya pretranspuesto en nuestro derecho interno, que serán aplicables directamente, tales como con respecto a los títulos de estudios y profesionales o a la experiencia profesional sólo se puedan recurrir a las capacidades de otras entidades si éstas ejecutarán la parte del objeto para el cual se requieren dichas capacidades; a la obligación de los poderes adjudicadores de comprobar que las entidades a la capacidad de las cuales se pretende recurrir cumplen los criterios de selección y no incurrir en motivos de exclusión; a la posibilidad de que los poderes adjudicadores exijan, cuando un operador económico recurra a las capacidades de otras entidades con respecto a la solvencia económica y

²⁹ De acuerdo con el artículo 1 del Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el cual se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación, arriba mencionada, a partir del momento en que entren en vigor las disposiciones nacionales de aplicación de la Directiva 2014/24/UE y, como muy tarde, a partir del 18 de abril de 2016, para la elaboración del documento europeo único de contratación se utilizará el formulario normalizado que figura en su anexo 2.

Asimismo, este Reglamento establece, en su anexo 1, que “los Estados miembros podrán determinar por vía reglamentaria, o dejar que los poderes y las entidades adjudicadores decidan, si el DEUC debe utilizarse también en el marco de procedimientos de contratación que no estén sujetos o sólo estén sujetos parcialmente a las normas procedimentales de las Directivas 2014/24/UE o 2014/25/UE, por ejemplo, para los contratos que se sitúen por debajo de los umbrales pertinentes o aquellos que estén sujetos a las normas particulares aplicables a los servicios sociales y otros servicios específicos («régimen simplificado»). De la misma manera, los Estados miembros podrán determinar por vía reglamentaria, o dejar que los poderes y las entidades adjudicadoras decidan, si el DEUC debe utilizarse también en relación con la adjudicación de contratos de concesión, independientemente que estén sujetos o no a las disposiciones de la Directiva 2014/23/UE”.



financiera, que ambos sean responsables solidariamente; y a la posibilidad de los poderes adjudicadores de exigir que determinadas tareas sean ejecutadas por un participante concreto de una agrupación de operadores económicos.

- **Artículo 68** (cálculo del coste del ciclo de vida), apartados 1 y 2, aplicable directamente ya que contiene una regulación clara, precisa e incondicionada sobre qué costes incluye y cómo efectuar el cálculo, así como las indicaciones que se tienen que incluir en los pliegos.
- **Artículo 70** (condiciones de ejecución del contrato), **segundo inciso**, en el cual se contiene como novedad, aplicable directamente, la posibilidad de que las condiciones de ejecución incluyan consideraciones económicas o relacionadas con la innovación y relativas al empleo.
- **Artículo 71** (subcontratación), **apartado 5, último párrafo, y apartado 6, letra b)**, los cuales se prevé la posibilidad de los poderes adjudicadores de hacer extensivas las obligaciones de cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, así como la de comprobar si concurren motivos de exclusión de algún subcontratista y sustituirlo.
- **Artículo 72** (modificación de los contratos durante su vigencia) **–excepto el apartado iii), de la letra d), del apartado 1**, que establece una disposición no aplicable de acuerdo con nuestra legislación nacional–, en el cual se establece, con una regulación clara, precisa e incondicionada, el “nuevo” régimen jurídico de modificación de los contratos –nuevo entre comillas, en la medida en que, si bien, como es sabido, no se contenía en la Directiva 2004/18/CE, ya había sido establecido por el TJUE.

De este régimen hay que determinar, por una parte, qué previsiones se encuentran pretranspuestas en los artículos 105 a 107 del TRLCSP, los cuales seguirán resultando de aplicación en todo aquello que no se opongan a la Directiva –en la medida en que, cómo se ha dicho, estos preceptos transpusieron en su momento la jurisprudencia comunitaria al efecto y que la Directiva regula esta materia teniéndola en cuenta³⁰, difícilmente se opondrán–; así como, por otra parte, qué previsiones no se encuentran pretranspuestas, las cuales tendrán que ser objeto de aplicación directa para cumplir, como también se ha dicho, los requisitos a estos efectos.

En este sentido, hay que considerar que se puede dar el efecto directo vertical ascendente de estas previsiones dado que los particulares podrían alegar enfrente del Estado la aplicación directa de alguno de los supuestos de modificación contractual permitidos por la Directiva y no transpuesto en el derecho interno. Así, se considera, tal como se ha señalado también respecto de las causas de exclusión con ocasión del análisis del artículo 57.4, letras d) y i), que no se trataría de un supuesto de aplicación de efecto directo descendente en la medida en que no se trata de una regulación que el Estado

³⁰ En el considerando 107 de la Directiva se afirma literalmente que “Es preciso aclarar las condiciones en las cuales la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.”



–incumplidor del deber de transposición– tuviera que hacer valer a favor suyo enfrente de los particulares.

Sin embargo, los poderes adjudicadores tienen que tener en cuenta que en el documento de estudio sobre los efectos jurídicos de las Directiva, aprobado el 1 de marzo de 2016 por los tribunales administrativos de contratación pública, al cual se ha hecho referencia en la consideración jurídica II, se considera respecto de este precepto que “aunque algunos aspectos resultan claros, precisos e incondicionales, dado que no es posible el efecto directo descendente no podrán ser invocados por los poderes adjudicadores en tanto no se produzca el acto de transposición formal”.

El **apartado 1, letra a)**, prevé el caso de modificaciones de contratos y acuerdos marco previstas en los pliegos, y se encuentra parcialmente recogido en el artículo 106 TRLCSP –aunque en la Directiva se incluye también la revisión de precios. Sin embargo, en este precepto del TRLCSP no se recoge el requisito establecido por la Directiva relativo a la prohibición que se prevean modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato, el cual se considera aplicable directamente.

Con respecto al supuesto establecido en el **apartado 1, letra b)**, relativo a obras, suministros y servicios adicionales, que han dejado de ser un supuesto habilitante de utilización del procedimiento negociado para pasar a ser un caso de posible modificación, no se encuentra prevista como tal en nuestro derecho interno y, por lo tanto, tiene que ser objeto de aplicación directa. Además, la previsión establecida en el artículo 105.2 TRLCSP, relativa a la imposibilidad que la modificación de los contratos se realice para adicionar prestaciones complementarias o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente y a la necesidad de que en estos supuestos se proceda a una nueva contratación para la cual se puede aplicar el procedimiento negociado sin publicidad, que es contraria al nuevo régimen de la Directiva, tiene que ser inaplicable a partir del 18 de abril de 2016.

El supuesto de modificación de los contratos y los acuerdos marco previsto en el **apartado 1, letra c)**, relativo a que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever, que no altere la naturaleza global del contrato y que el incremento del precio resultante no exceda del 50% del valor inicial, puede parecer más laxo que los establecidos en el artículo 107 TRLCSP, aunque hay que entenderlo también sometido al límite de que no se trate de una modificación sustancial de acuerdo con el apartado 4 de este precepto³¹. Este supuesto de modificación, no

³¹ Ciertamente, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, hay que entender que este límite relativo a que no se trate de una modificación sustancial en los términos de la misma Directiva es aplicable a todos los casos que posibilitan la modificación de los contratos excepto aquel en el que se excluye expresamente la aplicación de este límite –el relativo únicamente al valor de la modificación, establecido en el apartado 2– ya que, tal como se señala en el considerando 107 de la Directiva “es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen al contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la



pretranspuesto en el TRLCSP, hay que entenderlo aplicable directamente por cumplir, cómo se ha dicho, los requisitos a este efecto.

El caso de modificación de los contratos y los acuerdos marco establecido en la **letra d)** del mismo apartado 1 se refiere, por una parte, a la sustitución del contratista como consecuencia de una previsión en pliegos (**apartado i**), la cual se puede incluir en las modificaciones previstas en el artículo 106 del TRLCSP; y por otra parte a la sucesión del contratista con motivo de una reestructuración empresarial (apartado ii), la cual se encuentra regulada en el artículo 85 del TRLCSP como un supuesto ajeno a la modificación contractual, lo cual comporta tener que aplicar esta previsión del TRLCSP de manera conforme con la nueva previsión de la Directiva no transpuesta y aplicable directamente.

Con respecto a la previsión establecida en la **letra e)**, del mismo **apartado 1**, relativa a que las modificaciones de los contratos y los acuerdos marco, con independencia de su valor, no sean sustanciales, tal como ya se ha indicado, hay que entenderla aplicable directamente a todas las causas de modificación contractual, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.

La obligación establecida en el **último párrafo** de este **apartado 1**, relativa al deber de publicación en el DOUE de las modificaciones llevadas a cabo en los casos previstos en las letras b) y c), se considera aplicable directamente.

Asimismo, también se consideran aplicables directamente las previsiones establecidas en el **apartado 2**, en el cual se establece la posibilidad de modificar un contrato si su valor es inferior a los umbrales comunitarios y al 10% del valor inicial del contrato o al 15% si se trata de contratos de obras, sin que opere el límite relativo a que la modificación no sea sustancial de acuerdo con el apartado 4 de este precepto, pero sí el relativo a que no se altere “la naturaleza global” del contrato o acuerdo marco; y en el **apartado 3**, en el cual se prevé que el precio a tener en cuenta a efectos del cálculo del precio para aplicar las causas de modificación es el precio “actualizado (...) si el contrato incluye una cláusula de indexación”.

El **apartado 4** de este precepto establece los parámetros o condiciones para determinar si una modificación es sustancial. Entre estas condiciones se mencionan, en las **letras a), b) y c)**, las relativas a que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado inicialmente, hubieran permitido la selección de candidatos o la aceptación de una oferta diferente o que hubieran atraído a más participantes; a que altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de manera no prevista inicialmente; y a que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco, respectivamente, las cuales se encuentran ya pre-transpuestas en el artículo 107 del TRLCSP.

Con respecto a la condición para considerar una modificación como esencial establecida en la **letra d)** del mismo **apartado 4**, relativa a la sustitución del

intención de las partes de renegociar condiciones esenciales del mencionado contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial”.



contratista por causa diferente a la que esté prevista en pliegos o a que se trate de una sucesión derivada de una reestructuración empresarial, se considera aplicable directamente. En este sentido, de conformidad con esta nueva previsión de la Directiva, la cesión de los contratos únicamente podrá tener lugar, como modificación del contrato, si así se ha previsto en los pliegos.

En último término, la previsión establecida en el **apartado 5**, relativa a la obligación de iniciar un nuevo procedimiento de contratación para introducir en un contrato o un acuerdo marco, durante su periodo de vigencia, modificaciones diferentes de las previstas en los apartados 1 y 2 de este precepto, ya se encuentra pre-transpuesta en el artículo 105 del TRLCSP.

- **Artículo 73** (rescisión de contratos), el cual, si bien no parecería de aplicación directa, ya que establece la obligación de los Estados miembros de “velar porque los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su periodo de vigencia”, establece las circunstancias en que “al menos” se tiene que posibilitar dicha “rescisión” –que debe entenderse equivalente, de acuerdo con nuestro derecho interno, a causas de resolución y supuestos de nulidad–, las cuales sí cumplen los requisitos para ser consideradas directamente aplicables.
- **Artículo 75** (publicación de los anuncios), **apartados 1, 2 y 4**, en los cuales se establecen, en relación con los “servicios sociales y otros servicios específicos”, las reglas particulares relativas a los anuncios aplicables a estos servicios. Así, a partir del 18 de abril de 2016, la licitación y la adjudicación de los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV de la Directiva y que tengan un valor estimado igual o superior a 750.000 euros estará sujeto a publicidad en el DOUE.
- **Artículo 83** (ejecución), incluido en el título de la Directiva relativo a la Gobernanza, **apartado 6**, en el cual se establece la obligación de los poderes adjudicadores de conservar copia de determinados contratos, como mínimo durante su vigencia, y de garantizar el acceso.
- **Artículo 84** (informes específicos sobre los procedimientos para la adjudicación de los contratos), en el cual se establece y se regula la obligación de los poderes adjudicadores de redactar un informe escrito sobre cada contrato o acuerdo marco regulado por la Directiva y cada vez que establezca un sistema dinámico de adquisición, el cual se tendrá que enviar a la Comisión o autoridades nacionales correspondientes cuando lo soliciten; así como de documentar los procedimientos de contratación y de conservar la documentación como mínimo durante 3 años desde la fecha de adjudicación.

En cambio, no son de aplicación directa las previsiones contenidas en los artículos siguientes:

- **Artículo 18** (principios de la contratación), **apartado 2**, en el cual se establece la obligación de los estados miembros de tomar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental,



social o laboral. Este precepto, por lo tanto, requiere transposición que concrete o establezca las medidas a que se refiere –aunque la transposición de este apartado requiera una actuación por parte de los estados miembros, en la medida en que nuestro derecho interno ya prevé alguna opción o medida para garantizar el cumplimiento de la normativa mencionada en fase de ejecución de los contratos públicos, se puede considerar que esta obligación está pretranspuesta,³² por lo menos parcialmente.

- **Artículo 26** (elección de los procedimientos), **apartado 3**, en la medida que establece la obligación de los estados miembros de establecer que los poderes adjudicadores puedan aplicar asociaciones para la innovación –el hecho de que la transposición de este apartado requiera una actuación por parte de los estados miembros de “establecimiento” de esta posibilidad, no obsta para que el procedimiento que alude sea, como ya se ha dicho, aplicable directamente por parte de los poderes adjudicadores, en la medida en que se regula de manera incondicional, clara y precisa.
- **Artículos 27** (procedimiento abierto), **28** (procedimiento restringido) y **30** (diálogo competitivo), con respecto a las novedades **en relación a los plazos** de recepción y de presentación de las ofertas y de las solicitudes de participación, así como la posibilidad de reducción –**excepto el plazo establecido en el apartado 6.a) del artículo 28** que, como se ha dicho, es directamente aplicable.

Estos plazos ya se encuentran pretranspuestos en el derecho interno –aplicables sólo a los contratos sujetos a regulación armonizada, dado que es una de las materias en las que se efectúa una distinción de régimen en función de si el valor estimado de los contratos supera o no umbral comunitario–, si bien con más amplitud, lo cual no contradice la “letra” de la Directiva 2014/24/UE, ya que los establece con un carácter de mínimos. Desde este punto de vista, se tendría que considerar que siguen siendo aplicables los plazos establecidos en el TRLCSP.

³² El TJUE ha afirmado en diversas ocasiones que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una Directiva no exige necesariamente que se efectúe mediante una acción legislativa específica, pero sí requiere que “el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva por parte de la Administración nacional, que la situación jurídica que resulte del mencionado Derecho sea bastante precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los Tribunales nacional” (entre otros, SSTJUE de 23 de marzo de 1995, As. C-365/93 y de 23 de mayo de 1985, As. 29/84).

Asimismo, el TJUE también ha afirmado que “no siempre es exigible una transcripción formal de aquello establecido por una directiva en una disposición legal expresa y específica, ya que para el cumplimiento de la directiva puede haber bastante, en función de su contenido, con un contexto jurídico general. En particular, la existencia de principios generales de Derecho constitucional o administrativo puede hacer superflua la adaptación del Derecho interno mediante medidas legislativas o reglamentarias específicas siempre que, no obstante, dichos principios garanticen efectivamente la plena aplicación de la directiva por la administración nacional” (Sentencia de 24 de octubre de 2013, As. C-151/12).



Sin embargo, hay que plantear si estos plazos mínimos establecidos en el TRLCSP, sustancialmente más amplios que los fijados en la nueva Directiva, pueden ser contrarios a su “espíritu” y, específicamente, a su finalidad de agilización, teniendo en cuenta, además, que en su considerando 80 establece que “para hacer más rápidos y eficientes los procedimientos, los plazos para la participación en procedimientos de contratación se tienen que mantener tan breves como sea posible, sin crear obstáculos indebidos en el acceso de los operadores económicos de todo el mercado interior, y en particular de las PYMES.”

Además, también se podría plantear que, dado que los plazos mínimos establecidos en el TRLCSP “transpusieron” en su momento literalmente los establecidos en la Directiva 2004/18/CE, sin considerar la opción de ampliar los establecidos a nivel comunitario, la ampliación en tantos días de los nuevos plazos de la Directiva no tendría que proceder por pre-transposición, sino que requeriría una transposición específica en este sentido.

- **Artículo 37** (actividades de compra centralizada y de centrales de compra), **apartado 4**, relativo a la posibilidad de los poderes adjudicadores de adjudicar contratos públicos de servicios para realización de actividades de compra centralizada sin aplicar los procedimientos de la Directiva. Esta “exclusión” del ámbito de aplicación de la Directiva opera respecto de ésta, pero no respecto del TRLCSP, que no prevé ninguna especialidad para la contratación de estos servicios.
- **Artículo 56** (principios generales), **apartado 2, primer párrafo**, en el cual se establece la posibilidad de los poderes adjudicadores, en procedimientos abiertos, de examinar las ofertas antes de comprobar el cumplimiento de los “criterios de selección cualitativa”, es decir, la aptitud de las empresas licitadoras –hay que entender que esta posibilidad de examen previo de las ofertas no se vincula con la exigencia de una declaración responsable del cumplimiento de los criterios de selección por parte de las empresas, ya que esta declaración se configura en la Directiva como el “documento europeo único de contratación” el cual, de acuerdo con el artículo 59 de la Directiva que lo regula, se puede presentar en todo tipo de procedimiento como “prueba preliminar” de aquel cumplimiento. Esta posibilidad se considera que requiere una transposición en la cual se regule y detalle cómo llevarla a cabo.
- **Artículo 61** (depósito de certificados en línea (e-Certis)), **apartado 1**, ya que establece la obligación de los estados miembros de velar para que la información introducida en e-Certis se mantenga actualizada constantemente, concretar o establecer las medidas para que así sea.
- **Artículo 62** (normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental), **apartado 1, último inciso, y apartado 2, párrafo segundo**, en los cuales se establece la limitación de que los poderes adjudicadores acepten otras pruebas diferentes a los certificados previstos en este precepto, únicamente cuando el operador económico no haya podido obtenerlos.



Esta disposición, en la medida en que limita la posibilidad de las empresas de presentar estas otras pruebas, establecida en el TRLCSP con carácter general, no sería alegada por parte de un particular ante las autoridades públicas ni, por lo tanto, susceptible de producir efecto directo ni, en consecuencia, tiene que ser aplicada directamente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme –especialmente aplicable, como se ha dicho, a las disposiciones de las directivas que no tengan efecto directo–, hay que interpretar los artículos 80 y 81 del TRLCSP en el sentido de este precepto y, por lo tanto, entender que únicamente se puedan aceptar las pruebas diferentes que alude en los casos que establece.

- **Artículo 64** (listas oficiales de operadores económicos autorizados y certificación por parte de organismos de derecho público o privado), **apartado 2**, que establece la obligación de los estados miembros de adaptar las condiciones para la inscripción en listas oficiales de contratistas y proveedores autorizados.
- **Artículo 71** (subcontratación), **apartado 1**, en el cual se establece la obligación de las autoridades nacionales competentes de asegurar “mediante la adopción de medidas adecuadas” que los subcontratistas cumplan sus obligaciones en materia medioambiental, social y laboral; y **apartado 6, letra a)**, que establece la obligación de los estados miembros de asegurarse que los mecanismos de responsabilidad conjunta entre el contratista y los subcontratistas que, en su caso tenga, se apliquen de conformidad con las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.
- **Artículo 72** (modificación de los contratos durante su vigencia), **apartado 2, letra d), apartado iii)**, el cual establece el supuesto de modificación de los contratos y los acuerdos marco por sustitución del contratista como consecuencia de la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal hacia sus subcontratistas, la cual no se encuentra prevista en nuestra legislación nacional.
- **Artículo 76** (principios de adjudicación de contratos), **apartado 1 y apartado 2, primer inciso**, relativos a la obligación de los estados miembros de establecer normas nacionales para la adjudicación de los contratos de “servicios sociales y otros servicios específicos”, con libertad para determinar las normas de procedimiento aplicables siempre que permitan tener en cuenta la especificidad de estos servicios, y a la obligación de velar para que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades y la implicación y responsabilización de los usuarios, así como la innovación.
- **Artículo 83** (ejecución), incluido en el título de la Directiva relativo a la Gobernanza, **apartados 1 a 5**, en los cuales se establecen diversas obligaciones de los estados miembros de supervisión, información y apoyo a los poderes adjudicadores y a los operadores económicos.



Asimismo, tampoco serán aplicables directamente las previsiones que tienen aplazada su aplicación, haciendo uso de la posibilidad prevista en el artículo 90 de la Directiva:

- **Artículo 22** (normas aplicables a las comunicaciones), **apartado 1**; **artículo 37** (actividades de compra centralizada y de centrales de compra), **apartado 3**; **artículo 59** (Documento europeo único de contratación), **apartado 2, primer inciso del párrafo primero y párrafo segundo, y apartado 5**; y **artículo 61** (depósito de certificados en línea (e-Certis)), **apartado 2**.

B.2. Disposiciones de la Directiva que son de transposición obligatoria por parte de los estados miembros pero que no constituyen o comportan una novedad o un régimen diferente respecto del vigente en el derecho interno respectivo

Las disposiciones de la Directiva que tienen que ser objeto de transposición obligatoriamente y que no constituyen una novedad, tanto por ser previsiones ya contenidas en los mismos términos en la Directiva anterior, como por ser previsiones nuevas pero que se limitan a establecer concreciones o aclaraciones respecto de disposiciones establecidas en la normativa anterior, o bien a positivizar determinada jurisprudencia del TJUE, se podían considerar aplicables incluso antes de que finalizara el plazo de transposición de la Directiva –tal como ya indicó esta Junta Consultiva en el Informe 19/2014, de 17 de diciembre, arriba mencionado– y, en todo caso, lo son una vez finalizado este plazo. Además, algunas de estas previsiones se pueden considerar “pretranspuestas”, por estar ya recogidas en el derecho interno de contratos anterior.

En concreto, se consideran aplicables directamente y, como se ha dicho, algunas ya pretranspuestas, las disposiciones contenidas en los preceptos siguientes:

- **Artículo 18, apartado 1** (principios de la contratación), en el cual, como novedad, se incluye la mención expresa a la proporcionalidad la cual, no obstante, ya era aplicable con el régimen anterior.
- **Artículo 19** (operadores económicos) –**excepto el último inciso del párrafo segundo del apartado 2**, en el cual se establece una disposición de transposición potestativa–, en el cual se recoge la imposibilidad de rechazar operadores económicos habilitados de acuerdo con la legislación del estado miembro de establecimiento, por el solo hecho de que, de acuerdo con la legislación del estado miembro donde se adjudica el contrato tengan que ser personas físicas o personas jurídicas; y la posibilidad de exigir a las personas jurídicas que indiquen, en el caso de contratos que tengan por objeto trabajos de colocación e instalación, los nombres y la calificación profesional del personal responsable de ejecutar el contrato; así como previsiones relativas a agrupaciones de operadores económicos, ya incorporadas en nuestro derecho interno.
- **Artículo 21** (confidencialidad), en el cual se establece la posibilidad de que el derecho nacional prevea contrariamente la obligación de los poderes adjudicadores de no divulgar información facilitada por los operadores



económicos que estos hayan designado como confidencial, la cual requeriría de transposición expresa que no se ha llevado a cabo en nuestro derecho interno, el cual incorpora este artículo de la Directiva en términos muy similares en el artículo 140 del TRLCSP.

- **Artículo 22, apartado 3** (normas aplicables a las comunicaciones), relativo a la integridad y la confidencialidad de las ofertas y las solicitudes de participación.
- **Artículo 23** (nomenclaturas), que establece la obligación de utilizar, en el marco de la contratación pública el “vocabulario común de contratos públicos (CPV)”.
- **Artículo 25** (condiciones relativas al ACP y otros acuerdos internacionales), en el cual se establece la obligación de los poderes adjudicadores de conceder en las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos signatarios del ACP y de otros acuerdos internacionales que vinculen a la Unión, un trato no menos favorable que el concedido a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de la Unión.
- **Artículo 26** (elección de los procedimientos), **apartados 1, 2 y párrafo primero del apartado 5**, en los cuales se establece que los poderes adjudicadores apliquen, al adjudicar contratos públicos, los procedimientos nacionales adaptados a la Directiva; que los estados miembros tienen que disponer que los poderes adjudicadores puedan aplicar procedimientos abiertos o restringidos de acuerdo con la propia Directiva; y que la convocatoria de licitación se efectúe mediante un anuncio de licitación, de acuerdo con el artículo 49 de la Directiva, respectivamente.
- **Artículo 27** (procedimiento abierto) –**excepto los plazos** a los que ya se ha aludido– que conceptúa el procedimiento abierto en los mismos términos en que lo hacía la Directiva 2004/18/CE, estableciendo novedades básicamente con respecto al plazo para la recepción de las ofertas, a los cuales ya se ha hecho referencia.

En relación a la aplicación directa de las disposiciones de la Directiva reguladoras de los procedimientos, hay que tener en cuenta que seguirán siendo aplicables las previsiones del TRLCSP que no sean contrarias a las disposiciones de la Directiva que les regulan, las cuales habrá que integrar –por ejemplo, las disposiciones relativas al examen de las proposiciones, la propuesta de adjudicación y la adjudicación en procedimientos abiertos.

- **Artículo 28** (procedimiento restringido), **apartados 1, 2, 3, 5 y 6 –excepto los plazos** a los que ya se ha aludido–, en los cuales se conceptúa el procedimiento restringido en los mismos términos en que lo hacía la Directiva 2004/18/CE y se establecen novedades básicamente con respecto a los plazos, a los cuales ya se ha hecho referencia.

Como se ha indicado, a pesar de la aplicación directa de este precepto, parcialmente ya pretranspuesto, seguirán siendo aplicables las previsiones del TRLCSP relativas a este procedimiento que no sean contrarias a las



disposiciones de la Directiva que los regulan, las cuales habrá que integrar –por ejemplo, las disposiciones relativas al contenido de las invitaciones e información a los invitados en procedimientos restringidos.

- **Artículo 37** (actividades de compra centralizada y de centrales de compra), **apartado 2**, relativo al cumplimiento de los poderes adjudicadores de las obligaciones que impone la directiva en adquisiciones o a través de una central de compras, el cual, si bien no constituye una novedad respecto del régimen anterior, precisa la responsabilidad de los poderes adjudicadores de las partes de que ellos se encarguen –adjudicación de contratos mediante sistema dinámico de adquisición, convocatoria de nueva licitación derivada de un acuerdo marco y encargo a una empresa determinada derivado de un acuerdo marco.
- **Artículo 38** (contratación conjunta esporádica), el cual constituye una novedad en sí mismo, ya que no existe un precepto similar en la normativa comunitaria de contratación pública anterior, si bien recoge una posibilidad ya operativa antes de su previsión expresa³³ y, además, concreta el régimen de responsabilidad de los poderes adjudicadores en los diferentes supuestos que se pueden dar.
- **Artículo 39** (contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes estados miembros) –**excepto el párrafo segundo del apartado 2**, que contiene una disposición de transposición potestativa–, el cual, si bien también constituye una novedad en sí mismo, recoge posibilidades ya operativas antes de su previsión expresa y establece el régimen jurídico básico de las contrataciones conjuntas entre poderes adjudicadores de diferentes estados miembros.
- **Artículo 40** (consultas preliminares del mercado), el cual también es una novedad en sí mismo, ya que estas consultas no estaban reguladas en la normativa comunitaria de contratación pública anterior –únicamente se hacía mención en el considerando 8 de la Directiva 2004/18/CE–, pero constituyen una posibilidad ya operativa antes de su previsión expresa.
- **Artículo 41** (participación previa de candidatos o licitadores), el cual también es nuevo ya que la normativa comunitaria anterior no contenía un precepto con su contenido o equivalente, si bien en el artículo 56.1 del TRLCSP sí se contiene una previsión similar, que tendrá que ser completada con la de este precepto de la Directiva, aplicable directamente.
- **Artículo 42** (especificaciones técnicas), sustancialmente similar al artículo 117 del TRLCSP.

³³ Esta Junta Consultiva ya se había pronunciado sobre la posibilidad de realizar licitaciones conjuntas en el Informe 12/2012, de 30 de noviembre. Además, en el ámbito de Cataluña se estableció el régimen de contrataciones conjuntas en la disposición adicional segunda, apartado 2, de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público.



- **Artículo 44** (informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba)³⁴, **apartados 1 y 2**, que establece los informes de pruebas que los poderes adjudicadores pueden exigir y tienen que aceptar, con qué requisitos y en qué condiciones.
- **Artículo 46** (división de contratos en lotes), **apartados 1 y 2**, relativos a la posibilidad de los poderes adjudicadores de adjudicar los contratos en forma de lotes separados, decidir el tamaño y el objeto, y a la obligación de indicar las principales razones de no hacerlo, así como la posibilidad de limitar el número de lotes a los que se puede presentar oferta y el número de lotes que puede adjudicarse a una sola empresa licitadora –tal como ya se indicó en el Informe de esta Junta 19/2014, de 17 de diciembre, estas previsiones son plenamente aplicables incluso antes de haber finalizado el plazo de transposición de la Directiva³⁵.
- **Artículo 47** (determinación de plazos), **apartados 1 y 2 y letra a) del apartado 3**, relativos a la determinación los plazos de presentación de proposiciones y a su eventual prórroga.
- **Artículo 49** (anuncios de licitación), en el cual se indica que los anuncios de licitación se utilizan como medio de convocatoria de licitación de todos los procedimientos, excepto los negociados sin publicidad; la información que tienen que contener, por remisión en el anexo V, también aplicable directamente; y la publicación por remisión en el artículo 51.
- **Artículo 55** (información a los candidatos y a los licitadores), ya pretranspuesto en el artículo 151 del TRLCSP, por imperativo de la Directiva 89/665/CEE, en la redacción dada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, de coordinación de disposiciones referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.
- **Artículo 56** (principios generales), **apartado 1, párrafo primero**, de acuerdo con el cual la adjudicación de los contratos se tiene que realizar en base a los criterios establecidos de conformidad con la directiva, siempre que el poder adjudicador haya comprobado que la oferta cumple todos los requisitos, condiciones y criterios y que ha sido presentada por un licitador que no esté

³⁴ La Entidad Nacional de Acreditación fue designada como Organismo Nacional de Acreditación por el Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, de acuerdo con el Reglamento (CE) n.º. 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 por el cual se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativo a la comercialización de los productos y por el cual se deroga el Reglamento (CEE) n.º. 339/93.

³⁵ Tal como se señalaba en aquel Informe “estas previsiones en relación con los lotes introducidas en la Directiva 2014/24/CE no hacen más que confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad al derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad; de manera que las previsiones sobre este aspecto de la Directiva no implican nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente su mención explícita para ‘animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contrato en lotes’ con la finalidad de aumentar la competencia y facilitar la participación de las PYMES en la contratación pública (considerando 78 de la Directiva 2014/24/CE).”



excluido y que cumpla los criterios de selección, y **apartado 3**, relativo a la posibilidad de los poderes adjudicadores de solicitar a los operadores económicos que “presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente” cuando la que presenten sea o parezca incompleta o errónea, la cual, si bien constituye una novedad en el ámbito de la normativa comunitaria –ya que la Directiva anterior no la preveía–, no lo es a nivel interno.

- **Artículo 57** (motivos de exclusión), **apartado 1**, en el cual se establece la obligación de los poderes adjudicadores de excluir de la participación en un procedimiento de contratación de los operadores económicos condenados mediante sentencia firme por determinados delitos; **apartado 2**, relativo a la exclusión de los operadores económicos por incumplimiento de obligaciones de pago de impuestos o cotizaciones en la seguridad social, obligatorias o potestativas para los poderes adjudicadores, según si se fija o no por resolución judicial o administrativa firme y vinculante; y **apartado 4, letras a), b), c), g) y h)**, en las cuales se establecen causas de exclusión, potestativas para los poderes adjudicadores, relativas al incumplimiento de obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, a situaciones de insolvencia, a la comisión de faltas profesionales graves, al incumplimiento de un contrato anterior que haya dado lugar a su finalización anticipada y a la falsedad grave al proporcionar información relativa a los criterios de selección cualitativos, las cuales se pueden considerar invertidas en las letras b), c) y e) del apartado 1 y c) y d) del apartado 2 del artículo 60 del TRLCSP.

Asimismo, también se pueden considerar pretranspuestas al derecho interno los “motivos de exclusión” establecidos en el **apartado 4, letras e) y f)** de este precepto en la medida en que, si bien son causas de exclusión “nuevas” porque no se recogían en la Directiva 2004/18/CE, se pueden corresponder con la prohibición de contratar relativa a las incompatibilidades y los conflictos de intereses prevista en las letras g) y h) del apartado 1 del artículo 60 del TRLCSP y con la condición especial de compatibilidad establecida en el artículo 56 del TRLCSP, respectivamente.

Además, también se encuentra transpuesto en el TRLCSP el **apartado 5** de este precepto, que establece la obligación y la posibilidad de excluir a un operador económico de un procedimiento, según si concurren causas de exclusión obligatorias o potestativas de acuerdo con la Directiva, si bien la opción utilizada por el legislador estatal fue, ya con motivo de la Directiva 2004/18/CE que también establecía esta doble tipología de causas de exclusión, establecerlas todas en nuestro derecho interno como prohibiciones de contratar obligatorias. Ambos párrafos de este apartado establecen que la exclusión se puede llevar a cabo “en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante lo mismo” dado que, como es sabido, la no concurrencia de prohibiciones de contratar se tiene que dar tanto en el momento de presentación de ofertas como en los momentos posteriores anteriores a la adjudicación y la formalización de los contratos.

El **apartado 7** de este precepto, que prevé que los estados miembros precisen las condiciones de aplicación de este artículo de la Directiva y que el período de exclusión máximo en caso de una sentencia firme que no lo haya



establecido no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la condena por sentencia firme, ni de tres años a partir de la fecha del hecho relevante en los otros casos, también se encuentra transpuesto en el TRLCSP.

- **Artículo 58** (criterios de selección), **apartados 1, 2 y 5**, relativos a los “requisitos de participación” que tienen que ser proporcionales y vinculados al objeto del contrato, a la posibilidad de exigencia de habilitación y de inscripción en un registro profesional o mercantil, y a la necesaria indicación de los niveles mínimos de capacidad exigidos y los medios de prueba adecuados, previsiones todas ellas no novedosas respecto del régimen anterior y ya pretranspuestas.
- **Artículo 60** (medios de prueba), **apartados 1 a 4 –el último párrafo del apartado 2** establece una obligación para los estados miembros a la cual ya se ha aludido y que no requiere transposición–, que establecen, con remisión al anexo XII, los certificados, declaraciones y medios de prueba que se pueden exigir y que se tienen que aceptar, como demostración de la inexistencia de motivos de exclusión y del cumplimiento de los criterios de selección.

Asimismo, este precepto prevé, en el **segundo párrafo del apartado 3**, que los operadores económicos que, por una razón válida, no estén en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se los autorice a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado. Esta opción de los operadores económicos, que no se encuentra prevista actualmente en el artículo 75 del TRLCSP³⁶, se considera aplicable directamente.

- **Artículo 62** (normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental), **apartado 1 –excepto el último inciso–**, y **apartado 2 –excepto el párrafo segundo–**, en los cuales se establece los sistemas a que tienen que hacer referencia los poderes adjudicadores cuando exijan la presentación de certificados que acrediten normas de aseguramiento de la calidad y de gestión medioambiental, y que ya se encuentran pretranspuestos en los artículos 80 y 81 del TRLCSP.
- **Artículo 64** (listas oficiales de operadores económicos autorizados y certificación por parte de organismos de Derecho público o privado), **apartados 3 a 7**, en los cuales se establece el régimen jurídico de las listas oficiales de contratistas y proveedores autorizados y de los certificados en relación con especificaciones técnicas, haciendo referencia a las posibilidades y los derechos de los operadores económicos, así como a las características, las exigencias y las posibilidades de utilización de los certificados correspondientes.
- **Artículo 65** (reducción del número de candidatos cualificados a los que se invita a participar), en el cual se establece la posibilidad de los poderes adjudicadores de limitar el número de candidatos en los procedimientos restringidos, de licitación con negociación, de diálogo competitivo y las

³⁶ Esta posibilidad estaba prevista en el apartado 2 del artículo 75 del TRLCSP y se suprimió por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público.



asociaciones para la innovación y se regula el régimen, el cual ya se encuentra pretranspuesto en los artículos 163, 117.3 y 181 del TRLCSP para todos los procedimientos, excepto para la asociación para la innovación, respecto del cual es aplicable directamente.

- **Artículo 66** (reducción del número de ofertas y de soluciones), en el cual se establece que la reducción de ofertas o de soluciones se lleve a cabo por parte de los poderes adjudicadores aplicando los criterios de adjudicación indicados en los pliegos, y que ya se encuentra prevista en los artículos 150.4, 178.2 y 182.3 del TRLCSP.
- **Artículo 67** (criterios de adjudicación del contrato) –**excepto el último párrafo del apartado 2**, que contiene una previsión de transposición potestativa para los estados miembros–, algunas de cuyas disposiciones ya se encuentran incluidas en el TRLCSP y, por lo tanto, pretranspuestas, y otros recogen la jurisprudencia del TJUE al respecto –como la posibilidad de establecer como criterio de adjudicación la organización, la calificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato en caso de que la calidad de este pueda afectar de manera significativa a la ejecución, o el intento de concreción de cuándo hay que considerar que los criterios están vinculados al objeto de un contrato.

En todo caso, se tiene que señalar la necesidad de interpretar y aplicar el artículo 150 del TRLCSP, a partir del 18 de abril de 2016, de acuerdo con este precepto, del que hay que destacar la obligación de haber de determinar la oferta más ventajosa económicamente sobre la base del precio o coste “utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida,” así como la posibilidad de que el factor coste adopte la forma de precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan sólo en función de criterios de calidad.

- **Artículo 69** (ofertas anormalmente bajas), **apartados 1 a 4**, los cuales ya se encuentran transpuestos en el artículo 152 del TRLCSP, si bien contienen menciones no previstas en la Directiva 2004/18/CE, que tienen que ser tenidos en cuenta al aplicar el régimen interno, relativos a la posibilidad que las explicaciones del precio o de los costes propuestos se refiera al cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental y social –la laboral ya está prevista– y de subcontratación, y a la obligación de los poderes adjudicadores de rechazar la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral.
- **Artículo 70** (condiciones de ejecución del contrato), **primer inciso**, el cual ya se encuentra transpuesto en el artículo 118 del TRLCSP.
- **Artículo 71** (subcontratación), **apartado 2, apartado 4 y apartado 5, primer párrafo**, los cuales ya se encuentran parcialmente transpuestos en el artículo 227 del TRLCSP, que sigue siendo de aplicación, y no sólo para los contratos de las administraciones públicas, sino también para los del resto de poderes adjudicadores.



- **Artículo 79** (anuncios), **artículo 80** (normas relativas a la organización de los concursos de proyectos y la selección de los participantes), **artículo 81** (composición del jurado) y **artículo 82** (decisiones del jurado), en los cuales se establecen diversas previsiones claras, precisas e incondicionadas sobre el régimen jurídico aplicable a los concursos de proyectos, sustancialmente previstas en los artículos 184 a 188 del TRLCSP.

C. Disposiciones de la Directiva que son de transposición potestativa por parte de los estados miembros, al establecer previsiones respecto de las cuales se deja a la elección de los estados miembros el recogerlas o no en los derechos internos respectivos, de manera que remiten, con carácter potestativo, a su eventual regulación por parte de las normativas internas (con fórmulas del tipo los Estados miembros podrán prever o “los Estados miembros podrán establecer”).

De estas previsiones, también hay que distinguir, al mismo tiempo, las que constituyen una novedad que comporta una modificación respecto del régimen jurídico vigente – teniendo en cuenta que puede tratarse de un precepto nuevo, por ser una cuestión no recogida en directivas anteriores, pero no ser cuestión nueva porque se limite a recoger jurisprudencia del TJUE– de las que no.

C.1. Disposiciones de la Directiva que son de transposición potestativa por parte de los estados miembros y que constituyen o comportan una novedad o un régimen diferente respecto del vigente en el derecho interno respectivo

Estas disposiciones, que requieren ser transpuestas para poder ser aplicables, de manera que no procede su aplicación directa, son las contenidas en los preceptos siguientes:

- **Artículo 19** (operadores económicos), **apartado 2, párrafo segundo, último inciso**, en el cual se prevé la posibilidad de los estados miembros de establecer condiciones normalizadas para las agrupaciones de operadores económicos.
- **Artículo 22** (normas aplicables a las comunicaciones), **apartado 4**, relativo a la posibilidad de los estados miembros de exigir el uso de herramientas electrónicas específicas.
- **Artículo 26** (elección de los procedimientos), **apartado 5, párrafos segundo y tercero**, en la medida que establece la posibilidad que los estados miembros dispongan que los poderes adjudicadores subcentrales o determinadas categorías de ellos efectúen convocatorias mediante anuncios de información previa; y **apartado 6**, mediante el cual se deja a elección de los estados miembros que posibiliten a los poderes adjudicadores recurrir a un procedimiento negociado sin publicidad, en los casos que establece la propia directiva.



Ciertamente, esta opción que otorga la Directiva a los Estados miembros para que puedan no disponer esta posibilidad a los poderes adjudicadores –y, por lo tanto, excluir la opción de recurrir a procedimientos negociados sin publicidad– es una novedad respecto del régimen derivado de la Directiva 2004/18/CE, en la cual se establecía directamente la posibilidad de los poderes adjudicadores de recurrir a un procedimiento negociado, con y sin publicidad, en los casos que establecía la propia directiva; pero esta previsión nueva, de momento y hasta que no se produzca la transposición de la Directiva, no comporta una modificación del régimen establecido por el TRLCSP con respecto a la posibilidad de utilización de este tipo de procedimiento sin publicidad, de manera que dicha posibilidad es vigente, ya que no contradice a la Directiva no transpuesta. Sin embargo, como ya se ha indicado, la regulación de las causas de utilización del procedimiento negociado sin publicidad previstas en el TRLCSP sí se ha visto afectada por la de la Directiva, y tendrá que ser desplazada, en todo aquello que se oponga, a partir del próximo 18 de abril de 2016.

- **Artículo 28** (procedimiento restringido) **apartado 4**, en el cual se establece la posibilidad de los estados miembros de disponer un régimen de fijación del plazo para la recepción de ofertas en los procedimientos restringidos, diferenciado por los poderes adjudicadores subcentrales o determinadas categorías de ellos.
- **Artículo 32** (uso del procedimiento negociado sin publicación previa) **apartado 1**, que reitera la opción de los estados miembros de posibilitar a los poderes adjudicadores recurrir a un procedimiento negociado sin publicidad en los casos que establece la propia directiva, la cual ya ha sido analizada anteriormente.
- **Artículo 36** (catálogos electrónicos) **apartado 1, párrafo segundo**, en el cual se establece la posibilidad de que los estados miembros hagan obligatoria la utilización de catálogos electrónicos en determinadas contrataciones.
- **Artículo 39, apartado 2, párrafo segundo**, que establece la posibilidad de los estados miembros de especificar que sus poderes adjudicadores sólo puedan recurrir a las “actividades de compra centralizadas” definidas en el artículo 2.1.14, letras a) y b) de la propia Directiva.
- **Artículo 46** (división de contratos en lotes) **apartado 3**, en el cual se establece la posibilidad de los estados miembros de disponer que los poderes adjudicadores puedan adjudicar contratos que combinen lotes, y **apartado 4**, que establece la posibilidad de los estados miembros de imponer, mediante las normas en materia de contratación pública que aprueben para la transposición de la Directiva y en las condiciones que en ellas se especifiquen, la división en lotes para determinados contratos.
- **Artículo 48** (anuncios de información previa), **apartado 2, párrafos primero y segundo**, en el cual se prevé la posibilidad que los poderes adjudicadores subcentrales los utilicen, si cumplen las condiciones que establece, como convocatoria de licitación, aunque esta opción requiere transposición por parte



de los estados miembros, de acuerdo con el artículo 26, apartado 5, de la propia Directiva.

- **Artículo 50** (anuncios de adjudicación de contratos), **apartado 2, párrafo segundo, último inciso**, en el cual se establece la posibilidad de que los estados miembros dispongan que los poderes adjudicadores agrupen trimestralmente los anuncios de los resultados del procedimiento de contratación basados en el acuerdo marco y que, si lo hacen, tienen que enviar los anuncios agrupados dentro de los 30 días siguientes a la finalización de cada trimestre.
- **Artículo 56** (principios generales), **apartado 2, párrafo segundo**, en el cual se establece la opción de los estados miembros de excluir o de limitar a determinados tipos de contratación o circunstancias específicas, la posibilidad de los poderes adjudicadores de examinar las ofertas antes de comprobar el cumplimiento de los criterios de selección cualitativa en los procedimientos abiertos, y la posibilidad establecida en el **apartado 3** de que el derecho interno disponga contrariamente la posibilidad de los poderes adjudicadores de solicitar a los operadores económicos que “presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente” cuando la que presenten sea o parezca incompleta o errónea.
- **Artículo 57** (motivos de exclusión), **apartado 3**, en el cual se establece la posibilidad de los estados miembros de establecer la excepción de la exclusión obligatoria por determinadas razones y circunstancias; y **apartado 4, último párrafo**, en el cual se establece la posibilidad de los estados miembros de exigir o prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores no excluyan a un operador económico que se encuentre en situaciones de insolvencia si comprueba que estará en condiciones de ejecutar el contrato.
- **Artículo 64** (listas oficiales de operadores económicos autorizados y certificación por parte de organismos de derecho público o privado), **apartado 1, segundo inciso del párrafo primero**, el cual establece la posibilidad de los estados miembros de prever una certificación realizada por organismos que cumplan las normas europeas de certificación a efectos de determinadas especificaciones técnicas.
- **Artículo 67** (criterios de adjudicación del contrato), **apartado 2, último párrafo**, en el cual se establece la posibilidad de los estados miembros, no prevista en la Directiva 2004/18/CE, de disponer que los poderes adjudicadores no puedan utilizar sólo el precio o el coste como único criterio de adjudicación, o de limitar la aplicación de este criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos.

Esta previsión requiere transposición porque deja margen de acción a los estados miembros, sin que se pueda entender pretranspuesta por el artículo 150.3 del TRLCSP en la medida en que sólo prevé los contratos en que “procede, en particular”, la valoración de más de un criterio –no pudiendo equiparar procedencia a obligación.



- **Artículo 71** (subcontratación), **apartados 3 y 7**, que establecen la posibilidad de los estados miembros de disponer que el poder adjudicador transfiera directamente a los subcontratistas las cantidades que se le deban, y la posibilidad de establecer en el derecho nacional normas de responsabilidad más estrictas o disposiciones de pagos directos a subcontratistas más amplias, respectivamente.
- **Artículo 76** (principios de adjudicación de contratos), **apartado 2, segundo inciso**, relativo a la posibilidad de los estados miembros de disponer que, en el caso de los servicios sociales, la elección del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta más ventajosa económicamente, teniendo en cuenta criterios de calidad y sostenibilidad.
- **Artículo 77** (contratos reservados para determinados servicios), **apartados 1 a 4**, en los cuales se establece la posibilidad de los estados miembros de disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para reservar a determinadas organizaciones el derecho de participación "exclusivamente" en determinados contratos de servicios sociales, culturales y de salud, cuyos CPV se enumeran, así como las condiciones en que se puede llevar a cabo.

C.2. Disposiciones de la Directiva que, a pesar de ser de transposición potestativa por parte de los estados miembros, no constituyen o comportan una novedad o un régimen diferente respecto del vigente en el derecho interno respectivo

Como son disposiciones ya previstas o aplicables con anterioridad a la finalización del plazo para su eventual transposición, se pueden considerar pretranspuestas y, por lo tanto, son –siguen siendo– lógicamente aplicables, si bien no por aplicación directa de la Directiva, sino por aplicación de las normas que en su momento transpusieron estas disposiciones, de carácter no obligatorio para los Estados miembros y que no comportan una novedad.

Por lo tanto, mientras no se produzca, en su caso, su transposición, son aplicables las normas de derecho interno que transpusieron en su momento determinadas previsiones de la Directiva. Es el caso de los artículos siguientes:

- **Artículo 20** (contratos reservados) el cual, si bien no es de aplicación directa por no ser incondicional y claro, se encuentra transpuesto al derecho interno a través de la disposición adicional quinta del TRLCSP.
- **Artículo 37** (actividades de compra centralizada y centrales de compra), **apartado 1, párrafos primero y segundo**, en el cual se establece la posibilidad que los estados miembros dispongan que los poderes adjudicadores puedan adquirir suministros y servicios en una central de compras y que los poderes adjudicadores puedan adquirir obras suministros y servicios recurriendo a contratos adjudicados por una central de compras, a sistemas dinámicos de adquisición administrados por una central de compras o a un acuerdo marco suscrito por una central de compras. Por otra parte, el **párrafo tercero** de este mismo apartado prevé que los estados miembros



puedan disponer que determinadas contrataciones se hagan recurriendo a centrales de compra o a una o varias centrales de compra específicas. Estas posibilidades, de transposición potestativa por parte de los estados miembros, ya se dan en la actualidad en nuestro derecho interno.

- **Artículo 64** (listas oficiales de operadores económicos autorizados y certificación por parte de organismos de derecho público o privado), **apartado 1, primer inciso del párrafo primero**, que prevé la posibilidad de los estados miembros de establecer o mantener listas oficiales de contratistas, la cual ya se encuentra prevista y, por lo tanto, pretranspuesta en nuestro derecho interno.
- **Artículo 71** (subcontratación), **apartado 5, párrafo 2 y último inciso del párrafo 3**, relativos a la posibilidad de los estados miembros de imponer directamente al contratista principal la obligación de facilitar la información relativa a los subcontratistas en el caso de contratos de obras y de servicios que se tengan que prestar bajo la supervisión directa del poder adjudicador; y a la posibilidad de disponer –mediante disposición legal, reglamentaria o administrativa– que los subcontratistas que se presenten con posterioridad a la adjudicación del contrato tengan que facilitar los certificados y demás documentos justificativos en lugar de una declaración, respectivamente.

A la vista del análisis del contenido de la Directiva 2014/24/UE a efectos de su aplicación directa, se considera procedente efectuar unas breves y últimas consideraciones generales al respecto, no pudiendo dejar de constatar y alertar, en primer término, la absoluta inseguridad jurídica e ineficiencia que esta situación de incumplimiento de transposición de las directivas en materia de contratación pública comporta, notablemente agravada por las constantes modificaciones parciales, mediante normativa dispersa, que se sufre en esta materia.

Con respecto a las últimas consideraciones generales, únicamente recordar la importancia de los considerandos de la Directiva para su aplicación y, por lo tanto, la necesidad de tenerlos en cuenta como elementos esclarecedores y complementarios de la parte dispositiva de la Directiva; señalar la necesidad de distinguir entre la “posibilidad” de aplicar directamente las disposiciones de la Directiva y la “obligación” de hacerlo, en función del tenor literal de los preceptos; recordar que no se tienen que ver afectadas por la aplicación directa de la 2014/24/UE, tanto las situaciones jurídicas consolidadas –contratos y acuerdos marco formalizados–, como los expedientes iniciados con anterioridad al 18 de abril de 2016 –de acuerdo con el régimen transitorio tradicionalmente aplicable en materia de contratación pública, establecido actualmente en la disposición transitoria primera del TRLCSP–; y, por último, indicar la necesaria adaptación de las instrucciones internas de los poderes adjudicadores derivada de los contenidos de la Directiva.

IV. Aunque, como se ha indicado al inicio del presente informe, este se circunscribe al análisis de la aplicación directa de la Directiva 2014/24/UE, se considera conveniente efectuar algunas consideraciones en relación a la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (de ahora en adelante, Directiva 2014/23/UE), de acuerdo con la doctrina sobre el efecto directo de las directivas comunitarias, expuesta en la consideración jurídica I.



En primer término, hay que recordar que la Directiva 2014/23/UE regula, por primera vez, el régimen jurídico específico de las concesiones de servicios –la Directiva 2004/18/CE únicamente las define y las excluye de su ámbito de aplicación–, estableciendo una regulación más completa que la de las concesiones de obras incluida en la Directiva 2004/18/CE.

En segundo lugar, y de acuerdo con los criterios generales respecto de la aplicación directa de los preceptos de las directivas comunitarias ya expuestos en este informe, hay que afirmar que los preceptos de la Directiva 2014/23/UE que reúnen los requisitos para tener efecto directo, es decir, aquellos que sean claros, precisos e incondicionales, tienen que ser aplicados a partir del día 18 de abril y, en consecuencia, se desplaza, con carácter general, la regulación que establece nuestro derecho interno para los contratos de concesión de obra y de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión, mientras sea contraria.

Así, dado el carácter también preciso y completo de la Directiva 2014/23/UE, se puede afirmar que la mayoría de sus preceptos son susceptibles de efecto directo y, por lo tanto, aplicables directamente a partir del 18 de abril de este año, por ser claros, precisos e incondicionales. En concreto, del análisis de su articulado, y sin ánimo de exhaustividad, se considera que no tienen efecto directo los artículos siguientes:

- **Artículo 17** (concesiones entre entidades del sector público), **apartados 1 c y 2**, con respecto a la excepción a la participación de capital privado en el medio propio o la persona jurídica controlada, la cual requiere la previsión de esta participación por disposición legal nacional.
- **Artículo 24** (concesiones reservadas), el cual no es de aplicación directa por no ser incondicional y claro, si bien su contenido se puede considerar transpuesto a nuestro derecho interno a través de la disposición adicional quinta del TRLCSP.
- **Artículo 29** (normas aplicables a las comunicaciones), **apartado 1, último párrafo**, relativo a que los estados miembros podrán imponer el uso obligatorio de medios electrónicos de comunicación para las concesiones.
- **Artículo 30** (principios generales), **apartado 3**, el cual establece la obligación de los estados miembros de tomar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos de concesión, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.

Este precepto, al igual que el artículo 18, apartado 2, de la Directiva 2014/24/UE, requiere transposición aunque, en la medida en que nuestro derecho interno ya prevé alguna opción o medio para garantizar el cumplimiento de la normativa mencionada en fase de ejecución de los contratos públicos, se puede considerar que esta obligación está pretranspuesta, por lo menos parcialmente.

- **Artículo 38** (selección y evaluación cualitativa de los candidatos), **apartado 6**, el cual requiere transposición para ser aplicado, en la medida en que prevé la



posibilidad de los estados miembros de establecer la excepción a la exclusión obligatoria de los operadores económicos en circunstancias determinadas por razones imperiosas de interés general o por aplicación del principio de proporcionalidad.

Respecto de las causas de exclusiones previstas en el **apartado 7** de este precepto, hay que efectuar una remisión a lo que ya se ha indicado en relación con el artículo 57, apartado 4, de la Directiva 2014/24/UE, dado que son coincidentes.

- **Artículo 42** (subcontratación), **apartado 1**, en el cual se establece la obligación de las autoridades nacionales competentes de asegurar, mediante la adopción de medidas adecuadas, que los subcontratistas cumplan sus obligaciones en materia medioambiental, social y laboral; **apartado 4, letra a**, que establece la obligación de los estados miembros de asegurar que los mecanismos de responsabilidad conjunta entre el concesionario y los subcontratistas que, en su caso tenga, se apliquen de conformidad con las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral; y **apartado 5**, el cual establece la posibilidad de los estados miembros de establecer normas más estrictas de responsabilidad en virtud del derecho nacional.
- **Artículo 43** (modificaciones de los contratos durante su periodo de vigencia), respecto del cual procede efectuar una remisión a las consideraciones efectuadas respecto del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, relativo a las modificaciones.

Por otra parte, y entrando a analizar, si bien sumariamente, la relevancia práctica del efecto directo de la Directiva 2014/23/UE, hay que partir del hecho que los conceptos de concesión de obras y de concesión de servicios que recoge son aplicables directamente, de manera que la calificación de un contrato como concesión de obras o de servicios requiere que concurren los requisitos que establece el artículo 5.1 de la mencionada Directiva, en particular el relativo a que la concesión implique la transferencia a la empresa concesionaria del riesgo operacional en la explotación de las obras o servicios. Esta calificación comportará la aplicación a estos contratos de un régimen jurídico particular, en la medida en que se les aplicará con carácter preferente las previsiones de la Directiva de concesiones que tengan efecto directo y, en segundo lugar, los artículos del TRLCSP que, en su caso, resulten aplicables.

El efecto directo de la Directiva 2014/23/UE tiene especial incidencia en el contrato de gestión de servicios públicos, en la medida en que desplaza la categoría de este contrato respecto de la modalidad de concesión. En todo caso, hay que entender que, hasta la transposición expresa, el régimen jurídico vigente previsto en nuestro derecho interno para el contrato de gestión de servicio público se sigue aplicando, en todo aquello que no contradiga a aquella Directiva.

Por lo tanto, conviene precisar que no desaparece la categoría de contrato de gestión de servicios públicos, continuando vigentes el resto de modalidades recogidas actualmente en el artículo 277 del TRLCSP –gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta– que no tengan encaje en el concepto de concesión, mientras que no haya una transmisión del riesgo operacional relacionado con la prestación del



servicio público. No obstante, no se puede desconocer que la utilización del resto de modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos podría plantear dudas en cuanto a la aplicación de determinados preceptos del TRLCSP que las regulan –en particular, los relativos a la duración y al régimen de publicidad, entre otros– y su adecuación a los principios derivados de los tratados comunitarios.

Asimismo, hay que tener en cuenta que cuando el objeto de la concesión sea la prestación y gestión de un servicio que no cumpla los requisitos para ser calificado como de servicio público, se aplicarán los preceptos de la Directiva de concesiones con efecto directo, y los del TRLCSP aplicables a los contratos de servicios mientras no los contradigan.

Por último, se considera conveniente destacar de entre las previsiones con efecto directo, que el plazo de duración de los contratos de concesiones de servicios y de obras a partir del 18 de abril se debe adecuar a lo previsto en el **artículo 18** de la Directiva 23/2014/UE, el cual establece un mandato a los poderes adjudicadores de calcular la duración de las concesiones en función de las obras o servicios que constituyen su objeto, estableciendo un plazo general de duración de cinco años. Sin embargo, también prevé que, en caso de que la duración supere dicho plazo, estas no podrán exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación del servicio o las obras, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para conseguir los objetivos contractuales específicos.

Además, hay que tener presente que las previsiones del **artículo 8** relativas a los métodos de cálculo del valor estimado de las concesiones son de directa aplicación, de manera que para la estimación del valor de las concesiones se tienen que tener en cuenta las previsiones que establece, en concreto, el **apartado 3** del mismo.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

I. De acuerdo con el análisis del contenido de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, efectuado en la consideración jurídica III de este informe, y de los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales emitidos en relación a los efectos jurídicos que tienen que tener las directivas una vez finalizado su plazo de transposición sin que ésta se haya producido, recogido en las consideraciones jurídicas I y II de este informe, esta Junta Consultiva considera que, a partir del 18 de abril de 2016, son aplicables directamente las previsiones contenidas en los artículos siguientes de la Directiva 2014/24/UE:

Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 (excepto un inciso de los apartados 1.c y 2), 13, 14, 15, 16, 17, 18.1, 19 (excepto un inciso del apartado 2), 21, 22.2, 22.3, 22.5, 22.6, 23, 24, 25, 26.1, 26.2, 26.4, 26.5 (párrafo 1ero), 27 (excepto los plazos), 28.1 (excepto el plazo), 28.2 (excepto el plazo), 28.3 (excepto el plazo), 28.5 i 28.6 (excepto



el plazo establecido en la letra b), 29, 30 (excepto el plazo), 31, 32 (excepto el apartado 1), 33, 34, 35, 36 (excepto el párrafo 2do del apartado 1), 37.2, 38, 39 (excepto un párrafo del apartado 2), 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46.1 y 46.2, 47 (excepto determinados párrafos del apartado 3), 48 (excepto determinados párrafos del apartado 2), 49, 50 (excepto un inciso del apartado 2), 51, 52, 53, 54, 55, 56.1 y 56.3, 57 (excepto el apartado 3 y el último párrafo del apartado 4), 58, 59.1 i 59.4, 60, 62 (excepto determinados incisos), 63, 64 (excepto un inciso del apartado 1 y el apartado 2), 65, 66, 67 (excepto un párrafo del apartado 2), 68, 69, 70, 71.2, 71.4, 71.5 (excepto algunos párrafos) y 71.6.b, 72 (excepto la letra d, apartado iii, del apartado 1), 73, 74, 75, 78, 79, 80, 81, 82, 83.6 y 84.

II. Se considera conveniente señalar, como algunos de los aspectos principales puestos de manifiesto en este informe, los siguientes:

- El ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación pública y las categorías contractuales habrá que delimitarlas, a partir del 18 de abril de 2016, de acuerdo con las directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE.

Así, por ejemplo, el anexo I del TRLCSP se tiene que sustituir por el anexo II de la Directiva 2014/24/UE, y serán contratos de servicios sujetos a regulación armonizada los que tengan un valor estimado superior al umbral comunitario y no estén excluidos de su ámbito de aplicación –no ya únicamente los recogidos en las categorías 1 a 16 del anexo II del TRCLSP.

Por otra parte, los contratos excluidos de la Directiva que el TRLCSP no excluye de su ámbito de aplicación siguen estando sujetos al mismo, aunque no tendrán la consideración de sujetos a regulación armonizada con independencia de su valor estimado.

- En relación a los operadores económicos, a partir del 18 de abril de 2016 resultará aplicable la obligación de utilizar el documento único europeo de contratación, de acuerdo con el formulario normalizado facilitado por la Comisión, en contratos sujetos a regulación armonizada; únicamente podrán presentar las pruebas diferentes que aluden los artículos 80 y 81 del TRLCSP, en relación a las normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental, en los casos en que no hayan podido obtener los certificados previstos; cuando, por una razón válida, no estén en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se los tiene que autorizar a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.

Específicamente con respecto al recurso a capacidades de otras entidades, los poderes adjudicadores tendrán que comprobar que las entidades a cuya capacidad se pretende recurrir cumplen los criterios de selección y no incurrir en motivos de exclusión; y podrán exigir, cuando un operador económico recurra a las capacidades de otras entidades con respecto a la solvencia económica y financiera, que ambos sean responsables solidariamente; así como que determinadas tareas sean ejecutadas por un participante concreto de una agrupación de operadores económicos.



- Con respecto a los procedimientos, será plenamente operativo el nuevo de asociación para la innovación; esta Junta Consultiva considera que únicamente se podrá recurrir a la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos tasados establecidos en el artículo 32 de la Directiva –habiéndose desaparecido, por lo tanto, las causas habilitantes relativas a obras y servicios complementarios y a la cuantía, entre otras; los procedimientos negociados será necesario llevarlos a cabo teniendo en cuenta la nueva configuración del procedimiento de licitación con negociación establecida por la Directiva 2014/24/UE, que también incluye un nuevo plazo de presentación de ofertas que será de aplicación para contratos sujetos a regulación armonizada; los criterios de adjudicación se tendrán que establecer y aplicar de acuerdo con la regulación contenida en la Directiva; los poderes adjudicadores tienen la obligación de ofrecer por medios electrónicos un acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos de las contrataciones y de prolongar 5 días el plazo de presentación de ofertas en el caso de que no sea posible por las razones que la propia Directiva establece; y los anuncios en relación a contratos públicos que se publiquen a partir del 18 de abril de 2016, tienen que contener la información fijada en los respectivos anexos de la Directiva 2014/24/UE y se tienen que llevar a cabo mediante los formularios normalizados establecidos por el Reglamento de ejecución (UE) 2015/1986 de la Comisión.

- Con respecto a la modificación de los contratos y de los acuerdos marco, esta Junta Consultiva considera (a diferencia, como se ha dicho, de lo que se indica en el documento de estudio aprobado por los tribunales administrativos de contratación pública) que a partir del 18 de abril de 2016, podrán tener por objeto, en determinados supuestos, obras, suministros y servicios adicionales – cuya contratación, respecto de obras y servicios ha dejado de ser un supuesto habilitante de utilización del procedimiento negociado–, así como otros supuestos no previstos en el TRLCSP, que son aplicables directamente por cumplir los requisitos de ser claros, precisos e incondicionales, teniendo en cuenta siempre la jurisprudencia del TJUE; el supuesto de modificación relativo a la sucesión del contratista con motivo de una reestructuración empresarial, que se encuentra regulado en el artículo 85 del TRLCSP como un supuesto ajeno a la modificación contractual, se tendrá que aplicar ahora de manera conforme con la nueva previsión de la Directiva no transpuesta y aplicable directamente; tendrán que ser objeto de publicidad en el DOUE las modificaciones que tengan por objeto obras, servicios o suministros adicionales o que su necesidad hubiera derivado de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever y que no alteren la naturaleza global del contrato y el incremento del precio resultante no exceda del 50% del valor inicial; y, dada la aplicación directa de la condición para considerar una modificación como esencial relativa a la sustitución del contratista por causa diferente a la que esté prevista en pliegos o a que se trate de una sucesión derivada de una reestructuración empresarial, la cesión de los contratos únicamente podrá tener lugar, como modificación del contrato, si así se ha previsto en los pliegos.

- Con respecto a los contratos de concesiones de servicios y de obras, su plazo de duración a partir del 18 de abril se debe adecuar a lo que prevé el artículo 18 de la Directiva 23/2014/UE, de manera que los poderes adjudicadores



tienen que calcular la duración en función de las obras o servicios que constituyen su objeto, estableciéndose un plazo general de duración de cinco años, con posibilidad de superarlo sin exceder el tiempo razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas, junto con un rendimiento sobre el capital invertido; y la regulación en el ámbito comunitario de las concesiones de servicios no comporta la desaparición de la categoría de contrato de gestión de servicios públicos, continuando vigentes las modalidades recogidas actualmente en el artículo 277 del TRLCSP que no tengan encaje en el concepto de concesión cuando no haya una transmisión del riesgo operacional relacionado con la prestación del servicio público.

Barcelona, 6 de abril de 2016.

[Este texto incorpora dos enmiendas respecto de la versión aprobada por la Comisión Permanente, en relación con el plazo de presentación de solicitudes de participación en los procedimientos negociados con publicidad y a la solicitud de oferta a tres empresas en procedimientos negociados sin publicidad con un único empresario].