



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

MEMORIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CONTRATOS
PÚBLICOS DE ARAGÓN
(TACPA)

Enero 2016 – Diciembre 2016



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ÍNDICE

	PÁGINA
1.- ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL	5
2.- ASPECTOS INSTITUCIONALES E INSTRUMENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TACPA	12
3.- LA DOCTRINA DEL TACPA Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA	16
I.- Acuerdo 6/2016 , de 18 de enero. Prescripciones técnicas discriminatorias que limitan indebidamente la concurrencia y generan desigualdad	16
II.- Acuerdos 7, 12 y 61/2016 . Falta de legitimación de empresa no licitadora.	19
III.- Acuerdo 18/2016 , de 26 de febrero. Mejora ilegal al vincularse a una licitación distinta.	22
IV.- Acuerdo 21/2016, de 2 de marzo . La experiencia no es criterio de adjudicación.	24
V.- Acuerdo 23/2016 , de 11 de marzo. Compromiso de adscripción de medios materiales asociado a la condición de arraigo en el término municipal (domicilio social o delegación).	26
VI.- Acuerdos 32 a 34/2016 , de 29 de marzo. Renuncia a la celebración del contrato y compensación de gastos por dicha renuncia.	30
VII.- Acuerdo 40/2016 , de 20 de abril. Nulidad de un criterio de adjudicación en la fase de adjudicación.	32
VIII.- Acuerdo 46/2016 , de 6 de mayo. El ahorro del IVA no es una mejora sino una característica de la oferta económica.	36
IX.- Acuerdos 72 y 73/2016 , de 14 de julio. Subrogación de trabajadores y el mantenimiento de sus condiciones salariales y laborales.	38
X.- Acuerdo 80/2016 , de 30 de agosto. Criterio de adjudicación impugnado —contar con un plan de conciliación social— se ajusta a la legalidad, pues está vinculado a una mejor calidad de la prestación del servicio	43
XI.- Acuerdos 88/2016 , de 2 de septiembre y 100/2016 , de 5 de octubre. Plazo de impugnación de los pliegos de la licitación	46
XII.- Acuerdo 89/2016 , de 5 de septiembre. Resulta ilegal incluir, en fase de adjudicación de un contrato derivado, una prestación que no formó parte del objeto en el Acuerdo Marco del que trae causa.	48
XIII.- Acuerdo 98/2016 , de 5 de octubre. Equivalencia del burofax y el fax a efectos de la presentación de propuesta en oficina correos	51
XIV.- Acuerdo 108/2016 , de 9 de noviembre. Conflicto de intereses y prohibición de contratar.	53
4.- ESTADÍSTICAS 2016	57
Por mes de presentación	61



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por órgano de contratación	62
Por tipo de contrato	63
Valor estimado de las licitaciones recurridas	64
Por acto recurrido	65
Por tipo de acuerdo	66
Contratos de cuantía competencia del TACPA	67
5.- ANEXO	68
Documento de estudio de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública sobre los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de trasposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público.	



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

1.- ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL

La principal función del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, TACPA, (creado mediante Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, modificada mediante la Ley 10/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón) es asegurar que, en la preparación y adjudicación de los contratos del sector público en Aragón, se aplican correctamente las normas y principios que los disciplinan. Y hacerlo en plazos breves que interfieran lo mínimo imprescindible en el proceso de contratación, permitan resolver adecuadamente las cuestiones planteadas, y oír en el procedimiento a todos los interesados, tanto particulares como órganos de contratación.

Esta Memoria tiene por objeto, no sólo ofrecer una visión estadística de la actuación del Tribunal durante el año 2016, en el ejercicio de sus competencias, sino también —como ya se hiciera en las anteriores— dar cuenta de la principal doctrina fijada, tanto respecto de cuestiones relativas a materias de fondo como procedimentales, con el objetivo de que se puedan corregir *ex ante* prácticas contrarias al marco normativo. Doctrina que se difunde en la siguiente página web: <http://www.aragon.es/trb>. Además se informa de otras actuaciones de carácter institucional.

La Memoria ha sido aprobada por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su sesión de 14 de junio de 2017.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

a) Funciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Tal y como señala el artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, en redacción dada por la Ley 10/2012, de 27 de diciembre, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón goza de plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias, aunque, para garantizar su correcto funcionamiento, se encuentre adscrito orgánicamente al Departamento competente en materia de contratación pública, sin que esta adscripción suponga dependencia jerárquica en el ejercicio de sus competencias de revisión de los procedimientos de contratación promovidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 de la Ley 3/2011.

Al TACPA le corresponde conocer y resolver los recursos especiales y cuestiones de nulidad en materia de contratación que se interpongan en el ámbito de los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores incluidos en el ámbito subjetivo de la Ley 3/2011: la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y los Organismos Públicos y demás entidades dependientes o vinculadas a la misma, la Universidad de Zaragoza, las Entidades Locales y sus entes dependientes, así como quienes celebren contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada. Igualmente, resuelve las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se interponen en los procedimientos de adjudicación para la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales tramitados por todas las entidades públicas descritas en la Ley estatal 31/2007, incluyendo las entidades privadas que gozan de derechos especiales conforme al artículo 3.1 de dicha norma.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El objeto del recurso tiene una doble vertiente. Así, por una lado, se mantuvo inicialmente su aplicación a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) de cuantía igual o superior a 200 000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500 000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Sin embargo, se amplió el ámbito de este recurso especial por la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, que dio nueva redacción al artículo 17 de la Ley 3/2011, relativo a la competencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, modificando el apartado 2. a) del mismo, que quedó redactado en el sentido de declarar al Tribunal competente para:

«Conocer y resolver los recursos especiales en materia de contratación a que se refiere el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como para los contratos de obras de valor estimado superior a 1.000.000 de euros y de suministros y servicios superior a los 100.000 euros».

Se extendió, por tanto, la aplicación del recurso especial a contratos no incluidos en el ámbito que define el artículo 40 TRLCSP, tal y como recoge además la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, lo que supone avanzar en la línea de suprimir la dualidad de regímenes de recurso, que actualmente existe en materia de contratos, y ello, porque la limitación de la aplicación del recurso especial a los contratos armonizados y a algunos contratos de servicios por encima del umbral



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de aplicación de las Directivas comunitarias, no tiene justificación alguna y causa importantes distorsiones.

En esta Memoria se incluye nuevamente el dato de los recursos planteados en el periodo frente a contratos que no serían susceptibles de recurso especial en el resto del territorio nacional. Estos recursos han supuesto un 21,37 % de los presentados en el periodo.

Las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el 1 de junio de 2017, han aprobado la Ley de Integridad y Ética Pública que vuelve a modificar la letra a) del apartado 2 del artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, quedando sometidos a recurso especial en materia de contratación los contratos de obras de valor estimado superior a 200.000 euros y los de suministros y servicios superior a los 60.000 euros.

El incremento anual que se viene produciendo en el número de recursos presentados y la extensión del ámbito objetivo a los elementos de ejecución y extinción de los contratos como consecuencia del efecto directo de las Directivas de contratación pública, tal y como ha recordado la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía —Petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Asunto C-391/15)—, unido al previsible aumento en la carga de trabajo que estos nuevos umbrales pueden ocasionar, obligará, a juicio de este Tribunal, a reflexionar sobre la estructura y medios de funcionamiento para conseguir mantener los niveles de eficacia inherentes al recurso especial (conviene recordar que el Acuerdo de 28 de marzo de 2017, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas para el uso



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

estratégico de los contratos públicos en apoyo de objetivos sociales comunes y la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma de Aragón, publicado mediante Orden HAP/522/2017, de 7 de abril (Boletín Oficial de Aragón de 26 de abril de 2017) incluye la medida novena relativa al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por la que se encomienda al departamento competente en materia de contratación pública la adopción de las medidas necesarias para que los miembros del Tribunal pasen a desempeñar sus funciones con carácter exclusivo).

b) Organización del TACPA.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón está compuesto por un Presidente y dos vocales en régimen de compatibilidad y de retribución por dietas (artículo 19 de la Ley 3/2011, de medidas de Contratos del sector Público de Aragón). Si bien la Ley establece que el Secretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón ejerce las funciones de Secretario del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en caso de ausencia, las funciones de Secretario del Tribunal las ejerce el vocal de menor edad.

Además, mediante Orden HAP/774/2016, de 12 de julio, se ha creado el puesto de Secretario/a Técnico/a del TACPA, siendo el encargado de tramitar los recursos, las reclamaciones y las cuestiones de nulidad, dictar los actos de trámite y de notificación e impulsar de oficio el procedimiento, así como supervisar la ejecución de las decisiones adoptadas.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La composición del TACPA en 2016 (Decreto 14/2013, de 5 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se nombra a los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón) es la siguiente: Presidente: D. José M^a Gimeno Feliú. Vocales: D. Jesús Colás Tenas, y D. Miguel Ángel Gil Condón. Secretaria Técnica: D^a María Saldaña Torres.

Por Decreto 199/2014, de 2 de diciembre, del Gobierno de Aragón, publicado en BOA nº 243, de 12 de diciembre, se nombró a D^a Ana Isabel Beltrán Gómez Vocal suplente del Tribunal, para garantizar la colegialidad en casos de abstenciones o ausencias de los Vocales titulares.

Esta composición, aún en régimen de compatibilidad, cumple con las exigencias legales y comunitarias sobre independencia y profesionalidad, tal y como se acredita con la actividad ordinaria desde su funcionamiento. Y su independencia y especialización es reconocida en los ámbitos profesionales. De hecho tiene la consideración de órgano jurisdiccional a efectos del derecho europeo, tal y como ha declarado por la sentencia TJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, C-203/14, que reconoce las notas exigidas para tal consideración —carácter contradictorio del procedimiento, independencia, y carácter obligatorio de su jurisdicción— y declara que los órganos de recursos contractuales de España son órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE.

La retribución de sus miembros es por dietas, fijadas por Acuerdo del Gobierno de Aragón de 19 de febrero de 2013. En dicho Acuerdo la dieta prevista es exclusivamente por asistencia a reuniones: la del Presidente está fijada en 212,50 euros, la de los vocales en 170 euros. Durante 2016, el importe de las dietas devengadas ascendió a



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

36.762,50 euros, lo que supone un coste medio de resolución de recurso de 289,46 euros.

Si efectuamos un análisis en retrospectiva de la actividad del Tribunal desde su constitución con carácter definitivo en el año 2013 se reflejan los siguientes datos:

AÑO	Nº recursos	Nº Acuerdos	Nº sesiones	Importe total dietas	Coste medio resolución recurso
2013	97	79	53	33.702,50	347,44
2014	129	81	50	33.745	261,58
2015	113	111	59	39.525	349,77
2016	127	127	57	36.762,50	289,46

Se puede observar que el número de recursos presentados y de acuerdos adoptados aumenta año a año, y sin embargo el coste medio de resolución de recurso ha bajado significativamente en el año 2016. Asimismo, se ha mantenido el cumplimiento de los plazos de resolución.

La sede del TACPA se encuentra en:
Plaza de los Sitios nº 7, planta primera.
50071, ZARAGOZA

Su dirección de correo electrónico: tribunalcontratosaragon@aragon.es



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN



2.- ASPECTOS INSTITUCIONALES E INSTRUMENTALES EN LA ACTIVIDAD DEL TACPA

a) Publicidad institucional y de los Acuerdos. Implementación de un buscador.

Se mantiene la política de transparencia y la función instructiva que conlleva, como un valor añadido, de las competencias legalmente atribuidas al mismo, por lo que se mantienen y actualizan, en su página web, todos los Acuerdos dictados por el Tribunal y las Resoluciones de especial trascendencia dictadas por el Presidente.

Se diferencia claramente la página web con intención de testimoniar la independencia funcional, estando presente el enlace en la página *home* del Gobierno de Aragón.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En noviembre de 2015, se implantó un buscador que permite filtrar por número del Acuerdo, tipo de contrato, sentido del Acuerdo y año de adopción. Se introduce también un campo de texto libre de búsqueda, que localiza el término o términos en el resumen temático del Acuerdo.

En diciembre de 2015 se implantó la funcionalidad *Últimos Acuerdos*, para localizar con facilidad los últimos publicados en la web.

El buscador está disponible en:

http://www.aragon.es/trb/ci.BD_Acuerdos.detalleDepartamento

GOBIERNO DE ARAGÓN

aragon.es

texto a buscar... Búsqueda avanzada

Estás en TACPA / Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA)

ENLACES

- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

TACPA

- Información Práctica del TACPA
- Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA)
- Resoluciones del TACPA
- Otros documentos
- Convenios de Colaboración del TACPA

Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA)

Buscador de Acuerdos

Mediante este formulario de búsqueda se pueden consultar los Acuerdos que publica el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón a los efectos de lo dispuesto en la [Ley 3/2011, de 24 de febrero](#), de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón que establece: "Las entidades sometidas a esta Ley otorgarán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y actuarán con transparencia, respetando la jurisprudencia comunitaria y la emanada del resto de tribunales, así como las resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón"

Texto libre (Búscala en el resumen temático del Acuerdo)

Número del Acuerdo Ejemplo: Acuerdo 88/2016 para incorporar al Acuerdo 05 de 2016

Tipo de contrato --Selección Tipo de contrato--

Sentido del Acuerdo --Selección sentido del Acuerdo--

Año del Acuerdo Desde 2011 hasta 2016

[Últimos Acuerdos](#)

© Gobierno de Aragón. Todos los derechos reservados. Política de Privacidad Aviso Legal Accesibilidad. Edificio Pignatelli, Pº María Agustín, 36. 50071 - Zaragoza, Tfno. 976 714 000

El número de visitas a la página del TACPA en el año 2016 fue de 318.957.

b) Acuerdos institucionales de colaboración.

Siguen vigentes los Convenios de colaboración suscritos con el Observatorio de Contratación Pública, con el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de la República de Panamá (TAdCP) y con la Universidad de Zaragoza, para la realización del *Practicum* en la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

titulación de Grado en Derecho. Este último acuerdo permite que en cada curso académico cuatro alumnos de la titulación de Grado en Derecho o del Programa conjunto Derecho/ADE realicen sus prácticas en el Tribunal. Durante 2016, cuatro alumnos han realizado sus prácticas en el TACPA.

c) Coordinación con los órganos de recursos contractuales.

En 2016 se han mantenido los contactos entre los diferentes órganos encargados de la resolución del recurso administrativo especial y la cuestión de nulidad, y se han convocado y organizado dos encuentros de coordinación, con el objeto de establecer criterios y actuaciones comunes en el ejercicio de la competencia de resolución de recursos.

A la reunión celebrada en Madrid, el día 1 de marzo de 2016, asistieron el Presidente y la vocal suplente. En esa reunión fue aprobado el documento sobre los efectos jurídicos de las Directivas de contratación Pública ante el vencimiento del plazo de trasposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público, que se puede consultar al final de esta Memoria y en la página web del Tribunal mediante el siguiente enlace: http://www.aragon.es/trb/Otros_documentos

A la reunión, celebrada los días 23 y 24 de noviembre en Sevilla, y organizada por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, asistieron el Presidente y un vocal, representantes del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, del Tribunal de Contratos Públicos de Andalucía, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, del Órgano de Recursos Contractuales de Cataluña, del Tribunal



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, y Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, el último de los creados.

Las conclusiones de la reunión de coordinación pueden consultarse en <http://www.obcp.es>.



3.- LA DOCTRINA DEL TACPA Y SU INCIDENCIA PRÁCTICA

Siguiendo la opción de las Memorias precedentes, parece oportuno reseñar la principal doctrina del TACPA durante su sexto año de funcionamiento, con la intención de favorecer su conocimiento y facilitar el cumplimiento de la previsión del artículo 5 de la Ley 3/2011, en relación a la aplicación de la doctrina del Tribunal.

Igual que ocurrió en la Memoria del año 2015, se ha optado por destacar únicamente la doctrina novedosa respecto a Memorias anteriores. En concreto, la contenida en catorce Acuerdos, pues el buscador facilita a los operadores la localización de materias en todo el cuerpo doctrinal del Tribunal.

Los Acuerdos a destacar en 2016, por orden cronológico de adopción, son los siguientes:

I.- Acuerdo 6/2016, de 18 de enero. Prescripciones técnicas discriminatorias que limitan indebidamente la concurrencia y generan desigualdad

Si bien es una cuestión que se ha planteado en numerosas ocasiones ante el TACPA, se ha considerado oportuno destacarlo en esta memoria al incluir un detallado análisis de lo dispuesto en las Directivas comunitarias. A las prescripciones técnicas se refiere la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en el considerando 74, en los siguientes términos:

«Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios.

Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo».

Y, en el artículo 42, de la misma norma, se establece de forma clara, sencilla y prístina, que *«las especificaciones técnicas proporcionarán a los operadores económicos acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia»*, y además, expresamente se dispone que:

«Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 3. Dicha referencia irá acompañada de la mención “o equivalente”».

En el mismo sentido, el artículo 117 TRLCSP.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Las prescripciones, o especificaciones técnicas, constituyen el medio idóneo para favorecer o entorpecer la competencia. Los gestores de la contratación deben ser especialmente cautelosos en su definición, de forma que permitan la mayor competencia posible, que redunde en términos de eficiencia económica, de conformidad con el considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE. Las especificaciones técnicas deben ser *flexibles* y garantizar la posibilidad de diseño por los licitadores, así como que sus funcionalidades puedan ser obtenidas con otros productos. También deben formularse en términos funcionales o de rendimiento, de ahí que deban evitarse: a) especificaciones discriminatorias, garantizando neutralidad, flexibilidad y soluciones equivalentes; b) especificaciones técnicas excesivas —si las especificaciones técnicas son desproporcionadas para la satisfacción de las necesidades identificadas por la autoridad contractual, puede quedar en evidencia el respeto a la libre competencia— y; c) siempre deben llevar la mención «equivalente».

La salvaguarda de la libre competencia, en cuanto manifestación del interés público de obligada observancia por los poderes adjudicadores, debe ponerse en relación con los restantes principios de la contratación pública. Nuestro TRLCSP, coloca en plano de igualdad la salvaguarda de la libre competencia, la selección de la oferta económicamente más ventajosa y los restantes principios de la contratación pública; de libertad de acceso, publicidad y transparencia de las licitaciones, y no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, o la eficiente utilización de los fondos públicos.

En este caso se estima el recurso interpuesto al no poder justificarse por el órgano de contratación el carácter no discriminatorio de las



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

prescripciones técnicas exigidas, máxime cuando es una única empresa la que finalmente cumple las mismas. Se recuerda que uno de los objetivos, o propósitos, que debe perseguir el informe del órgano de contratación, que se acompaña a la remisión del expediente, es el de refutar, contradecir o desmentir, con argumentos o razones, lo que afirma o dice el recurrente. De manera que constituya una crítica a la credibilidad de la narración que lleva a cabo quien recurre, con el objeto de desautorizar o invalidar el recurso. La refutación tiene como finalidad demostrar que lo dicho por el recurrente no es cierto o válido, o bien que carece de fundamento. Pues bien, en este caso, el informe ni refuta, ni contradice, ni rechaza, ni desmiente, ni tampoco niega, o discute, como afirma la recurrente, que sólo exista una empresa en el mercado, que pueda cumplir los requerimientos técnicos exigidos.

Además, lo cierto es que los hechos son concluyentes, tal y como advirtió la recurrente. Al lote recurrido del procedimiento de licitación únicamente ha concurrido un licitador; y se ha presentado una sola oferta, la del empresario cuyo nombre también anunció la recurrente, sin que el órgano de contratación, en el informe que se acompaña al expediente del procedimiento de licitación, haya desvirtuado o desmentido las afirmaciones que sustentaban los motivos del recurso.

II.- Acuerdos 7, 12 y 61/2016. Falta de legitimación de empresa no licitadora.

En el Acuerdo 7/2016, de 18 de enero, que se vuelve a plantear en el Acuerdo 12/2016, de 2 de febrero, se examina la legitimación de una empresa que no se presentó a la licitación para acordar la inadmisión del recurso. Y aunque el recurso especial fue inadmitido por falta de legitimación de la recurrente, lo cierto es que, para pronunciarse sobre



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la existencia, o no, de legitimación, este Tribunal analizó si se habían introducido variaciones del contenido de las previsiones del Pliego que, desnaturalizando el objeto o el régimen jurídico, implicaran una alteración indebida, que de haber sido conocida, le hubiera permitido presentar una oferta a la recurrente. Y este Tribunal administrativo concluyó que el objeto y las condiciones de la licitación no habían sido objeto de modificación posterior.

En el Acuerdo 61/2016, de 20 de junio, el recurrente está impugnando directamente el acuerdo de adjudicación sin haber participado en el procedimiento, ni haber impugnado ni los pliegos de condiciones, ni el anuncio de licitación.

Es conocida la jurisprudencia del Tribunal Supremo —STS 7 de diciembre de 2004, 17 de mayo de 2005, 20 de julio de 2005, 10 de julio de 2006—, así la como de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la legitimación para impugnar las decisiones en materia de contratos públicos; según la cual el criterio general para que exista la legitimación, se basa en la participación en la licitación. Sólo puede impugnar las decisiones en materia contractual aquella persona que participó en la licitación, con la consecuencia de la inadmisión de los recursos de quienes no participaron, pues sólo quien ha sido parte en el procedimiento contractual puede obtener un beneficio en el caso de que prospere el recurso interpuesto. No existe acción pública en materia contractual, lo ha dicho este Tribunal en muchas ocasiones (Acuerdo 44/2012, entre otros) por no existir norma legal que la disponga, por lo que no está legitimada para recurrir la persona que actúa en defensa de la legalidad. Por tanto, la persona que no ha presentado proposición alguna ni ha tenido participación alguna en la licitación carece de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

interés legítimo y, en consecuencia, no está legitimada para recurrir la adjudicación del contrato. Así lo declara la STS de 10 de julio de 2006.

Es cierto, no obstante, que la regla general, admite excepciones, según resulta, también de la jurisprudencia de nuestro TS, que ha reconocido interés legítimo y por tanto legitimación activa para recurrir a quien ha impugnado la convocatoria o el pliego, aunque después no haya participado en el procedimiento de adjudicación, pues no se puede obligar a participar en un procedimiento de adjudicación a quien ha impugnado la convocatoria por discrepar del pliego que la rige, por entender que es ilegal. El TC recuerda en su Sentencia 144/2008, de 10 de noviembre, FJ 4ª, que, «[...] hemos sostenido la impugnabilidad de un acto o resolución, aunque no lo hubieran sido las bases de la convocatoria, si concurre un supuesto de nulidad radical conforme a la legislación aplicable (así, SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; FJ 2; 200/1991, de 28 de octubre, FJ 3; 93/1995, de 19 de junio, FJ 4; 16/1998, de 26 de enero, FJ 2; y 107/2003, de 2 de junio, FJ 2)».

No es este el caso, pues no concurre ningún supuesto de nulidad de pleno derecho, y no está de más recordar, que este Tribunal ha sido y es especialmente sensible, con estos supuestos de legitimación. Pues bien, en el recurso es claro que se carece de legitimación para impugnar la adjudicación, puesto que quien acciona no ha participado en el procedimiento. Y, si lo que se pretende es la impugnación del pliego de condiciones —en el fondo es el verdadero objeto del recurso—, el recurso es claramente extemporáneo, conforme al artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

III.- Acuerdo 18/2016, de 26 de febrero. Mejora ilegal al vincularse a una licitación distinta.

En este expediente de contratación, que fue objeto de recurso, se incluye un criterio de valoración que prevé adjudicar cinco puntos al licitador que se comprometa, de ser adjudicatario, y de forma voluntaria, a una hipotética mejora del precio en caso de la adjudicación posterior de otro contrato.

Pues bien, este criterio de mejora es ilegal. En primer lugar, porque no está vinculado al objeto de la licitación (como se exige en nuestro Acuerdo 12/2015), sino que se condiciona a una posterior licitación y la hipótesis de que se resulte adjudicatario. Es decir, se vincula a otra licitación distinta. Este Tribunal administrativo, en el Acuerdo 64/2013, de 6 noviembre, ha destacado la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora: *«La función de los criterios de adjudicación es, por tanto, evaluar la calidad intrínseca de las ofertas, lo cual supone —dato de especial relevancia— que deben tener relación directa con el objeto del contrato (sin que deban ser en todo caso reconducibles a criterios matemáticos, como recordara la STJUE de 17 de diciembre de 2002, Asunto Concordia Bus Finland y la STJUE de 24 de noviembre de 2005, Asunto ti. EAC srl.). Obviamente, los criterios que se fijan deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato, sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios»*. Esta exigencia resulta claramente incumplida por el criterio de mejora futura del pliego.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En segundo lugar, porque rompe el sistema de proporcionalidad de los criterios. Además, su indeterminación y su carácter voluntario pueden conducir a que la puntuación de cinco puntos decida esta licitación, aun cuando la reducción de precios posterior fuera simbólica, lo que adulteraría las reglas de este procedimiento y, en especial, el principio de eficiencia.

En definitiva, esta mejora es ilegal y procede, en consecuencia, estimar este motivo de recurso. Y anular la licitación, pues en aplicación de la doctrina de la Sentencia del TJUE, de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria TJUE), — que se refiere a la hipótesis de la anulación de un criterio de adjudicación de forma previa a la adjudicación del contrato— procede declarar la anulación de todo el procedimiento, conforme a la argumentación contenida en dicha Sentencia:

«[...] los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase, en este sentido, en particular, la sentencia SIAC Construction, antes citada, apartado 43). Por lo que atañe a los propios criterios de adjudicación, hay que admitir con mayor razón que no deben ser objeto de ninguna modificación a lo largo del procedimiento de adjudicación. De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión».

En definitiva, como se afirma en nuestro Acuerdo 86/2015, la anulación de un criterio de adjudicación, o de las normas para su valoración, obliga a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

IV.- Acuerdo 21/2016, de 2 de marzo. La experiencia no es criterio de adjudicación.

En este Acuerdo se concluye que no puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la experiencia del contratista, pues ese aspecto, al ser de aptitud, no puede ser de adjudicación, tal y como vino a recordar la STJUE de 4 de junio de 2003 (GAT). La STJUE de 9 de octubre de 2014, (España/Comisión As. T-2/07), que desestima el recurso interpuesto por el Reino de España contra la sentencia —del Tribunal General— mediante la cual se desestimó su pretensión de anulación de la Decisión de la Comisión de reducción de la ayuda financiera concedida mediante el Fondo de Cohesión, por incumplimiento de determinadas normas de la Unión Europea sobre adjudicación de contratos públicos, al haber previsto la experiencia, las cualificaciones y los medios a emplear como criterios de adjudicación, insiste en que bajo ningún concepto puede admitirse como criterio válido la experiencia. El Tribunal (apartado 35) declara que la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores y esta experiencia constituye un criterio pertinente de verificación de la aptitud de los contratistas, de acuerdo con las disposiciones relativas concretamente a los criterios denominados de «selección cualitativa». Y recuerda que: *«los apartados 30 a 32 de la sentencia Lianakis y otros, relativa a normas análogas en materia de contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha distinguido claramente los criterios de adjudicación de los criterios de selección cualitativa que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y ha considerado que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contrato en cuestión pertenecen a esta última categoría y, por tanto, no tienen el carácter de criterios de adjudicación. De este modo, el Tribunal de Justicia ha excluido que el criterio de la experiencia pueda servir como criterio de adjudicación, contrariamente a lo alegado por el Reino de España» (apartado 36).

Criterio consolidado igualmente en España por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras Sentencias las de 25 de septiembre de 2000, recurso de casación 7065/1994; 9 de diciembre de 2004, recurso de casación 5769/2001; 23 de marzo de 2005, recurso de casación 2129/2002); o constaba que tales aspectos habían sido tomados en cuenta en el concurso de que se tratase (Sentencia 13 de abril de 2005, recurso de casación 7987/2000; Sentencia de 8 de julio de 2005, recurso de casación 511/2002; Sentencia de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000; Sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de casación 3677/2003; Sentencia de 5 de junio de 2006, recurso de casación 9067/2003, Sentencia de 11 de julio de 2006, recurso de casación 410/2004).

La Sentencia de 31 octubre 2014 insiste en la doctrina sobre ilegalidad de la experiencia como criterio de adjudicación, por ser contrario al Derecho europeo y al principio de competencia.

Cuestión distinta es que se valore la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido «intelectual», y para ello resulten relevantes los medios personales que se adscriben al contrato, tal y como pone de relieve la STJUE de 26 de marzo de 2015, asunto C-601/13 (en el que se considera una licitación de un organismo portugués que incluía la experiencia del equipo profesional como criterio de adjudicación); que concluye que no se opone a que el poder



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

adjudicador establezca un criterio que permita evaluar la calidad de los equipos concretamente propuestos por los licitadores para la ejecución de ese contrato, criterio que tiene en cuenta la constitución del equipo, así como la experiencia y el currículum de sus miembros. Así debe interpretarse la mención del apartado 67.2 b) de la Directiva 2014/24/UE, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido «intelectual», y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continua siendo un criterio de solvencia.

V.- Acuerdo 23/2016, de 11 de marzo. Compromiso de adscripción de medios materiales asociado a la condición de arraigo en el término municipal (domicilio social o delegación).

En los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones técnicas de esta licitación se exigía al contratista, para prestar un servicio de limpieza de colegios públicos, disponer en el municipio de una oficina administrativa, con servicio telefónico directo y suficiente en la que se ubique la representación de la empresa y el personal administrativo necesario para atender de manera inmediata a los requerimientos municipales o de los responsables de los Centros relativas al servicio. Dispondrá asimismo de una cuenta de correo electrónico. El recurso se fundamenta en que la exigencia contenida en los pliegos es contraria al régimen jurídico de la contratación pública, por cuanto configura la condición de arraigo en el término municipal de Calatayud como criterio a tener en cuenta al valorar la solvencia técnica de los licitadores.

El Tribunal de Justicia de Unión Europea (en adelante TJUE), tiene consolidada una importante doctrina en cuanto a la exigencia de que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

los licitadores cuenten con oficinas, delegaciones, almacenes, centros de trabajo, etc., que este Tribunal no puede desconocer.

Con carácter general, es necesario afirmar, que todo criterio que resulte restrictivo, bien porque impida, obstaculice o haga menos atractivo el ejercicio de los derechos de los operadores económicos a participar en una licitación, debe, cuando menos justificarse y motivarse en base a la necesidad ineludible de la propia prestación que constituye el objeto del contrato. La justificación debe partir de la naturaleza de la prestación, de manera que se acredite o razone que sin ese criterio, que resulta restrictivo, la prestación o no es viable o carece de sentido.

Las Sentencias de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03 y C-234/03, TJUE, abordaron el supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. La Sentencia del TJUE del Asunto C-158/03, en su párrafo 35, recuerda que, según una jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C19/92, apartado 32; Gebhard, antes citada, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, apartados 64 y 65).

Tanto el TJUE, como el TACRC —por todas, Resolución 955/2015, de 19 de octubre— sostienen que no es posible dar una respuesta general a la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

admisión, o no, de un supuesto de arraigo territorial de la empresa licitadora, sino que debe acudir a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar los requisitos expuestos. Y que resulta indiferente que la exigencia de una oficina, almacén, centro de trabajo o establecimiento, una delegación o un delegado sea exigible como un requisito de solvencia, una obligación de adscripción de medios materiales (como en el contrato objeto de recurso), un criterio de valoración de las ofertas, o bien exigirla como una prestación del contrato; puesto que cualquiera que sea la forma en que se configure una medida discriminatoria, o innecesaria para alcanzar los fines que se pretenden mediante el contrato, o desproporcionada para ello, vulnera los principios aplicables a la contratación pública, bien sea la necesidad de un trato igual y no discriminatorio, la libertad de acceso a las licitaciones o la concurrencia.

En definitiva, la exigencia o la consideración de un arraigo territorial de las empresas supone una limitación de la concurrencia y la libertad de acceso que debe encontrar su justificación en la naturaleza del contrato y la necesidad que éste satisface. Y, como toda excepción de los principios generales debe interpretarse de forma restrictiva, de manera que la medida resulte proporcional a los fines que la justifican.

En conclusión, afirma la Resolución 955/2015 TACRC, el ajuste a los principios enunciados de una determinada prestación como la presencia de una oficina o almacén en un mismo lugar o en un sitio o localidad próxima a la que se preste el servicio debe apreciarse en cada caso concreto, y de esta evaluación resultará si la prestación es un elemento esencial, necesario, conveniente, accesorio o innecesario en consideración al objeto del contrato.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En este sentido se han pronunciado la mayoría de Tribunales administrativos de contratos; así la Resolución 356/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la que, tomando como referencia la doctrina tanto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado como del TACRC, el Tribunal resolvió que *«los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta, ni como requisitos de solvencia, ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas impugnadas»*.

Al trasladar las consideraciones anteriores al caso objeto de recurso, resulta evidente que la exigencia contenida en los pliegos, es contraria al régimen jurídico de la contratación pública, pues no puede configurarse como un elemento esencial e incluso necesario a los efectos de una adecuada prestación del servicio de limpieza objeto del contrato; y, en su consecuencia, conculca los principios que han de regir la contratación pública, por lo que debe ser estimado el recurso.

Esta conclusión no se desvirtúa en el expediente en el que se sustancia el procedimiento de contratación, ni en el informe al recurso. En este último, se motiva en la dispersión de los Centros donde va a prestarse el servicio de limpieza, *«que precisa de un control centralizado y que exige un seguimiento constante, sobre todo el primer año, permite la agilidad en las comunicaciones y la inmediatez de la respuesta...»*. Se argumenta, además, que nada impide que el local o dependencia donde se acopian los productos de limpieza etc. sirva como sede o delegación a los efectos de los pliegos.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Pues bien, por una parte no puede asimilarse la exigencia de un local o almacén donde acopiar los productos (acorde y proporcional al objeto del contrato) con la exigencia de domicilio social, o delegación en la localidad. Y, por otra, en un mundo intercomunicado como el actual, y en un contrato en que la prestación se realiza por los trabajadores en los centros de trabajo, a juicio de este Tribunal, no resulta imprescindible que el adjudicatario disponga de domicilio o delegación en el municipio, para la correcta prestación del servicio.

VI.- Acuerdos 32 a 34/2016, de 29 de marzo. Renuncia a la celebración del contrato y compensación de gastos por dicha renuncia.

En el Acuerdo 32/2016 se resuelve un recurso interpuesto tanto frente a la renuncia a la celebración de un contrato de concesión de obra pública, como a la compensación de los gastos que dicha renuncia generó a la recurrente; mientras que en los Acuerdos 33 y 34/2016 el recurso resuelto se interpone únicamente frente a la compensación de los gastos.

En relación con la renuncia, ésta es un acto susceptible de recurso especial, y el recurrente la considera contraria a nuestro ordenamiento jurídico por tratarse, a su entender, de una decisión arbitraria y desproporcionada, que no atiende a la finalidad buscada, como es la construcción de un nuevo hospital (el de Alcañiz), y que incurre en desviación de poder, pues no existen razones de interés público para renunciar a la licitación del contrato.

Frente a estas afirmaciones, señala el Acuerdo 32/2016 que la renuncia a la celebración de un contrato público, se configura como acto



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

unilateral y dispositivo de la Administración porque la contratación pública no constituye un fin público en sí misma, sino en la medida que atiende a la finalidad de satisfacer un interés público. Ahora bien, para ello debe respetar el elemento reglado consistente en la necesidad de que concurra algún motivo de interés público para renunciar, dejando constancia de dicho motivo en el expediente en que se contiene la acreditación documental del procedimiento (entre otras, Sentencia núm. 282/2014, de 16 diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife).

En la renuncia al contrato estamos ante una causa habilitadora sobrevenida de una razón o motivo de interés público que hace desaparecer la causa del contrato, y cuyo límite es la arbitrariedad de la Administración. En definitiva, la cuestión se reduce a si la prerrogativa conferida al órgano de contratación para la renuncia del contrato, se ha ejercido en los términos y exigencias que establece la ley.

El interés público que asume aquí el órgano de contratación es bien evidente. El contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de Alcañiz compromete el cumplimiento de su estabilidad presupuestaria, estabilidad a la que debe contribuir el órgano de contratación, tal y como le requiere el Informe de la Dirección General de Presupuestos. Y, ese interés público juega como una causa habilitante del ejercicio de la facultad de renuncia del contrato ex artículo 155 TRLCSP.

La motivación que se contiene en la Resolución del Director Gerente, es cierta, bastante y acomodada al interés público, y no se atisba indicio alguno de error, arbitrariedad o falta de motivación en la resolución, ni



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

tampoco desviación de poder alguna, en el procedimiento de renuncia.

Por lo que respecta a la compensación de gastos, señalan los tres Acuerdos que ésta no se encuentra en el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación, puesto que no puede reconducirse a ninguno de los supuestos del artículo 40 TRLCSP, y en consecuencia no es objeto de recurso especial.

Y no puede reconducirse, porque la compensación de gastos es una consecuencia de la renuncia a la celebración del contrato o del desistimiento del procedimiento. Es un efecto del acto de finalización del procedimiento de licitación, pero no es en puridad, un acto del procedimiento de adjudicación del contrato. De hecho, el artículo 155 TRLCSP lo reconduce a los principios generales que rigen la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas. Tal y como fijó el TJUE en su Sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento*.

A estos efectos, el acto recurrido —compensación de gastos— es ajeno al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación, sino una controversia *inter partes* sobre la compensación de gastos como consecuencia de la renuncia, que tiene sus propios mecanismos de resolución, y a la que se aplica el sistema ordinario de recursos.

VII.- Acuerdo 40/2016, de 20 de abril. Nulidad de un criterio de adjudicación en la fase de adjudicación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En este Acuerdo se resuelve un recurso cuyas pretensiones son fundamentalmente dos: la primera de ellas, tiene que ver con el nivel de indefinición del criterio de calidad; y en segundo lugar, se impugna el método empleado para la valoración del criterio precio.

El Tribunal vuelve a traer a colación su afirmación de que la calidad, como criterio de valoración de las ofertas, es admisible si se objetiva, es decir debe indicarse su contenido mediante la relación de los aspectos concretos de las ofertas sobre las que podrán recaer, indicando cómo será baremada cada una, permitiendo que las empresas licitadoras formulen sus propuestas conociendo los aspectos que serán merecedores de una mayor o menor valoración, requisito éste que no se advierte en este expediente, por lo que se produce un grado de discrecionalidad y de subjetividad en la valoración de las ofertas que es contrario a la ley.

Si bien es cierto que en este caso el recurrente no se opuso al contenido de los pliegos en su momento, aceptándolos al presentar su oferta, en los fundamentos de derecho se trae a colación el Acuerdo 94/2015, de 26 de octubre de 2015 de este Tribunal, que dispone lo siguiente:

«Es cierto que los Tribunales administrativos de recursos contractuales suelen inadmitir por extemporáneo, aquel recurso especial interpuesto contra un acto de exclusión o adjudicación, en el que se alegan cláusulas ilegales del PCAP o del PPT. Toda vez que la participación del recurrente en la licitación, supuso la aceptación incondicionada de dichos pliegos (artículo 145.1 TRLCSP). Y, por tanto, el recurso contra ellos debió interponerse en el plazo de 15 días hábiles, desde que se recibieron o fueron conocidos. Y no es posible recurrirlos cuando se notifica el acto de exclusión o adjudicación por haber transcurrido el plazo para hacerlo y tratarse de un acto consentido y firme. En este sentido, cabría citar múltiples pronunciamientos de los Tribunales de recursos contractuales, entre ellos la Resolución 600/2015, de 29



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de junio de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

El artículo 145.1 TRLCSP hunde su fundamento, en la regla del Derecho Romano «nulla iniuria est, quae in volentem fiat» (no es injusticia la que se comete contra el que la quiere). Sin embargo, la aplicación efectiva de la Directiva 89/665, de 21 de diciembre de 1989, de recursos en materia de contratos públicos, reformada por la Directiva 2007/66/CEE, de 11 de diciembre, que tiene como objetivo garantizar el correcto cumplimiento de la normativa comunitaria en materia de contratación pública, debe habilitar la interposición de un recurso especial contra el acto de adjudicación, o de exclusión como en este caso, en el que el recurrente alegue la infracción del ordenamiento jurídico en las regulaciones de los pliegos, cuando dicha infracción aún no le suponía una lesión directa que le excluía del procedimiento licitatorio. Pues, como pone de manifiesto la doctrina más autorizada, la negación general de la posibilidad de impugnar las bases una vez que se ha presentado la oferta no coherente con las Directivas de recursos. Lo que se explica porque no siempre es sencillo detectar las posibles infracciones de las reglas del procedimiento antes de la presentación de las ofertas.

La efectividad de la Directiva de recursos, exige poder depurar las ilegalidades de los pliegos —que el licitador advierte en un momento posterior al conocimiento de éstos— cuando se valora la oferta y se aplican los criterios de adjudicación. Es entonces cuando se produce la lesión en sus derechos. Se trata, afirma la doctrina, de considerar que el efecto útil de la Directiva de recursos queda cercenado, si determinadas previsiones de un pliego —que aún no causan lesión efectiva en los derechos de los licitadores, ni impiden su participación en la licitación, pero que, efectivamente, son contrarias a los principios básicos de la contratación pública— no pueden ser recurridas cuando es notificado el acto de adjudicación, o el acto de exclusión, que es cuando se produce la lesión efectiva en los derechos del licitador.

De manera que no es admisible, en contra del efecto útil de la Directiva de recursos, una interpretación del artículo 145.1 TRLCSP que supone consentir causas de nulidad de pleno derecho, o infracciones de los principios básicos de la contratación pública, por presumir el consentimiento o aquiescencia del licitador, por su mera participación en la licitación sin recurrir el pliego.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Además, en el supuesto objeto del recurso, hay que recordar la jurisprudencia del TC, en su Sentencia 144/2008, de 10 de noviembre, FJ 4ª, que literalmente dice: «...hemos sostenido la impugnabilidad de un acto o resolución, aunque no lo hubieran sido las bases de la convocatoria, si concurre un supuesto de nulidad radical conforme a la legislación aplicable (así, SSTC 193/1987, de 9 de diciembre; FJ 2; 200/1991, de 28 de octubre, FJ 3; 93/1995, de 19 de junio, FJ 4; 16/1998, de 26 de enero, FJ 2; y 107/2003, de 2 de junio, FJ 2)». Y aquí concurre un supuesto de nulidad radical.

En términos similares, se cita la Resolución 61/2015, de 4 de junio de 2015, y 99/2015, de 14 de septiembre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en las que se afirma:

«Dando por sentada la ilegalidad del criterio de adjudicación, procede ahora analizar si el recurrente debe soportar la consecuencia de que los Pliegos no fueran recurridos en el momento procesal oportuno. Como es bien sabido, una abundante y constante jurisprudencia considera que los Pliegos son la ley del contrato y rigen su licitación, de modo que hay que aplicarlos en su integridad, salvo que alguna de sus cláusulas haya sido anulada, previa interposición del correspondiente recurso en tiempo y forma. Los Pliegos del presente recurso no han sido impugnados, lo que convalidaría su invalidez y obligaría a acatar su contenido. Sin embargo, esta doctrina tiene como excepción los vicios que suponen nulidad de pleno derecho (artículo 32 del TRLCSP y 62.1 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común) y permitan la actuación arbitraria de la Administración en el caso de no ser eliminados. La letra a) del citado artículo 62.1 establece que dicha nulidad radical afecta a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, y ése precisamente es el caso, puesto que se infringe el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución y el de transparencia e igualdad de trato recogidos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*en el art. 139 TRLCSP (Resolución 92/2013 del OARC/KEAO).
Procede, por todo ello, que este órgano declare la nulidad de pleno derecho del criterio de adjudicación relativo a la “Calidad técnica”».*

En consecuencia, el tribunal ratifica la ilegalidad del criterio de adjudicación y la procedencia de impugnarlo en vía de recurso especial.

VIII.- Acuerdo 46/2016, de 6 de mayo. El ahorro del IVA no es una mejora sino una característica de la oferta económica

La recurrente plantea que la mejora del ahorro del IVA para el órgano de contratación, que conlleva su oferta, puesto que la empresa está radicada en Francia, lo que supone un inmediato ahorro del 21% del valor del contrato, no ha sido valorada ni tenida en cuenta. Es decir, plantea la incidencia del impuesto del IVA, en el precio del contrato, como mejora, en atención a sus circunstancias fiscales. Esta argumentación debe rechazarse de plano por diferentes razones:

1º) Porque es contrario al PCAPE. La cláusula j), entre los documentos a incluir en el sobre 2 para su valoración, determina y califica qué será considerado mejora, de forma explícita. Y, añade «*otras mejoras propuestas por el proveedor y que puedan resultar de interés*» que se valoran hasta 3 puntos, y tienen que ser soluciones de interés municipal que se apliquen sobre los ámbitos que se especifican en el objeto del contrato, es decir, sobre las prestaciones que constituyen su objeto.

2º) Porque el ahorro del IVA, que propone el recurrente, no es una mejora, sino una característica específica de la oferta económica del licitador. El mismo recurrente utiliza la expresión «ahorro del IVA», lo que



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ratifica que es una característica de la oferta económica. Las mejoras son prestaciones adicionales, que no forman parte inicialmente del objeto contractual, pero que están íntimamente vinculadas con aquel. La Resolución 592/2014, de 30 de julio, del TACRC define como mejoras, aquellas prestaciones extraordinarias, más beneficiosas para el órgano de contratación, o más gravosas para el licitador, de las que han sido señaladas en el Pliego como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta. Este Tribunal, tiene una amplia doctrina sobre las mejoras como criterio de adjudicación —Acuerdos 16/2011, 27/2011, 8/2012, 20/2012, 27/2012, 50/2012, 51/2013, 56/2013, 64/2013, 4/2014, 7/2014, 31/2014, 20/2015 y 45/2015—, y, desde el Acuerdo 8/2012, de 7 de febrero, el TACPA ha considerado, que por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado, en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, porqué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias. La valoración de las mejoras, en el ámbito de la contratación pública, nunca puede ser una mera declaración de voluntad de quien la realiza; antes bien y al contrario, por su propia indeterminación, requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación. Y, así ocurre, en el informe de valoración técnica de 1 de febrero de 2016, que la Directora de Comunicación del Ayuntamiento de Zaragoza traslada para su remisión a la Mesa de contratación.

3ª) Porque no es posible valorar como mejora —ventaja competitiva, la califica la recurrente—, ni como oferta económica, el «ahorro del IVA».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

No se puede tener en cuenta ni en el cálculo económico, ni en las mejoras. Y en este sentido, este Tribunal, en su Acuerdo 106/2015, de 16 de diciembre de 2015, se ha pronunciado, indicando que la inclusión del IVA en el procedimiento de valoración de las ofertas puede provocar una discriminación en las entidades no exentas, discriminación no querida por el Derecho de la Unión Europea en materia de contratación, ya que supone la toma en consideración de elementos basados en las condiciones de los licitadores, no teniendo en cuenta los elementos económicos relacionados con la prestación objeto del contrato. Porque cuando se quiebra la neutralidad del IVA por la vía de la exención es imposible establecer un mecanismo objetivo (aunque lo permitiese la normativa comunitaria) en los procesos de contratación que, teniendo en cuenta las características de los licitadores, permitiera homogeneizar las ofertas a efectos de garantizar que el impacto del IVA es neutral en el proceso y asegurar así el cumplimiento del principio de igualdad de trato. Es suficiente leer los artículos 4, 5 y 6 de la Directiva 2014/24/UE; artículos 15, 16 y 17 de la Directiva 2014/25/UE y artículos 8 y 9 de la Directiva 2014/23/UE, para advertir que las reglas de valoración de los contratos, establecidas por las Directivas comunitarias, explícitamente excluyen el IVA en la valoración de los contratos.

IX.- Acuerdos 72 y 73/2016, de 14 de julio. Subrogación de trabajadores y el mantenimiento de sus condiciones salariales y laborales.

En ambos recursos, la recurrente considera ilegal la subrogación de trabajadores y el mantenimiento de sus actuales condiciones salariales y laborales, por vulnerar los artículos 120 y 32.a) TRLCSP.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La obligación de subrogación en un contrato público es una cuestión de ámbito laboral que procederá cuando así se prevea de forma expresa en el convenio colectivo de referencia y en las condiciones allí recogidas, debiendo el pliego referenciar esta obligación a efectos meramente informativos, con el fin de que las ofertas presentadas tengan en cuenta entre los costes esta eventualidad. Es decir, cuando por convenio colectivo, o por previsión legal, se contempla la obligación de subrogación, los pliegos de la licitación pública deben, necesariamente, incluir tal previsión y tenerla en consideración a la hora de determinar el valor estimado del contrato. Es, en suma, una obligación laboral, pero indisponible por el pliego, pues las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, tal y como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Tal posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que permiten un mejor cumplimiento del contrato (Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, que admite incluso la subrogación «contractual»).

El Tribunal, por tanto, desestima esta pretensión del recurso y declara conforme la previsión de subrogación.

Por lo que se refiere a la obligación de subrogación, conviene recordar que el artículo 120 TRLCSP, exige que se incluya en los pliegos la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, sea cual fuera la causa de su imposición (legal, convencional o contractual).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Sobre esta obligación de informar, su contenido y alcance, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones. La Resolución 96/2015, de 30 de enero, resume su doctrina sobre la cuestión indicando que:

- a) Los pliegos que rigen la licitación o la documentación complementaria deben especificar con la suficiente precisión y exactitud, todos los elementos que resulten necesarios para permitir a los licitadores una adecuada evaluación de los costes laborales efectivos en que van a incurrir, de resultar adjudicatarios del contrato.
- b) La obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien deberá, a su vez, recabarla de los actuales adjudicatarios. Si existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del artículo 120 TRLCSP —y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación— el órgano de contratación está obligado a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación. Esta información deberá constar en el propio pliego o en la documentación complementaria, siendo aconsejable que se haga, igualmente, constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado artículo 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El Tribunal concreta el contenido de la información que debe de ponerse a disposición de los licitadores, que será:

«la información precisa para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar, en cualquiera de los documentos mencionados, la relación de los trabajadores, con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos. Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos».

Sobre la responsabilidad respecto de dicha información, el Tribunal dice que:

«La obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que, cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por el adjudicatario, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues, en tal caso, dicho adjudicatario estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta, a la hora de elaborar su oferta. Es, por tanto, el órgano de contratación quien debe requerir al adjudicatario, para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación».

Y concluye:

«...a juicio de este Tribunal la veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual sólo puede ser responsabilidad de éste sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla, sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente y en caso de no serlo requerir al adjudicatario para que proceda a



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

completarla, pudiendo incluso, aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el caso de que incumpla dicha obligación, que viene impuesta legalmente y ello para evitar la ventaja competitiva que tendría respecto de los demás licitadores, si la información no es completa».

Pues bien, esta exigencia se ha cumplido por el órgano de contratación en este caso, por lo que el Tribunal desestima este motivo de recurso.

Por último, con relación a la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, el Tribunal administrativo considera legal tal opción, que no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato y que pretende dotar de calidad la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Es más, la posibilidad de condiciones de ejecución de este tipo, fijando retribución mínima de los costes laborales, ha sido admitida por la Sentencia TJUE de 17 de noviembre, *Regio Post*, (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato.

Asimismo, el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo, está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la oferta es parte del pliego y los pliegos son *lex contractus* que vinculan durante su ejecución conforme al principio *pacta sunt servanda*, sin que la ultra-actividad de los convenios puede interferir en la ejecución de un contrato ya adjudicado, pues se quebraría el principio de equivalencia de las prestaciones así como el principio de igualdad de trato entre licitadores, al alterarse las condiciones de la adjudicación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

X.- Acuerdo 80/2016, de 30 de agosto. Criterio de adjudicación impugnado —contar con un plan de conciliación social— se ajusta a la legalidad, pues está vinculado a una mejor calidad de la prestación del servicio

Se analiza por el Tribunal en el Acuerdo la introducción de criterios sociales como criterios de adjudicación, pues el recurrente cuestiona como ilegal el criterio de «contar con un plan social de ejecución del contrato».

Se recuerda que la finalidad de los criterios de adjudicación es determinar qué oferta satisface mejor las necesidades de la entidad adjudicadora, sin que puedan incurrir en discriminación ni vulnerar el principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores. Ello significa que los criterios deben ser suficientemente transparentes tanto en su finalidad y vinculación con el objeto del contrato, como con la fórmula de puntuación, que debe ser previamente conocida por los licitadores.

Por otra parte, como ha advertido la Resolución 16/2016, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (y admitido en nuestros Acuerdos 72 y 73 de 2016), las condiciones sociales de los contratos públicos, en tanto política pública, pueden formar parte del diseño de un contrato si bien, deben estar vinculadas, directa o indirectamente, al objeto del contrato. Esta es, por lo demás, la filosofía de la nueva regulación europea de la contratación pública, validada por la jurisprudencia del TJUE.

En todo caso, no resultarán admisibles aquellas exigencias o estipulaciones que «fuercen» la vinculación exigible o que interfieran de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

forma indebida en la propia política empresarial de las empresas. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de no distorsionar la competencia, ni introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales. Los pliegos de una licitación pública no pueden exceder en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución del contrato y proyectar efectos sobre la organización de la empresa licitadora, imponiendo reglas sobre las que se carece de título competencial —como ha advertido el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1156/2016, de 18 de mayo, vía contrato público, no puede modularse la legislación laboral estatal— y que limitan indebidamente el derecho a la libertad de empresa en una economía social de mercado (artículo 38 CE), para cuya protección el Tribunal Constitucional exige que las medidas de restricción sean proporcionadas e indispensables —STC 109/2003, de 3 de junio, fundamento 15— .

La Resolución 210/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales advierte que:

*«La introducción de este **criterio social** –contratación de personas en riesgo de exclusión del mercado laboral y de personas discapacitadas– en la fase de valoración ha de ser ponderada en sus justos términos, pues, incorporada en esta fase, en la de la adjudicación del contrato, podría resultar contraria a los principios contractuales de igualdad y no discriminación exigidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP y en la normativa europea por lo que, en tal caso, provocaría un vicio de nulidad de pleno Derecho por aplicación del artículo 32.a) del TRLCSP, en relación con el artículo 62.1.a), por ser la igualdad formal un derecho de amparo constitucional.*

Es desde el punto de vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), relativa a la incorporación de cláusulas sociales en la contratación pública, de donde emanan las más importantes limitaciones, si bien distinguiendo los mecanismos de cómo se exigen: bien configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para la valoración de las ofertas



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

(...)Del análisis jurisprudencial no puede afirmarse que exista un cuerpo jurisprudencial uniforme sobre la admisibilidad o no de estas cláusulas sociales en el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea.

(...)Al abrigo de esta doctrina, y dado que en la actualidad está pendiente la Resolución en el Tribunal de Luxemburgo de un recurso interpuesto el 22 de julio de 2010 por la Comisión Europea contra el Reino de los Países Bajos (Asunto C-368/10) en un procedimiento de contratación en el que se introducían criterios de responsabilidad social de las empresas, y al amparo de la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, hemos de revisar la legalidad de las mejoras sociales introducidas en el apartado B.2.3 del PCAP.

La introducción de estos criterios sociales dirigidos a la lucha contra el desempleo y al empleo de personas con discapacidad son loables en la etapa de crisis que atravesamos, si bien su admisión queda condicionada a dos parámetros: el primero, han de guardar relación directa con el objeto del contrato (artículo 150.1 del TRLCSP) y el segundo, no resultar discriminatorias, como por ejemplo cuando además introducen criterios de arraigo territorial (Vgr. Resolución nº 130/20154 de este Tribunal que declaró la nulidad del criterio social porque precisaba que las personas desempleadas fueran demandantes de empleo en oficinas concretas circunscritas a una Comunidad Autónoma).

Dada la inmediatez de la fecha (18 de abril de 2016) para que el Estado español incorpore a nuestra normativa de contratación del sector público la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, hemos de enjuiciar las mejoras sociales referidas bajo los parámetros introducidos en la referida Directiva 2014/24/UE.

(...)Tomando como referente de "lege lata" el artículo 150.1º del TRLCSP, sumado a las normas imperativas contenidas en la referida Directiva 2014/24/UE, analizadas las mejoras sociales contenidas en la cláusula 11ª B.2.3 y observando que guardan relación con el objeto del contrato y la debida proporcionalidad en su puntuación (de 0 a 5 puntos), hemos de deducir que no resultan contrarias a Derecho porque no introducen elementos distorsionadores de la igualdad y concurrencia ni desvirtúan el principio general de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa, que rigen esta fase de la contratación administrativa, la de adjudicación».

Pues bien, desde esta perspectiva, considera el Tribunal que las previsiones cuestionadas por el recurrente —plan de conciliación



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

social— como criterio de adjudicación, no quiebran las reglas expuestas, pues existe una vinculación con la mejor calidad en la prestación del servicio y no se distorsiona indebidamente la competencia al asignar solamente una puntuación de cinco puntos. Es más, se garantiza una mejor eficiencia social que preserva las exigencias constitucionales de políticas sociales activas.

XI.- Acuerdos 88/2016, de 2 de septiembre y 100/2016, de 5 de octubre. Plazo de impugnación de los pliegos de la licitación.

En ambos Acuerdos se trae a colación la controvertida cuestión del plazo para presentar recurso especial frente a los Pliegos que rigen las licitaciones, que reviste especial importancia dada la evolución en la doctrina de los Tribunales administrativos de resolución de recursos contractuales y en la jurisprudencia que ha existido en relación con esta materia; y a la vista de la regulación introducida por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que supuso un punto de inflexión y dota de mayor seguridad jurídica al régimen aplicable.

El artículo 19 del Reglamento, que tiene la naturaleza de norma básica conforme a lo dispuesto en su disposición final primera, y que resulta de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y poderes adjudicadores, dispone lo siguiente:

«1. Cuando el recurso se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a partir del día siguiente a la fecha de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, salvo que la Ley no exija que se difunda por este medio. En este último caso el plazo comenzará a



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contar desde el día siguiente a la fecha de publicación en el Perfil de contratante del órgano de contratación, y en el supuesto de que esta última fecha no estuviera acreditada fehacientemente desde el día siguiente a la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado o, en su caso, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.

2. Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en forma legal la convocatoria de licitación, de conformidad con lo indicado en el apartado 1 de este artículo, si en ella se ha hecho constar la publicación de los pliegos en la Plataforma de Contratación del Sector Público o el lugar y la forma para acceder directamente a su contenido.

En caso contrario, el cómputo comenzará a partir del día siguiente a aquél en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los interesados para su conocimiento. En este último caso, cuando dichos documentos hayan sido puestos a disposición de los interesados solamente por medios electrónicos, el plazo para recurrir comenzará a computarse a partir de la fecha en que concluya el de presentación de las proposiciones, salvo que hubiese constancia de que fueron conocidos con anterioridad a dicha fecha. Cuando no se hubieran puesto a disposición de los interesados por medios electrónicos el plazo comenzará a contar desde el día siguiente a aquel en se hayan entregado al recurrente».

En el procedimiento objeto de recurso que dio lugar al Acuerdo 100/2016, de 5 de octubre, la convocatoria de licitación se publicó en el DOUE al tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada, tal y como exige el artículo 142 del TRLCSP, el día 18 de agosto de 2016; y, en este caso, el *dies a quo* del plazo legal para interponer el recurso viene determinado por la puesta a disposición de los pliegos en el Boletín Oficial de Aragón, el 5 de septiembre de 2016, ya que ni en el Perfil de contratante, ni en el anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado, se ponen a disposición de los licitadores dichos pliegos. En consecuencia, al finalizar el plazo para la interposición del recurso el 22 de septiembre, el recurso está presentado en plazo.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Esta es, por otro lado, la doctrina mantenida por los órganos de recursos contractuales desde la entrada en vigor del Real Decreto 814/2015. Por todas, las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 142/2016, de 12 de febrero; 146/2016, de 19 de febrero — en esta segunda, como no se acreditaba la fecha de publicación en el Perfil de contratante, el momento inicial para el cómputo del plazo para recurrir contra los pliegos es, a juicio el TACRC, el de la publicación del anuncio en el BOE—; y resoluciones 523/2016, de 1 de julio y 536/2016, de 8 de julio, en las que, al ser la publicación de la convocatoria en el DOUE preceptiva, el momento inicial del cómputo de plazo para recurrir contra los pliegos es el de la publicación del anuncio en el DOUE.

Este es el criterio también mantenido por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en sus Resoluciones 15/2016 y 41/2016; y por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en sus Resoluciones 23 y 155/2016.

XII.- Acuerdo 89/2016, de 5 de septiembre. Resulta ilegal incluir, en fase de adjudicación de un contrato derivado, una prestación que no formó parte del objeto en el Acuerdo Marco del que trae causa.

Trae a colación el TACPA en este Acuerdo la doctrina relativa a la definición del objeto del contrato. Alega la recurrente la inclusión, entre las prestaciones del contrato derivado, de una materia que no era objeto del lote n.º 7 del Acuerdo Marco.

Este Tribunal administrativo ya mantuvo en su Acuerdo 44/2012, y ha reiterado posteriormente en su Acuerdo 101/2015, que el artículo 86 TRLCSP dispone que los contratos deben tener un objeto determinado, y que el objeto del contrato es un conjunto de prestaciones destinadas a



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cumplir por sí mismas una función económica o técnica, cubriendo las necesidades del órgano de contratación, donde la necesidad de su determinación responde al cumplimiento de los principios de transparencia, fomento de la concurrencia, pero también de eficacia y eficiencia.

En el Acuerdo 85/2015, de 10 de agosto, se mantiene que el ordenamiento jurídico de la contratación pública, establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares, según dispone el artículo 67.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), serán redactados por el servicio competente y deberán contener con carácter general para todos los contratos los siguientes datos: «a). *Definición del objeto del contrato, con expresión de la codificación correspondiente...*».

El objeto de los contratos son las obligaciones que crean, y esas obligaciones, a su vez, tienen por objeto prestaciones (sea de dar cosas, de hacer o de no hacer) que constituyen el objeto de la ejecución del contrato. Esta es la razón de que todas las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, tengan la obligación de determinar y dar a conocer de forma clara las prestaciones que serán objeto de adjudicación. Cualquier acepción genérica o confusa, comporta para el licitador inseguridad jurídica. De este modo, en función de la descripción utilizada por la Administración para definir las prestaciones que comprende el negocio jurídico a celebrar, los empresarios advierten su capacidad para concurrir a la licitación, a través de relación entre el objeto del contrato y el objeto social del licitador.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En este sentido, en el anuncio de licitación y en los pliegos de condiciones, siempre se debe señalar con la mayor exactitud posible el objeto y alcance de las prestaciones que se desean contratar, de forma que los operadores económicos puedan identificarlas correctamente y en su caso, decidir presentar sus ofertas. Y es por ello que el objeto del contrato, conforme al artículo 115.2 TRLCSP, debe contenerse en el PCAP, como recuerda el Informe 35/08, de 25 de abril de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado — *«Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre contenido básico de los pliegos de cláusulas administrativas particulares comunes para todo tipo de contratos administrativos»*—, pues el PCAP constituye la *lex contractus*, con fuerza vinculante entre las partes y sólo limitado por la observancia de las normas de derecho necesario, de modo que una vez aprobados y no habiendo sido impugnado su contenido en el momento oportuno para ello, los pliegos no podrán ser modificados y, por lo tanto, salvo que existan vicios de nulidad de pleno derecho, el licitador o el contratista y la Administración, deberán pasar por su contenido, aunque el mismo contravenga algún precepto legal o reglamentario.

En este procedimiento de contratación, el objeto viene predeterminado por las prestaciones incluidas en el PCAP del Acuerdo Marco del que se deriva, y el lote n.º 7 incluye única y exclusivamente los PET-TAC cerebral y de cuerpo completo. Esas y no otras, fueron las prestaciones definidas y requeridas, para ellas se fijaron los importes máximos de licitación, y a las mismas presentaron sus ofertas los dos licitadores. Por ello, no resulta posible en fase de adjudicación de un contrato derivado, incluir una prestación que no formó parte del objeto en el Acuerdo Marco del que trae causa.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

XIII.- Acuerdo 98/2016, de 5 de octubre. Equivalencia del burofax y el fax a efectos de la presentación de propuesta en oficina correos

El Acuerdo 98/2016, de 5 de octubre, resulta de especial interés, pues aborda la cuestión de los plazos y forma de presentación de las ofertas, analizando la validez de su entrada a través de oficina de correos, mediante burofax.

El artículo 80.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece de forma expresa y clara que *«Cuando la documentación se envíe por correo, el empresario deberá justificar la fecha de imposición del envío en la oficina de Correos y anunciar al órgano de contratación la remisión de la oferta mediante télex, fax o telegrama en el mismo día. También podrá anunciarse por correo electrónico, si bien en este último caso sólo si se admite en el pliego de cláusulas administrativas particulares. El envío del anuncio por correo electrónico sólo será válido si existe constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifica fidedignamente al remitente y al destinatario. En este supuesto, se procederá a la obtención de copia impresa y a su registro, que se incorporará al expediente.*

Sin la concurrencia de ambos requisitos no será admitida la documentación si es recibida por el órgano de contratación con posterioridad a la fecha y hora de la terminación del plazo señalado en el anuncio. Transcurridos, no obstante, diez días siguientes a la indicada fecha sin haberse recibido la documentación, ésta no será admitida en ningún caso».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

De dicho precepto, que no parece pueda inducir a error en su redacción literal, se deducen tres exigencias: a) que se presente antes del vencimiento del plazo y hora fijado en el pliego para preservar el principio de igualdad de trato de todos los licitadores; b) que ese mismo día se remita comunicación de telegrama, telex o fax, en cuyo ámbito se incluye la modalidad de burofax, dado que es una marca comercial de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. caracterizado por ser un fax en oficina con fehaciencia al ser enviado por dicha entidad (Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal); y c) que la documentación sea recibida por el órgano de contratación en un plazo preclusivo e improrrogable de diez días. Estos tres requisitos son acumulativos, y el incumplimiento de alguno justifica la exclusión. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal de Contratación Pública de Madrid, en su Resolución 35/2016, de 24 de febrero.

Pues bien, consta en el expediente que los tres requisitos han sido cumplidos por el recurrente y que la decisión de excluir es ilegal. El órgano de contratación ha realizado una interpretación errónea de las exigencias del referido precepto reglamentario, confundiendo la exigencia de remisión de telegrama o fax (el burofax es un fax con fehaciencia) en el mismo día de la presentación, con la recepción ese mismo día por el órgano de contratación. Lo que exige la norma es que ese mismo día se remita comunicación de la presentación en ese registro, con el fin de que la Mesa de contratación espere los diez días para que se reciba la proposición. Y la actuación del recurrente resulta, por tanto, conforme a Derecho. Máxime cuando el artículo 31 del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, aprobado por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, dispone,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

que «Los envíos aceptados por el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, siguiendo las formalidades previstas en este artículo, se considerarán debidamente presentados, a los efectos previstos en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (.), y en su normativa de desarrollo».

Además, como ya advirtió el Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Castilla y León, en su Resolución 3/2012, de 24 de abril, el artículo 80.4 del RGLCAP, como los anuncios de este procedimiento de contratación, refieren que el interesado debe justificar el «envío» (y anunciar la «remisión») de la oferta, esto es su salida, extremos correctamente acreditados en este caso; y no se refieren a la recepción o llegada telemática del documento (como pretende la Administración), lo que resulta razonable ante la posible existencia de impedimentos técnicos en destino, o por la imposibilidad del remitente de justificar el momento de la llegada del envío.

Por ello, no es correcta la actuación de la Mesa de contratación de excluir de la licitación a la empresa recurrente, ya que la documentación adjuntada a su recurso demuestra la presentación de la documentación en plazo.

XIV.- Acuerdo 108/2016, de 9 de noviembre. Conflicto de intereses y prohibición de contratar.

El presente recurso versa sobre la exclusión del procedimiento de tres de las empresas licitadoras, cuya oferta viene firmada por su Consejero Delegado común, que desempeña un puesto directivo con funciones ejecutivas en una empresa pública autonómica. El órgano de contratación lo considera asimilado a alto cargo y, por tanto, incurso en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 60.1.g) TRLCSP, con la Ley 4/2012, de 26 de abril, de Medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial; y con el régimen de incompatibilidades regulado en la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón.

El Tribunal hace un análisis de la figura del conflicto de intereses y de su régimen jurídico, ausente en el TRLCSP, por lo que es necesario acudir al Derecho europeo; y examina, si el Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad pública autonómica es un puesto de carácter directivo, que ejerce funciones ejecutivas del máximo nivel, equiparables, según la ley a los supuestos de relaciones laborales especiales de alta dirección, al personal directivo de la Administración Pública, o a los consejeros delegados de las sociedades mercantiles, lo que determinaría la efectiva existencia de una prohibición de contratar.

La definición que hace el EBEP de quiénes tienen la consideración de directivos públicos es un tanto ambigua, pues nos dice que son directivos públicos quienes desarrollen funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, *«definidas como tales en las normas específicas de cada Administración»*. La identificación de cuáles sean esas funciones directivas se reenvía a lo que determinen las normas específicas de la administración pública. Dicho de otro modo: ante la dificultad de definir lo que sean esas funciones directivas, se aboga porque sean las normas específicas de cada administración las que concreten cuáles son esos órganos cuyos titulares han de tener la consideración de directivos públicos y sobre todo qué funciones tendrán.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

No necesariamente los Consejeros o el Presidente del consejo, tienen carácter ejecutivo. Ni tampoco tienen porque realizar funciones ejecutivas del máximo nivel que impliquen la existencia de un conflicto de intereses. Al Presidente del consejo de administración, se le podrán delegar todas las facultades de éste que estén previstas estatutariamente, excepto la rendición de cuentas, la presentación de balances a la junta general y las facultades que ésta conceda al consejo. Pero, es importante tener en cuenta que por el hecho de ser Presidente del consejo de administración, únicamente tiene encomendadas las funciones de convocar el consejo, dirigir las sesiones, firmar las actas y ser el presidente de la junta general, salvo que en los estatutos se prevea otra cosa.

De hecho, desde la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, en las formas complejas de administración (consejo de administración), lo único que resulta inherente al cargo de consejero (ordinario) es la función de deliberación o supervisión, mientras que la función ejecutiva se vincula a la delegación de facultades (funciones) del artículo 249 LSC, es decir, a que se atribuya expresamente esa función por delegación orgánica o por cualquier otro título ejecutivo.

Como consecuencia de ello el consejero ejecutivo se encuentra unido a la sociedad por una doble relación: una relación de «administración ordinaria» como consejero (en cuanto tal) y otra relación adicional de «administración derivada» como consejero ejecutivo. Esta doble relación, posibilita dos clases de remuneraciones: a) la remuneración de la función deliberativa y de supervisión y control, como consejero ordinario; y b) la remuneración de la función ejecutiva (gestión



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ordinaria) como consejero ejecutivo. Por tanto en caso de existencia de un consejo de administración, la retribución de la función deliberativa y de supervisión y control, como es inherente al cargo de consejero, debe situarse en el artículo 217 LSC. Sin embargo, la retribución de la función ejecutiva, como no es inherente al cargo, no debe residenciarse en el artículo 217 LSC y por tanto, no debe quedar sometida a la exigencia de cobertura estatutaria debiendo situarse en sede de la delegación de facultades o funciones, del artículo 249 LSC.

Y son a estos consejeros ejecutivos, que desarrollan un puesto de carácter directivo, y que ejercen funciones ejecutivas del máximo nivel, a quienes debe extenderse la aplicación de las mismas incompatibilidades que para los altos cargos, de acuerdo con la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, de las Cortes de Aragón.

En todo caso, el recurrente niega que ejerza, ni se le hayan atribuido, funciones ejecutivas por parte de la Sociedad, ni que tenga poderes de representación, ejecutivos ni de ninguna otra clase de la sociedad pública autonómica. Y el desempeño de unas funciones que acarrearán entre sus efectos jurídicos la prohibición de contratar, no pueden presumirse de la simple lectura de los estatutos de la sociedad. Deben acreditarse formalmente, y a la vista de las mismas, determinarse si existe o no un conflicto de intereses, para su participación en la licitación del acuerdo marco de homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

De todo lo expuesto se constata que no se ha acreditado la existencia de conflicto de intereses. Ni mucho menos, que la única solución posible ante al mismo sea la declaración de prohibición de contratar.

4.- ESTADÍSTICAS

En Anexos a esta Memoria se contienen los datos más relevantes de la actuación del TACPA en este periodo, atendiendo al volumen de entrada de recursos (por meses), al órgano de contratación cuyo acto se recurre, al tipo de contrato recurrido, al valor estimado de las licitaciones recurridas, al tipo de acto impugnado, al sentido de la resolución adoptada (tipo de Acuerdo).

Se incluyen, además, los datos de aquellos recursos de los que conoce el TACPA por la ampliación de su ámbito de actuación por Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Un dato destacable es el del valor estimado global de las licitaciones que han sido impugnadas en el periodo, y que asciende a más de ochocientos treinta millones de euros, en concreto, 838.122.482,98 €, con la distribución por tipo de contrato que se contiene en el Anexo correspondiente.

Sobre el cumplimiento de plazos, hay que señalar que el TRLCSP establece unos plazos muy breves para dictar resolución en los recursos que regula, plazo que varía en función de los trámites del procedimiento, pero que por regla general deberían tener una duración de 15 a 20 días hábiles. En 2016, el plazo medio que el TACPA ha empleado para la tramitación completa de los recursos, cuestiones



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de nulidad y reclamaciones que se han sustanciado ante el mismo es de 18,46 días naturales¹. Además, en el 46,51 % de los casos, los recursos se han resuelto por el TACPA dentro de los plazos legales establecidos, en el restante 53,49 % el retraso ha sido de seis días de media, correspondiendo al periodo estival o al retraso en la recepción del expediente las demoras superiores. La mayoría de las demoras se sitúan entre 1 y 7 días, siendo excepcionales demoras mayores, por lo que puede considerarse que en este punto se ha producido un cumplimiento estricto de la Ley y de los objetivos que con ella se persiguen, y ello pese a que el volumen de reclamaciones no ha dejado de incrementarse desde 2011. La actividad del Tribunal, como en años anteriores, no se ha suspendido durante el mes de agosto.

El total de reclamaciones presentadas durante 2016 ha sido de 129. Esta cifra supone un aumento de 16 respecto del año anterior (113). De las 129 reclamaciones, el 96´12% tenían como objeto un contrato de servicios o suministros.

Sobre el sentido de los Acuerdos del Tribunal, destaca un descenso de las estimaciones, a diferencia del ejercicio anterior, pasando de un 35,40% en 2015 a un 23,26% en 2016, volviendo a la tendencia a la estabilización en el número de estimaciones (en un % que oscila del 20 al 25%) en los años anteriores de actividad del Tribunal, en los que se descendió del 45,10% del total de Acuerdos recogido en la Memoria del año 2011, al 35,48% en 2012, 25,33% en 2013, y 20,61% en 2014.

¹ Tomando como referencia la fecha de entrada del recurso en el registro, bien del TACPA, bien del órgano de contratación, y como fecha final, aquélla en que se dicta el Acuerdo.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

La independencia del Tribunal, además de garantizarse a través de mecanismos como la inamovilidad de sus miembros, se puede testar a través de lo que puede denominarse «tasa de éxito» —en la que para el cálculo del porcentaje de estimaciones se deben descontar las inadmisiones producidas—, que en el caso del TACPA en 2016 se sitúa en el 31,91%. Esta tasa se situó en el 35,19% en 2013, 35,06% en 2014 y 41,67% en el año 2015.

Durante el periodo que comprende esta Memoria se han impuesto dos multas por mala fe o temeridad en la interposición del recurso, al amparo de la previsión contenida en el artículo 47.5 TRLCSP, por un importe total de 2.000 euros.

El análisis del número de recursos de los que conoce el TACPA en función de la reducción de cuantías en los contratos recurribles, arroja como dato que del total de reclamaciones interpuestas ante este Tribunal (129) son 26 los que recibe el TACPA por dicha especialidad, un 20,16% del total.

En cinco ocasiones en este periodo los Acuerdos del TACPA han sido impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que haya recaído sentencia hasta la fecha.



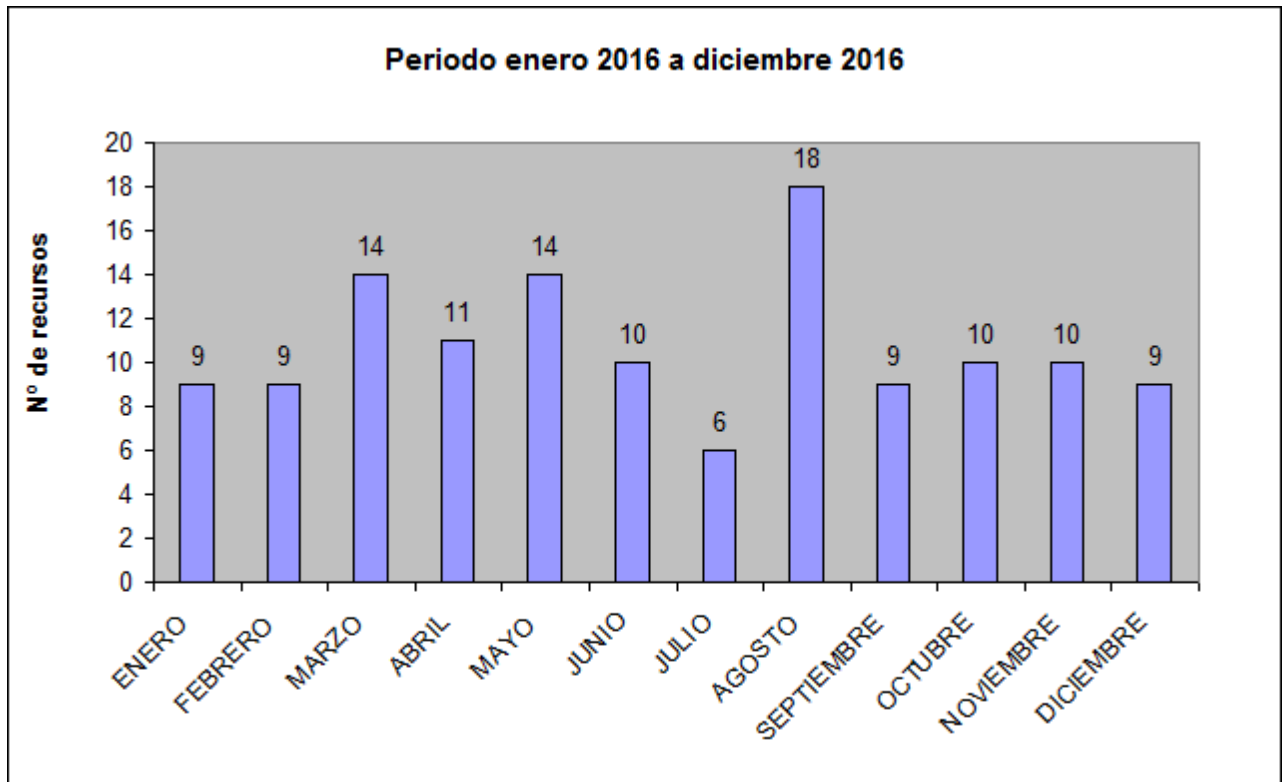
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ESTADÍSTICAS 2016



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística de recursos presentados ante el TACPA, por meses

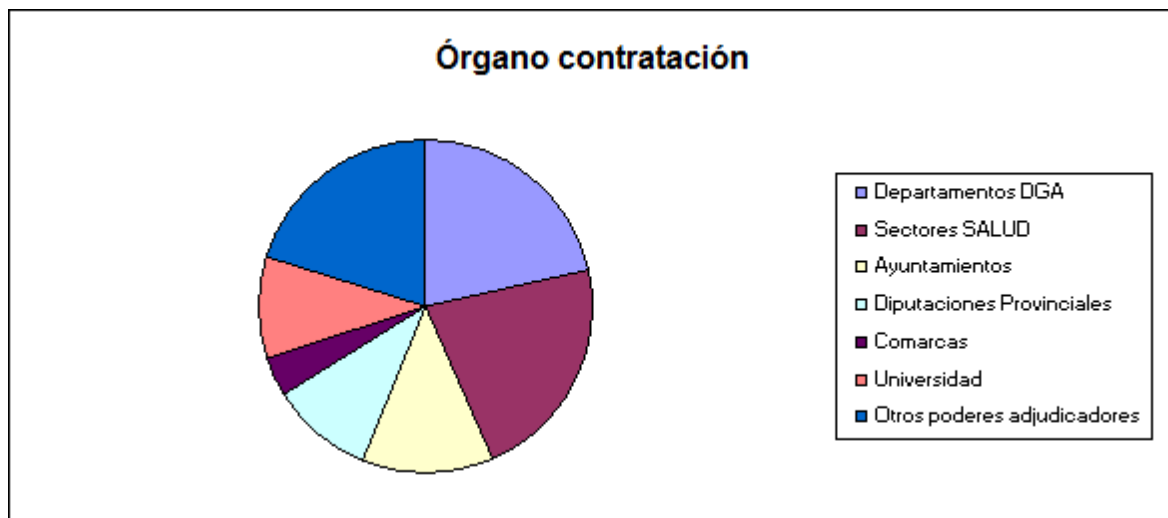




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística por órgano de contratación en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016

	Número	%
Departamentos DGA	28	21,71%
Sectores SALUD	28	21,71%
Ayuntamientos	16	12,40%
Diputaciones Provinciales	13	10,08%
Comarcas	5	3,88%
Universidad	13	10,08%
Otros poderes adjudicadores	26	20,16%
Total	129	100,00%

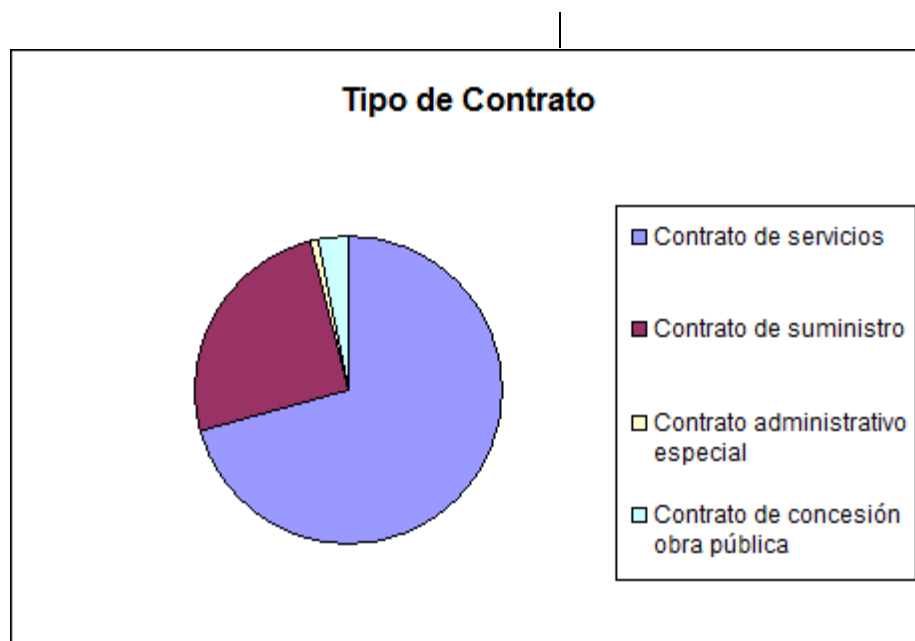




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística por tipo de contrato en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016

	Número	%
Contrato de servicios	91	70,54%
Contrato de suministro	33	25,58%
Contrato administrativo especial	1	0,78%
Contrato de concesión obra pública	4	3,10%
TOTAL	129	100,00%





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Valor estimado de las licitaciones recurridas ante el TACPA desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016

	Valor estimado
Contrato de servicios	704.062.333,27
Contrato de suministro	57.489.890,35
Contrato administrativo especial	145.899,52
Concesión de Obra Pública	76.424.359,84
Total	838.122.482,98



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística acto impugnado recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016

	Número	%
Pliegos	31	24,03%
Actos trámite	34	26,36%
Adjudicación	43	33,33%
Otros	21	16,28%
Total	129	100,00%

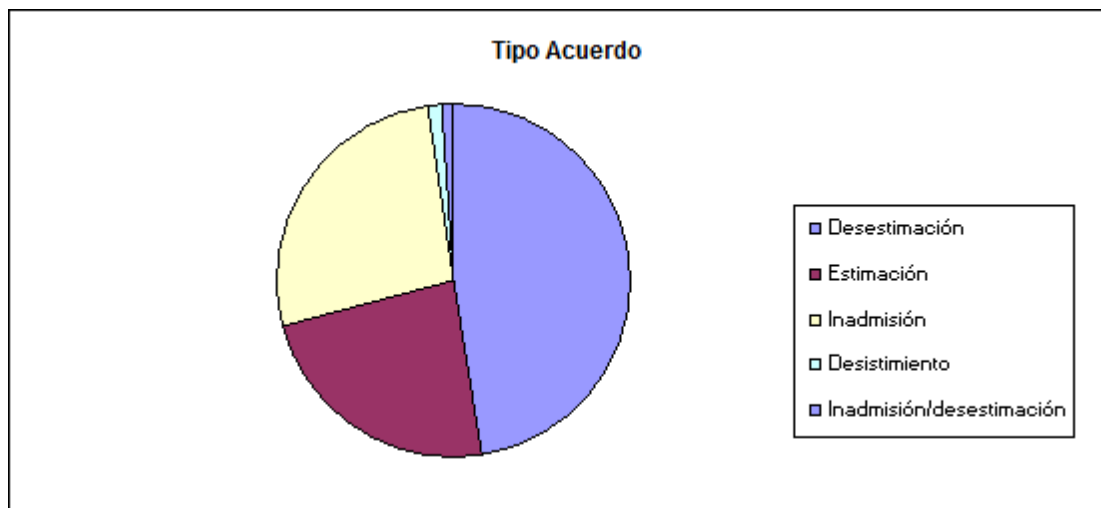




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Estadística de tipo de Acuerdo en los recursos presentados ante el TACPA desde el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016

	Número	%
Desestimación	61	47,29%
Estimación	30	23,26%
Inadmisión	35	27,13%
Desistimiento	2	1,55%
Inadmisión/desestimación	1	0,78%
Total	129	100,00%

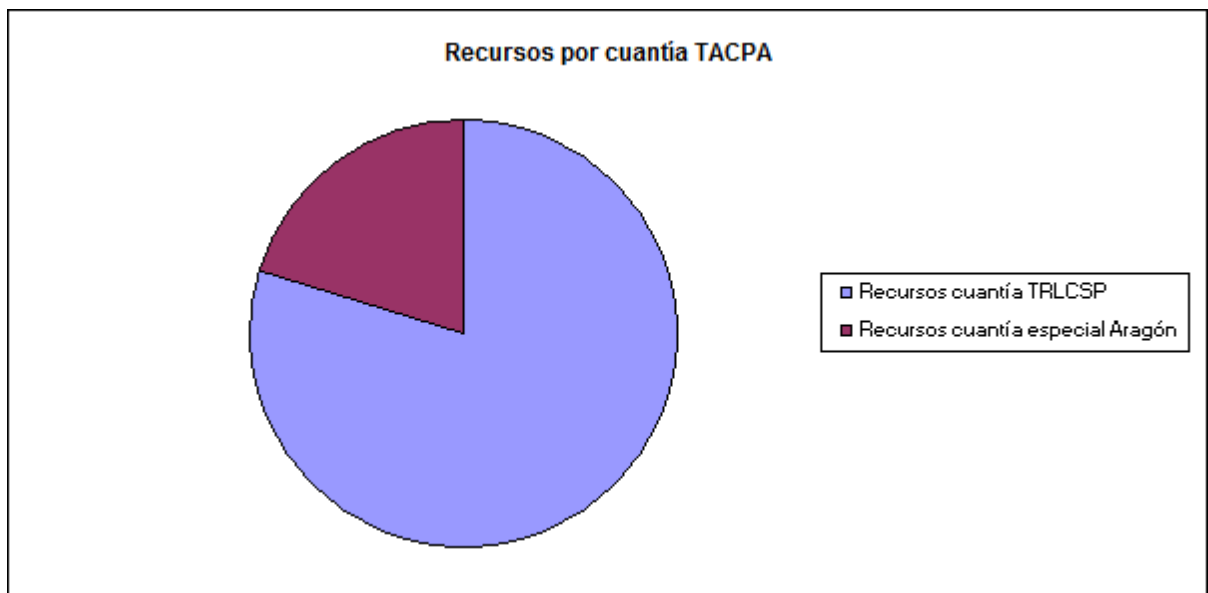




TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Recursos por cuya cuantía conoce el TACPA por la Ley 3/2012 de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón

	Número	%
Recursos cuantía TRLCSP	103	79,84%
Recursos cuantía especial Aragón	26	20,16%
Total	129	100%





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

ANEXO



**LOS EFECTOS JURÍDICOS DE
LAS DIRECTIVAS DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA
ANTE EL VENCIMIENTO DEL
PLAZO DE TRANSPOSICIÓN SIN
NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL
SECTOR PÚBLICO**

**TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA**

**Documento de estudio presentado y aprobado en reunión
de Madrid, el 1 de marzo de 2016.**



LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PÚBLICA ANTE EL VENCIMIENTO DEL PLAZO DE TRANSPOSICIÓN SIN NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ÍNDICE

I. CONTEXTO Y ALCANCE DEL DOCUMENTO

II. OBJETO Y METODOLOGÍA

III. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS DIRECTIVAS NO TRANSPUESTAS EN PLAZO

III.1. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PÚBLICA VENCIDO EL PLAZO DE TRANSPOSICION: REQUISITOS

A) Ámbito de aplicación

B) Incumplimiento del deber de transposición

C) Mandato preciso e incondicionado

D) Prohibición del efecto directo vertical descendente

III.2. CONCLUSIONES: LA INCIDENCIA PRÁCTICA DEL EFECTO DIRECTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

IV. ADAPTACION DEL OBJETO DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN A LOS NUEVOS CONTENIDOS DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PUBLICA .

ANEXO I. EL EFECTO DIRECTO EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE DE CONTRATACION PÚBLICA

ANEXO II. EL EFECTO DIRECTO EN LA DIRECTIVA 2014/23/UE DE CONCESIONES.



I.- CONTEXTO Y ALCANCE DEL DOCUMENTO*

La Unión Europea aprobó en 2014 las Directivas de contratos públicos de cuarta generación, que entraron en vigor a los 20 días de su publicación, si bien la eficacia de la derogación de las Directivas a las que sustituyen se demora hasta el 18 de abril de 2016¹. En concreto, se trata de las siguientes Directivas²:

- Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, (en adelante, "Directiva de contratos").
- Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, "Directiva de concesiones").
- Directiva 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 la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (en adelante, "Directiva de sectores especiales").

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la Directiva de concesiones, 90 de la Directiva de contratos y 106 de la Directiva de

** Se utiliza tipografía "verdana" dado que los expertos en temas de discapacidades aconsejan utilizar este tipo de letra, al considerarla como la más accesible a estos colectivos, considerándose así como sinónimo de accesibilidad.*

¹ Ver los artículos 91 y 93 de la Directiva de contratación pública, 107 y 109 de la Directiva de sectores especiales y 54 de la Directiva de concesiones.

² No se incluye en este trabajo la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.



Sectores especiales, el plazo de transposición de las mismas concluye el 18 de abril de 2016 para la mayor parte de su contenido.

La transposición en España, a diferencia de otros países, se articula mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley de las Cortes Generales, preparado por el Gobierno de la Nación, sin perjuicio de los contenidos que deban ser incorporados mediante normas autonómicas, de acuerdo con lo dispuesto en los correspondientes Estatutos de Autonomía. La actual situación política e institucional hace que sea previsible que, a pesar de que existen dos Anteproyectos de Ley (para contratos del sector público y para contratos en los "sectores especiales"), se supere el plazo de transposición sin que ésta se haya producido. Esta situación, al margen de la responsabilidad por incumplimiento y sus posibles consecuencias patrimoniales, implica que varios preceptos de las Directivas de contratación pública puedan tener efecto directo y desplazar la regulación nacional.

Los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación acordaron, en la IV reunión de coordinación que tuvo lugar en Madrid el 24 de junio de 2015, elaborar un estudio sobre los efectos jurídicos de las nuevas Directivas de contratación pública ante el vencimiento estéril del plazo de transposición.

En este contexto, este trabajo 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.



II.- OBJETO Y METODOLOGÍA

El objeto del presente trabajo es analizar los efectos jurídicos de la falta de transposición en plazo de las Directivas de contratación pública, y en particular, su posible efecto directo, teniendo en cuenta el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) actualmente vigente. Para ello, se van a exponer los principios generales que sobre esta materia se derivan del Derecho de la Unión y, en especial, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), con especial referencia a ejemplos tomados de la Directiva de contratos. También se analizará el impacto de las nuevas Directivas y su falta de transposición en la regulación del recurso especial tras la modificación de la Directiva 89/665, de recursos, en tanto implica nuevas competencias de los Tribunales administrativos encargados de la resolución del recurso especial de contratación por la modificación de su objeto.

Posteriormente, los Anexos I y II analizarán en detalle las directivas de contratos y concesiones, respectivamente, para determinar cuáles de sus preceptos tendrán efecto directo.

III.- LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS DIRECTIVAS NO TRANSPUESTAS EN PLAZO

Como es suficientemente conocido, la Directiva es uno de los instrumentos legislativos de los que disponen las Instituciones de la Unión Europea para aplicar las políticas europeas. Se trata de una herramienta que se emplea principalmente en el marco de las operaciones de armonización de las legislaciones nacionales. El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE) establece que la Directiva es una disposición de Derecho derivado de la Unión Europea, que obliga al Estado miembro



destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para conseguir dicho resultado. Así pues, al igual que el Reglamento y la Decisión, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial.

Se trata, pues, de un acto jurídico de contenido normativo que necesita para su eficacia de incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales en un plazo establecido. Transcurrido este plazo sin que se haya incorporado el contenido de las mismas (o habiéndose incorporado incorrectamente), las consecuencias jurídicas son las siguientes:

a) La Comisión puede pedir al TJUE que condene al Estado incumplidor; el incumplimiento de la sentencia dictada con este motivo puede derivar en una nueva condena que puede concluir en la imposición de multas³.

b) En determinadas condiciones, el TJUE también concede a los particulares la posibilidad de obtener una indemnización derivada de la incorrecta transposición o de una transposición con retraso de una Directiva⁴.

c) Finalmente, la jurisprudencia del TJUE considera que, cumpliéndose ciertos requisitos, la Directiva tiene un efecto directo, de modo que los particulares pueden alegarla ante los jueces nacionales; esta consecuencia es la más relevante a los efectos del presente documento, por lo que los siguientes apartados se centran en este aspecto.

³ Ver los artículos 258 y siguientes del TFUE.

⁴ Ver la STJUE de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich y Danila Bonifaci*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90.



III. 1. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PÚBLICA VENCIDO EL PLAZO DE TRANSPOSICION: REQUISITOS

La institución del efecto directo preserva la nota de primacía propia del Ordenamiento jurídico de la Unión Europea⁵, y garantiza que el efecto útil del Derecho de la Unión Europea, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuado por una eventual inexecución de las Directivas por un Estado miembro, quedando además reforzada la esfera jurídica de los particulares beneficiarios del contenido de la Directiva. Se trata de un criterio ampliamente consolidado en la jurisprudencia del TJUE, tanto con carácter general⁶, como en expresa referencia a las sucesivas Directivas de contratación pública⁷. En síntesis, y sin perjuicio de las especificaciones que se expondrán, el efecto directo implica que si una Directiva no ha sido transpuesta en el plazo previsto para ello, o ha sido transpuesta incorrectamente, sus preceptos que sean suficientemente precisos e incondicionados como para permitir que un particular pueda invocarlos frente a los poderes públicos son directamente aplicables con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga, efecto que vincula a todas las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales del Estado. A continuación se analizan los elementos contenidos en esta definición.

A) Ámbito de aplicación.

⁵ Establecida por primera vez en la STJUE de 15 de julio de 1964, *Costa-Enel*, asunto C-6/64.

⁶ Ver la STJUE de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto C-148/78, y la STJUE de 19 de enero de 1982, *Becker* asunto C-8/81.

⁷ Ver la STJUE de 24 de septiembre de 1998, *Walter Tögel*, asunto C-76/97 y la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner*, asunto C-15/04.



El efecto directo de una Directiva afecta únicamente a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación de sus normas y con el alcance que éstas fijen, porque ése es también el ámbito del deber de transposición incumplido que lo fundamenta. En la Directiva de contratación pública, dicho ámbito está definido, básicamente, en los apartados 1.1 y 1.4 del artículo 2 (definición de poder adjudicador), por lo que se refiere a las entidades que deben aplicar los procedimientos en ella descritos, y en los apartados 1.5 a 1.9 del artículo 2 y el artículo 4 por lo que se refiere a los contratos incluidos⁸, debiendo distinguirse a su vez los contratos íntegramente sujetos a la Directiva y los contratos, como los de servicios sociales y otros servicios específicos, o los contratos subvencionados, a los que solo les afectan algunas normas y principios generales⁹. Por lo tanto, el efecto directo no puede aplicarse a entidades del sector público distintas de los poderes adjudicadores¹⁰, ni a la adjudicación de contratos no incluidos en la Directiva; en especial, tampoco puede aplicarse a los contratos de servicios sociales y otros servicios específicos, más allá de las disposiciones que hacen referencia expresa a ellos. Todos estos supuestos excluidos del efecto directo seguirán rigiéndose por la legislación nacional vigente.

B) Incumplimiento del deber de transposición

El incumplimiento del deber de transposición (o la transposición incorrecta) es la base del mecanismo del efecto directo, y parece

⁸ Ténganse en cuenta también los preceptos que establecen la delimitación negativa (exclusiones) del ámbito de la Directiva, como, por ejemplo, los artículos 7 a 14.

⁹ Ver los artículos 74 y siguientes, y Anexo XIV de la Directiva 2014/24, de contratación pública (se trata de los contratos comúnmente denominados "servicios no prioritarios".) Ver asimismo el artículo 13 de la Directiva 2014/24, de contratación pública.

¹⁰ Ver el artículo 192 TRLCSP.



prácticamente seguro que el supuesto se va a dar en el caso de la Directiva de contratos; no obstante, deben señalarse al respecto dos matices importantes:

a) Aunque no vaya a entrar en vigor antes del final del plazo de transposición una norma que incorpore la nueva Directiva, debe tenerse en cuenta que el TRLCSP satisface ya en gran medida una buena parte del mandato de incorporación de esta última; téngase en cuenta que el TRLCSP transpone la anterior Directiva 2004/18, cuyo contenido es muy similar al de su sucesora en muchos aspectos, y que los aspectos novedosos de la Directiva de contratación pública y de la Directiva de concesiones son, en muchos casos, la positivización de la jurisprudencia del TJUE dictada con base en la Directiva 2004/18, la cual ya sirve actualmente para matizar e interpretar el TRLCSP¹¹.

b) Un supuesto especial de la “pretransposición” de la Directiva de contratación pública en el TRLCSP a la que se refiere la letra anterior incluye opciones legislativas más “exigentes” que las pedidas por la propia Directiva; esto sucede cuando esta última permite una excepción a los principios generales del derecho europeo de la contratación pública (especialmente, excepciones a la necesidad de sujetar la adjudicación de los contratos a procedimientos con publicidad y concurrencia) que el TRLCSP no recoge. Esta opción legislativa de transposición es perfectamente válida, también en el caso de una norma anterior a la Directiva¹².

¹¹ Es el caso, por ejemplo, de la normativa sobre contratos mixtos (STJUE de 18 de abril de 2007, *Auroux*, asunto C-220/05, de 21 de febrero de 2008, *Comisión /República italiana*, asunto C-412/04 y de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Lautraki*, asuntos acumulados C-145/08 y C-149/08) o sobre la delimitación del alcance de la obligación de la vinculación al objeto de los criterios de adjudicación (STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Reino de los Países Bajos*, asunto C-368/10).

¹² Este es el caso del régimen de modificación contractual tras la modificación operada en la LCSP por Disposición final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.



Consecuentemente, en estos supuestos, en los que el contenido de la nueva Directiva esté ya incorporado por el TRLCSP no procede la aplicación del efecto directo, sino la del propio TRLCSP. Debe tenerse en cuenta también que el efecto directo solo debe aplicarse cuando no sea posible la interpretación del derecho nacional conforme al efecto útil de la Directiva. La STJUE de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, asunto C-91/92, ya declaró que *necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria*¹³.

C) Mandato claro, preciso e incondicionado.

El contenido del precepto de la directiva debe ser claro, preciso e incondicionado. Carecen de este requisito los artículos cuyo contenido puede o no incorporarse en virtud de una opción legislativa que debe tomar el Estado destinatario¹⁴, o los que se refieren a medidas legislativas que la Directiva apenas delimita o perfila pero no especifica¹⁵; por el contrario, los preceptos que establecen obligaciones detalladas para los poderes adjudicadores cumplen esta condición.

En general, y sin perjuicio de un análisis más detallado, cumplen este requisito, entre otras, las disposiciones sobre el ámbito de aplicación material y personal de la Directiva y las relativas a los

¹³ Igualmente, la STJUE de 23 de diciembre de 2009, *CoNISMa*, asunto C-305/08 y la STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex (UK)*, asunto C-406/08 (en las dos últimas sentencias, especialmente el apartado 50).“(…)Si las disposiciones nacionales referentes a los plazos para interponer recurso no pudieran interpretarse de conformidad con la Directiva 89/665, el órgano jurisdiccional nacional deberá abstenerse de aplicarlas, con objeto de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que éste concede a los particulares.”

¹⁴ Ver, por ejemplo, los artículos 32.1, 46.3 y 77.1 de la Directiva 2014/24, de contratación pública.

¹⁵ Ver por ejemplo el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24, de contratación pública.



procedimientos aplicables a la adjudicación de los contratos sujetos a ella¹⁶.

D) Prohibición del efecto directo vertical descendente

El efecto directo de las Directivas de contratación pública es el denominado "vertical ascendente", lo que significa que lo pueden invocar válidamente los particulares (en especial, los operadores económicos) para hacer valer sus intereses frente al Estado. Se excluye la posibilidad de que el efecto directo pueda ser "horizontal" (invocado entre particulares) y, sobre todo, no cabe el efecto directo "vertical descendente", es decir, los poderes públicos no pueden ampararse en una norma de la Directiva no transpuesta en perjuicio de los particulares. En este sentido, la jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de *"evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión"*. A estos efectos, los poderes adjudicadores deben considerarse como "Estado"¹⁷.

Consecuentemente, los poderes adjudicadores no pueden acogerse al efecto directo de los preceptos no transpuestos de la Directiva que les permiten, por ejemplo, exceptuar de la licitación con publicidad y concurrencia ciertos tipos de contratos¹⁸.

¹⁶ Ver la STJUE de 24 de septiembre de 1998, *Walter Tögel*, asunto C-76/97, apartados 44 y 46.

¹⁷ Ver la STJUE de 12 de diciembre 2013, *Portgás*, asunto C-425/12, en especial apartados 22 y siguientes.

¹⁸ Artículo 10.d) de la Directiva 2014/24, de contratación pública, referida a ciertos servicios jurídicos, por ejemplo.



III. 2. CONCLUSIONES: LA INCIDENCIA PRÁCTICA DEL EFECTO DIRECTO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

La existencia de efecto directo de los preceptos de las Directivas de contratación pública obliga a la “relectura” del vigente TRLCSP, que deberá ser aplicado teniendo en cuenta la eficacia de las mismas conforme a las pautas anteriormente expuestas. Eficacia directa que será también parámetro de legalidad ordinaria a controlar por los Tribunales administrativos de contratación pública, ya que el conocido -e incuestionable- principio de primacía del ordenamiento de la Unión Europea obliga a que la norma nacional no se aplique si contraviene a este.

Como ya se ha explicado, la consecuencia del efecto directo es la aplicación del precepto de la Directiva, desplazando cualquier norma nacional de sentido contrario. Esta consecuencia se impone también a los órganos de recursos contractuales, que aunque son de naturaleza administrativa tienen reconocida jurisprudencialmente, a los efectos de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, la condición de “órgano jurisdiccional”¹⁹. En este sentido resulta de interés la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner*, asunto C-15/04, que impone a los órganos encargados de la resolución del recurso especial la inaplicación de las normas nacionales que le impiden cumplir las obligaciones impuestas por las Directivas. Obviamente, los órganos de contratación deberán aplicar estos criterios de interpretación para no iniciar procedimientos ni dictar actos contrarios al ordenamiento jurídico vigente.

¹⁹ Ver el artículo 267 TFUE y la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, asunto C-203/14. En referencia a este mismo tema, son interesantes para el objeto de este trabajo, aunque referidas a los órganos del poder judicial, las consideraciones que contienen las sentencias del Tribunal Constitucional 58/2004 y 232/2015 sobre la cuestión prejudicial y las posibles repercusiones que su planteamiento o no planteamiento tiene en los derechos reconocidos por el artículo 24 de la Constitución.



Junto a este valor interpretativo de las Directivas de la Unión Europea, no puede desconocerse la existencia de lo que la doctrina ha denominado como *“un derecho pretoriano”* que vertebra el sistema. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante *“fuente de derecho”*, ya que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema. Así, los conceptos *“del Derecho de la Unión Europea deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos interpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas exclusivamente nacionales.*



IV.- ADAPTACION DEL OBJETO DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN A LOS NUEVOS CONTENIDOS DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACION PUBLICA.

La reforma de las Directivas europeas de contratación pública obliga a analizar igualmente la incidencia de las mismas sobre el recurso especial. Máxime, cuando la competencia objetiva para acudir a un órgano de recurso es una cuestión de orden público procesal, que aconseja un criterio claro y uniforme.

En cuanto a los umbrales para el recurso, a salvo de especialidades autonómicas, deberán aplicarse el previsto en la propia Directiva de concesiones de 5 186 000 euros (5 225 000 euros tras el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión), que deberá calcularse con arreglo a lo dispuesto en sus apartados siguientes que gozan de efecto directo.

A) Adaptación del objeto del recurso especial al contenido de las nuevas Directivas de contratación pública.

La nueva regulación europea sobre contratación pública ha obligado a la adaptación de la normativa procesal contenida en la procesales Directiva 89/665/CEE, 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 (en redacción dada por la Directiva 2007/66/CE de 11 de diciembre de 2007). No existe un cambio formal del contenido de esta Directiva de recursos, como bien se advierte en considerando 122 de la Directiva 2014/24 al declarar que *“Dichos procedimientos de recurso no deben verse afectados por la presente Directiva”*. Únicamente se recogen modificaciones para adaptar el contenido de la Directiva de recursos a estas nuevas



Directivas en los artículos 46 y 47 de la Directiva 2014/23 de concesiones, que dice ahora²⁰:

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (35) salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 y 37 de dicha Directiva.

La presente Directiva se aplica también a las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores mencionados en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (36), salvo que dichas concesiones se excluyan en virtud de los artículos 10, 11, 12, 17 y 25 de dicha Directiva.

A efectos de la presente Directiva, se entiende por «contratos» los contratos públicos, los acuerdos marco, las concesiones de obras públicas o de servicios y los sistemas dinámicos de adquisición.

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa».

De la nueva redacción hay que resaltar el hecho de que **el objeto del recurso debe coincidir plenamente con materias reguladas en las Directivas de contratación pública**. Así se debe

²⁰ De acuerdo con el considerando 81 de la Directiva 2014/23, "Para garantizar una protección judicial adecuada de los candidatos y los licitadores en los procedimientos de adjudicación de concesiones, y para hacer efectiva la aplicación de la presente Directiva y de los principios del TFUE, la Directiva 89/665/CEE del Consejo (16), y la Directiva 92/13/CEE del Consejo (17) deben aplicarse también a las concesiones de servicios y de obras adjudicadas por poderes o por entidades adjudicadores".



interpretar el inciso del referido precepto cuando dice "...cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública...", en tanto obliga a los Estados miembros a garantizar la posibilidad de recurrir cualquier infracción del Derecho de la Unión en materia contractual (lo que se refiere, fundamentalmente, a las Directivas de contratación pública).

De esto se desprende un hecho trascendente: el objeto del recurso depende del contenido de las Directivas de contratación pública, de tal forma que si estas cambian, cambia la materia susceptible de recurso especial en materia de contratación pública. Y ello aunque no haya cambiado la redacción de la Directiva de recursos que es una norma de carácter adjetivo.

Por este motivo, al regular las nuevas Directivas de contratación pública los modificados contractuales, la subcontratación, y la resolución de los contratos, deben considerarse incluidas en el ámbito objetivo del recurso, en tanto solo se cuestione el cumplimiento de las exigencias que, con efecto directo, establece el Derecho de la Unión Europea.

Por otra parte, esta adaptación del objeto del recurso deriva de la jurisprudencia del TJUE, que ha venido considerando como susceptibles de recurso especial las decisiones adoptadas sin procedimiento formal o la decisión que establece si un contrato está o no sujeto a regulación armonizada²¹; o contra actos que, en principio, no está formalmente sujetos, pero que materialmente encubre un acto que sí está incluido en su ámbito, como puede ocurrir con modificados contractuales ilegales, que esconde una nueva adjudicación directa²²; o en los supuestos de un convenio o

²¹ STJUE de 11 de enero 2005, *Stadt Halle*, asunto C-26/03.

²² Criterio ya admitido por STJUE de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox*, asunto C-161/13, que analiza si existe o no derecho a un plazo de impugnación ante supuestos de modificaciones contractuales, en concreto, la modificación de la composición del grupo adjudicatario.



un encargo a medio propio, cuando, a pesar de su denominación, por objeto y causa, hay un contrato público y su adjudicación se considera ilegal²³.

B) Inclusión en el objeto del recurso de las “concesiones de servicio”.

Otra importante novedad práctica es la inclusión de las concesiones de servicios en el ámbito del recurso especial, con efecto directo. Esto implica que se desplaza la previsión del artículo 40 TRLCSP que determina la competencia en los contratos de gestión de servicio públicos en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo. Será el valor estimado del contrato el criterio para determinar la competencia del recurso especial. Por supuesto, la diferencia entre contrato de servicios y concesión de servicios, vinculada al sistema de retribución con transferencia de riesgo operacional, permite diferenciar y determinar el contrato y su concreta naturaleza al margen de la denominación, tal y como sucede con el concierto, que viene a ser un contrato de servicios²⁴. Esta

²³ La STJUE de 18 de enero de 2007, *Auroux*, asunto C-220/05, ya admitió la interpretación sobre la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio, para declarar que este es un caso de contrato de obra, que debe ser objeto de licitación (por ello, el convenio se considera una contratación directa ilegal). La STJUE de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller GbmH*, asunto C-451/08, subraya que el concepto de contrato público requiere únicamente que su ejecución conlleve un beneficio económico directo para el poder adjudicador, pero sin que sea necesario acreditar también la existencia de una ventaja económica para el contratista (apartados 48-53).

²⁴ Debe recordarse que la STJUE de 27 de octubre de 2005, *INSALUD*, asunto C-158/03, en su apartado 32 declara que el concierto no es una modalidad de gestión de servicio público que encaje con el concepto concesional y que, en puridad, es un contrato de servicios cubierto por las Directivas: “En segundo lugar, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el presente asunto tiene por objeto contratos públicos de servicios y no contratos de gestión de servicios calificados de concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la



tipificación debe aplicarse para todo contrato, con indiferencia de su importe, sin perjuicio de las especialidades de régimen jurídico que pudieran existir.

Expuesta la doctrina general sobre el efecto directo de las Directivas europeas de contratación pública y la adaptación del ámbito del recurso especial de contratación, procede determinar, sobre el concreto articulado de las Directivas de contratación pública y de concesiones, la existencia, o no, de efecto directo y sus consecuencias prácticas sobre la legislación nacional (especialmente TRLCSP). A tal efecto se recogen en dos Anexos las conclusiones particularizadas respecto de cada artículo de las Directivas a las que conduce la aplicación de los criterios generales expuestos en este estudio.

citada conclusión.” Esta interpretación ha sido confirmada por la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015, de condena al Reino de España, asunto C-552-13, en relación a servicios sanitarios en Bilbao, donde el Tribunal advierte que *“En primer lugar, procede señalar que, como se desprende de la documentación remitida al Tribunal de Justicia, los dos contratos nos 21/2011 y 50/2011 constituyen contratos públicos de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/18, cuyos importes superan el umbral previsto en el artículo 7 de ésta, y no concesiones de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esa misma Directiva, en la medida en que la remuneración del adjudicatario está plenamente garantizada por el poder adjudicador, que asume también el riesgo económico”.*



ANEXO I. EL EFECTO DIRECTO EN LA DIRECTIVA 2014/24/UE DE CONTRATOS

Descrita la consecuencia jurídica de la eficacia de las Directivas de contratación pública derivada del incumplimiento del plazo de transposición, se concreta de forma sucinta en qué medida esas Directivas comportan un efecto directo, y las consecuencias sobre la legislación nacional.

- Artículo 1: Objeto y ámbito de aplicación.

No precisa de transposición para su aplicación directa.

- Artículo 2: Definiciones.

Tiene efecto directo, si bien la práctica totalidad de ellas proceden de las Directivas de 2004 y ya están incorporadas en el TRLCSP; además, se trata de conceptos muy asimilados en la práctica y muy delimitados por una doctrina uniforme y constante del TJUE. No obstante, es de particular interés por lo novedoso el concepto "pliego de contratación" (artículo 2.1.13), en especial por su referencia a los anuncios de licitación.

- Artículo 3: Contratación mixta.

Tiene efecto directo en cuanto es claro, preciso e incondicionado. Este precepto contempla un cierto grado de discrecionalidad al permitir a los poderes adjudicadores optar por contratos distintos o adjudicar un solo contrato cuando las prestaciones sean separables en contratos sometidos solo en parte a la Directiva, basándose en las características de la prestación. Sin embargo, esta posibilidad de elección, no se refiere al Estado miembro legislador, sino al poder adjudicador del caso concreto. En todo caso esta previsión ya está incorporada en el artículo 25.2 del TRLCSP.



- Artículo 4: Importes de los umbrales.

Es de efecto directo, en cuanto regula los umbrales que por otra parte son los actualmente vigentes en virtud del Reglamento Delegado UE 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, que en su condición de tal, no precisa transposición.

- Artículo 5: Métodos de cálculo del valor estimado de la contratación.

Es suficientemente claro, preciso e incondicionado, por lo que tiene efecto directo. Además no existe una contradicción con la normativa existente.

- Artículo 6: Revisión de los umbrales y de la lista de autoridades, órganos y organismos estatales.

No precisa de transposición.

- 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 con arreglo 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.

En cuanto definen el propio ámbito de aplicación de la Directiva por exclusión, tienen, en general, efecto directo y no precisan de transposición. Respecto de este último artículo en cuanto contempla



la existencia de un derecho exclusivo para la prestación del servicio en virtud de disposiciones legales reglamentarias o administrativas que no vulneren el TFUE, cabe señalar que esta posibilidad ya se recogía en la Directiva 2004/18 (artículo 18)²⁵. Debe tenerse en cuenta que entre estos preceptos hay algunos que contemplan excepciones a la aplicación de la Directiva que sin embargo, no tienen reflejo en el vigente TRLCSP, como es el caso, por ejemplo, de ciertos contratos de servicios jurídicos (10.d) o los servicios del artículo 10.h o ciertas campañas políticas adjudicadas por los partidos políticos (art. 10.j). En estos supuestos sería aplicable la prohibición del efecto directo vertical descendente, de modo que los poderes adjudicadores no podrían ampararse en estas normas para eludir la obligación general de tramitar un procedimiento de licitación con publicidad y concurrencia.

- Artículo 12: Contratos públicos entre entidades del sector público.

Este precepto exige por su relevancia práctica, un análisis algo más profundo. En primer lugar en cuanto a los requisitos para considerar que nos encontramos ante un encargo a un medio propio, por tanto fuera del ámbito de aplicación de la Directiva por lo que se refiere al procedimiento de licitación, cabe destacar lo siguiente:

- a) El concepto “control análogo” (individual o conjunto)²⁶, ya está recogido en nuestra legislación, de manera

²⁵ Art. 106.2. TFUE Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión.

²⁶ STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant*, asunto C-325/07, STJUE 10 de septiembre de 2009, *Sea Srl y Commune di Ponte Nossa*, asunto C-573/07 y STJUE, de 19 de abril de 2007, *Asemfo/Tragsa*, asunto C-295/05.



que el mismo puede considerarse incorporado, a lo que cabe añadir que en este punto la Directiva es suficientemente clara y precisa, siendo la jurisprudencia del TJUE la que ha venido determinando cuándo existe tal control, por lo que el precepto goza de efecto directo en cuanto a este aspecto.

b) Respecto del requisito de que la parte esencial de la actividad del medio propio se desarrolle para la entidad respecto de la que tiene tal condición, (artículo 24.6 TRLCSP) la Directiva concreta este requisito cuando lo determina en un 80 por ciento, al señalar en su artículo 12.1.b) *"que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador"*. Esta última exigencia, si bien no aparece recogida en el artículo 24.6 del TRLCSP no se opone a su contenido, y es suficientemente clara, precisa e incondicionada como para apreciar que goza de efecto directo.

c) Respecto del requisito de no participación de capital privado en la entidad que tiene la condición de medio propio, el mismo ya está recogido en el artículo 24.6 del TRLCSP. Si bien el artículo 12.1 c), de la Directiva permite que en ciertos casos se exceptúe esta regla por las disposiciones legales nacionales, el texto refundido no recoge dicha excepción, lo que constituye una situación respetuosa con el contenido de la Directiva, en tanto en cuanto amplía el ámbito de aplicación de la misma y no se opone a sus principios generales, consecuentemente esta excepción carece de efecto directo, al no existir previsión normativa alguna al respecto. Se trata de una previsión de muy difícil encaje en el sistema normativo español vigente.

En cuanto a la regulación de otras figuras:



a) Las encomiendas horizontales (art. 12.2), los medios propios conjuntos de varias entidades que los controlan (art. 12.3) y las encomiendas de gestión inversas es decir del ente controlado al ente controlador (art. 12.2) tienen efecto directo y ya son aplicables con la actual legislación.

b) La regulación de los convenios excluidos de la legislación de contratos (art. 12.4 de la Directiva), ya está recogida en el artículo 4.1, letras c) y d) del TRLCSP.

Por último, el modo de computar el porcentaje de actividades a que se refiere el artículo 12.5 de la Directiva (80 por ciento), no es un mandato al legislador que le permita optar por uno u otro de los indicadores mencionados, sino que es una autorización para utilizar el más adecuado de ellos en función de las peculiaridades del caso concreto, por lo que tiene efecto directo.

- Artículo 13: Contratos subvencionados por los poderes adjudicadores.

Este precepto ya está incorporado en el actual artículo 17 del TRLCSP.

- Artículo 14: Servicios de investigación y desarrollo.

No precisa de transposición, en el mismo sentido que en el caso del artículo 1 de la Directiva.

- Artículo 15: Seguridad y defensa.

- Artículo 16: Contratación mixta que conlleve aspectos de seguridad o defensa.

El contenido del apartado 1 del artículo 15 y todo el artículo 16 se encuentran incorporados en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad que transpone la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento



Europeo y del Consejo, aprobada el 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Los apartados 2 y 3 artículo 15 se encuentran recogidos en el artículo 13.2.d) TRLCSP.

- Artículo 17: Contratos públicos y concursos de proyectos que conlleven aspectos de seguridad o defensa que se adjudiquen u organicen con arreglo a normas internacionales.

Se encuentra ya recogido en el artículo 4.1. letras, h), i) y j) del TRLCSP.

- Artículo 18: Principios de la contratación.

Este artículo contempla los principios generales por los que debe regirse la contratación pública, que ahora se extienden a todas las fases de la contratación: ejecución y extinción. Se trata de un precepto que goza más que de efecto directo, de un efecto, si se quiere, orientador de la actividad de la compra pública, que no precisa de transposición, además de que puede considerarse pre transpuesto (ya incorporado) en nuestro ordenamiento. (artículo 1 del TRLCSP). Es novedosa la inclusión del principio de proporcionalidad en la Directiva, que en su antecedente, la Directiva 2004/18, mencionaba únicamente "*tratamiento igualitario, no discriminatorio y obrarán con transparencia*", si bien tal principio ya se venía aplicando a la contratación pública por ser un principio general propio tanto del Derecho nacional como del Derecho de la Unión Europea.

Cabe señalar respecto de su apartado 2 que dado que recoge principios generales, y que la efectiva aplicación de los mismos exige



un desarrollo de cómo velar por el cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia social, laboral o medioambiental a las que se refiere “*Los Estados miembros tomarán 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 (...)*”, carece de efecto directo. No obstante aunque pudiera carecer de efecto directo por ser cometido de cada Estado las concretas medidas a establecer, el precepto sí despliega efectos por interconexión con otros preceptos de la Directiva, como por ejemplo, el artículo 69, que establece la obligación para los poderes adjudicadores de rechazar la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18.2.

- Artículo 19: Operadores económicos.

Este artículo en cuanto regula la cuestión de la personalidad de los operadores económicos es claro preciso e incondicionado por lo que goza de efecto directo, no existiendo además contradicción con el artículo 59 TRLCSP.

- Artículo 20: Contratos reservados.

Al igual que en el caso del artículo 24 de la Directiva de Concesiones, este precepto, en cuanto contempla la posibilidad de reservar el derecho a licitar a determinados entes por la función social que desempeñan, no establece un mandato claro e incondicionado, por lo que carece de efecto directo, si bien su contenido está parcialmente recogido en la Disposición adicional quinta del TRLCSP.

- Artículo 21: Confidencialidad.



Este precepto es claro, preciso e incondicionado, lo que permite su efecto directo. Además el contenido del mismo puede considerarse incorporado en el actual artículo 140 del TRLCSP. La salvedad prevista en el artículo 21 de la Directiva de que el derecho nacional lo disponga de otro modo no se da en nuestro ordenamiento.

- Artículo 22: Normas aplicables a las comunicaciones.

Este artículo contiene la regulación relativa a las comunicaciones y tiene eficacia demorada hasta el 18 de octubre de 2018.

- Artículo 23: Nomenclaturas.

Este precepto no precisa de transposición conteniendo un mandato sobre la referencia a nomenclaturas y a la Comisión sobre adaptación de códigos CPV. Tiene por tanto efecto directo.

- Artículo 24: Conflictos de intereses.

El párrafo primero del precepto no es suficientemente preciso e incondicionado en cuanto indica "*Los Estados miembros velarán...*" y se dirige a estos últimos por lo que necesita transposición. Sin embargo, el concepto de conflicto de intereses está contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción realizada Nueva York el 31 de octubre de 2003 (Instrumento de Ratificación del Reino de España, de 9 de junio de 2006, publicado en BOE de 19 de julio de 2006)²⁷.

²⁷ Asimismo, el artículo 8 incluye una serie de exigencias generales respecto de los códigos de conducta para funcionarios públicos desde la promoción de la integridad, la honestidad y la responsabilidad, además de procurar "*sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos*" (artículo 8.5).



Por otro lado el concepto “conflictos de intereses” no es ajeno a nuestra legislación, que en diversas normas establece mecanismos como la abstención y recusación (artículos 28 y 29 de la LRJ-PAC y artículos 319 TRLCSP) para evitar que tales conflictos se produzcan, o la prohibición de contratar (artículo 60.1.f) y g) TRLCSP). En todo caso, esta regulación se queda muy corta respecto del objetivo de la Directiva por lo que serían necesarios nuevos instrumentos. No obstante los conflictos de intereses que surjan en la práctica antes de la correcta transposición de este artículo 24 pueden reconducirse como infracciones de los principios generales de la contratación pública, principalmente el principio de igualdad de trato.

Sí tiene efecto directo, como en general lo tienen las definiciones de las figuras jurídicas, el contenido mínimo de la definición del conflicto de intereses contenida en el segundo párrafo.

- Artículo 25: Condiciones relativas al ACP y otros acuerdos internacionales.

Goza de efecto directo al ser claro preciso e incondicionado.

- Artículo 26: Elección de los procedimientos.

La mayor parte de este precepto no goza de efecto directo por ser meramente enunciativo y desarrollarse en los siguientes artículos. Sí tiene efecto directo su apartado 4 (supuestos de utilización de la licitación con negociación y el diálogo competitivo), si bien, por aplicación de la prohibición del efecto directo vertical descendente, siguen vigentes los supuestos más restrictivos recogidos en el TRLCSP para el diálogo competitivo y para el procedimiento negociado.

- Artículo 27: Procedimiento abierto.



Este precepto tiene efecto directo en cuanto regula el procedimiento abierto, pero puede considerarse ya incorporado en los artículos 157 a 161 del TRLCSP. Los plazos previstos en el TRLCSP (artículo 159), son más amplios que los plazos previstos en la Directiva, lo cual es correcto porque estos tienen el carácter de mínimos, de tal modo que los poderes adjudicadores tendrán que aplicar los contemplados en el TRLCSP y no los de la Directiva.

- Artículo 28: Procedimiento restringido.

Tiene efecto directo, si bien el contenido de este precepto está incorporado (específicamente respecto de los plazos ver el comentario al artículo 27 de la Directiva).

Debe exceptuarse su apartado 4 en tanto permite que los Estados miembros "dispongan", que los poderes subcentrales (CCAA o EELL) puedan establecer otro plazo para presentación de ofertas en este tipo de procedimiento, posibilidad que no estaba contemplado en la Directiva 2004/18/CE y además tampoco en el TRLCSP, por lo que carece de efecto directo, al no ser claro, preciso e incondicionado, sin que tampoco pueda hablarse de su incorporación a la normativa estatal vigente.

- Artículo 29: Procedimiento de licitación con negociación.

Este precepto, goza de efecto directo, al ser suficientemente claro, preciso e incondicionado, al regular el procedimiento de licitación con negociación. Esto implica el desplazamiento del TRLCSP en lo relativo a su limitación a un umbral máximo. Es decir, que la negociación con publicidad, cuando se motive la necesidad de su utilización, es un procedimiento de alcance ordinario. Obviamente la característica esencial de este procedimiento debe consistir en la



negociación. Respecto de los plazos ver el comentario al artículo 27 de la Directiva.

- Artículo 30: Diálogo competitivo.

Este artículo tiene efecto directo. El contenido de este artículo puede considerarse incorporado en el artículo 181 y por remisión de su apartado segundo, 163 a 165 del TRLCSP.

- Artículo 31: Asociación para la innovación.

Este procedimiento de adjudicación no estaba previsto en la Directiva 2004/18/CE y por tanto no se contemplaba en el TRLCSP. Este precepto cumple los requisitos para tener efecto directo, por lo que podrá ser utilizado por los poderes adjudicadores.

- Artículo 32: Uso del procedimiento negociado sin publicación previa.

Este precepto regula la negociación sin publicación previa. En cuanto señala que los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores puedan utilizar este procedimiento, no gozaría en principio de efecto directo puesto que exige un acto legislativo previo en tal sentido. Ahora bien el negociado sin publicidad no es precisamente un desconocido en nuestra legislación por lo que cabe examinar la legislación vigente para comprobar si las exigencias a la hora de trasponer el precepto están cubiertas de manera que la Directiva esté correctamente incorporada. En particular, no podrán ser empleados válidamente los supuestos no recogidos en la Directiva 2004/18 y que la nueva Directiva de contratos incorpora, mientras aquellos que el TRLCSP recoge con alcance más amplio deberán ser objeto de interpretación conforme. Los casos en que se permite su utilización coinciden sustancialmente con los contemplados en la Directiva 2004/18/ CE y están recogidos en el TRLCSP.



- Artículo 33: Acuerdos marco.

Este artículo, relativo a los Acuerdos Marco, goza de efecto directo por ser claro, preciso e incondicionado, y además está “pretranspuesto” en los artículos 196 a 199 TRLCSP.

- Artículo 34: Sistemas dinámicos de adquisición.

Este artículo tendrá efecto directo en cuanto es claro, preciso e incondicionado. Además está incorporado en los artículos 200 a 202 del TRLCSP. Sin embargo, su apartado 2.b) relativo al plazo de presentación de ofertas, establece que el mismo será como mínimo 10 días, a partir de la fecha en que se envíe la invitación a presentar ofertas, mientras que el apartado 3 del artículo 202 TRCLSP señala que el plazo será el razonable para prepararlas. En este caso la contradicción entre ambos preceptos implica que en el caso de que un poder adjudicador indicara en la licitación un plazo inferior a 10 días para presentar ofertas en contratos sujetos a la Directiva, el efecto directo de la misma determinaría la nulidad del plazo establecido.

Asimismo el apartado 5 en cuanto permite que una vez abierto el sistema cualquier operador que lo desee puede solicitar participar en el procedimiento, ofrece diferencias respecto de la actual legislación en cuanto al plazo para la evaluación de las ofertas indicativas presentadas. Así en la Directiva son 10 días prorrogables a 15, mientras que el artículo 201.2 del TRLCSP establece que la evaluación de las ofertas indicativas deberá efectuarse en un plazo máximo 15 días prorrogables, por lo que se produciría el mismo efecto señalado en el comentario al artículo 27 de la Directiva.

- Artículo 35: Subastas electrónicas.



Este precepto también tendrá efecto directo. Además se encuentra incorporado en el artículo 148 del TRLCSP casi íntegramente. Únicamente no se recoge lo dispuesto en el punto 5 del artículo 35 de la Directiva que establece cuándo una oferta no es admisible, si bien los casos son aplicación particular de los criterios generales de vinculación de los pliegos o de requisitos de capacidad y solvencia.

- Artículo 36: Catálogos electrónicos.

Este precepto goza de efecto directo en cuanto es claro preciso e incondicionado en la mayoría de sus extremos para ser aplicado y sus destinatarios principales son los poderes adjudicadores. Pero también establece que los Estados podrán hacer obligatoria la utilización de catálogos electrónicos en relación con determinados tipos de licitación, aspecto que sí exige transposición.

- Artículo 37: Actividades de compra centralizada y centrales de compras.

Este precepto, se encuentra incorporado en los artículos 203 a 207 del TRLCSP, por lo que no precisa de transposición para su inmediata aplicación.

- Artículo 38: Contratación conjunta esporádica.

Es un precepto claro y preciso que permitiría su aplicación directa. La posibilidad establecida en este artículo se encuentra amparada por la libertad general de convenir (libertad de pactos) de los poderes adjudicadores (artículos 88.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 25 TRLCSP y 1255 del C.C).

- Artículo 39: Contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros.



Este precepto goza de efecto directo en cuanto la posibilidad de utilizar el mecanismo de compra conjunta y en cuanto a la prohibición a los Estados miembros de que a su vez prohíban a sus poderes adjudicadores acudir a centrales de compras de otros Estados miembros, al ser claro, preciso e incondicionado en esta punto.

Ahora bien carecería de efecto directo el párrafo segundo del punto 2 en cuanto deja a los Estados miembros la decisión de limitar las actividades de compra centralizada a los contratos de obras suministros y servicios destinados a los poderes adjudicadores con carácter permanente (artículo 2.1.14).

Sí que goza de efecto directo el apartado 3 en cuanto se trata de una norma de determinación de la Ley aplicable.

Asimismo gozaría de efecto directo el apartado 4 en cuanto posibilita la adjudicación conjunta de un contrato público o la celebración de un acuerdo marco u administración de un sistema dinámico de adquisición. Se trata esta de una norma dirigida, no a los Estados miembros sino a los poderes adjudicadores en la que se establece la necesidad de firmar un acuerdo con el contenido mínimo que señala la Directiva.

Por último su apartado 5 también gozaría de efecto directo en cuanto determina la forma de determinar la norma aplicable en el caso de que la contratación se realice a través de una entidad jurídica común, ofreciendo dos opciones; o bien la norma del Estado en que la entidad tenga su domicilio social o bien las del Estado en que la entidad desarrolle sus actividades.

- Artículo 40: Consultas preliminares del mercado.

Tiene efecto directo al ser claro, preciso e incondicionado (el carácter potestativo de la consulta no se refiere a los Estados miembros, sino a cada uno de los poderes adjudicadores). Los



poderes adjudicadores podrán en consecuencia, acudir a esta técnica para planificar adecuadamente la licitación.

- Artículo 41: Participación previa de candidatos o licitadores.

Este precepto regulador de las medidas a adoptar para evitar el falseamiento de la competencia en los casos de licitadores que hayan participado en consultas preliminares del mercado o cualquier otra forma de asesoramiento, o preparación previa de la licitación, goza de efecto directo al ser claro, preciso e incondicionado, siendo, además, un mandato dirigido a los poderes adjudicadores, que deberán implementar las medidas a tal efecto, que, en todo caso, incluirán la audiencia al afectado.

- Artículo 42: Especificaciones técnicas.

Este precepto tiene de efecto directo en cuanto es claro, preciso e incondicionado, si bien ya está sustancialmente incorporado en el artículo 117 del TRLCSP.

- Artículo 43: Etiquetas.

Este precepto también goza de efecto directo en cuanto es claro, preciso e incondicionado. Además está parcialmente incorporado en el artículo 117.6 del TRLCSP cuando contempla la posibilidad de que cuando se prescriban características medioambientales en términos de rendimientos o de exigencias funcionales, se utilicen prescripciones detalladas o, en su caso, partes de éstas, tal como se definen en las etiquetas ecológicas europeas, nacionales o plurinacionales, o en cualquier otra etiqueta ecológica, si bien el objeto del artículo 43 de la Directiva es más amplio en cuanto no se refiere solo a etiquetas medioambientales, sino también sociales u otras, y no solo atinentes a las prescripciones técnicas,



sino también en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución. A ello cabe añadir que el carácter potestativo de la utilización de las etiquetas se refiere a los poderes adjudicadores y no a los Estados a la hora de transponer la Directiva.

- Artículo 44: Informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba.

Este precepto despliega efecto directo en cuanto es claro, preciso e incondicionado. El mandato dirigido a los Estados miembros en su apartado 3 es exigible con independencia de la transposición de la Directiva.

- Artículo 45: Variantes.

Este precepto regulador de las variantes en cuanto es claro, preciso e incondicionado tiene efecto directo. Además se encuentra parcialmente incorporado en el artículo 147.3 en lo que se refiere a la necesidad de que la posibilidad de que los licitadores oferten variantes se indique en el anuncio de licitación, señalando sobre qué elementos y en qué condiciones, y así se haya previsto en los pliegos.

- Artículo 46: División de contratos en lotes.

El apartado 1 (necesidad de justificar expresamente la no división en lotes) y el apartado 2 (posibilidad de limitar el número de lotes a los que se puede licitar y el número máximo de lotes de los que puede resultar adjudicatario un licitador) tienen efecto directo.

El apartado 3 (ofertas integradoras) precisaría, en principio, de un acto de transposición porque se trata de una opción para los Estados miembros. No obstante, se trata de una posibilidad utilizada ampliamente en la práctica y compatible con el actual marco legal (ver, por ejemplo, el artículo 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de



mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones).

El apartado 4 (posibilidad de que los Estados miembros hagan obligatoria la adjudicación por lotes separados) precisa de transposición y carece de efecto directo. Esto significa que la decisión de articular lotes es una regla o principio de alcance general, pero que no se puede exigir en todas las licitaciones.

- Artículo 47: Determinación de plazos.

El contenido de este precepto está mayoritariamente incorporado en el artículo 143 TRLCSP y en los correspondientes a cada procedimiento de adjudicación. (Ver comentario al artículo 27 por lo que se refiere a los plazos).

- Artículo 48: Anuncios de información previa.

Este artículo tiene efecto directo. Una importante novedad respecto al anuncio previo del artículo 141 TRLCSP es la posibilidad de que los poderes adjudicadores de los sectores públicos autonómico y local puedan utilizar el anuncio de información previa como convocatoria de licitación en los procedimientos restringidos y de licitación con negociación, cumpliendo los requisitos del artículo 48.2 de la Directiva.

- Artículo 49: Anuncios de licitación.

Las exigencias de este precepto tienen efecto directo. Los anuncios deberán contener la información establecida en el Anexo V, parte D de la Directiva y se publicarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.

- Artículo 50: Anuncios de adjudicación de contratos.



Las exigencias de este precepto tienen efecto directo, con excepción del inciso “*Los Estados miembros podrán disponer...al fin de cada trimestre*” del apartado 2.

- Artículo 51: Redacción y modalidades de publicación de los anuncios.

Tiene efecto directo, si bien los destinatarios de una buena parte de su contenido son la Comisión o la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

- Artículo 52: Publicación a nivel nacional.

Este artículo tiene efecto directo al ser claro, preciso e incondicionado y su contenido aparece recogido en los artículos 141 y 142 TRLCSP. La precedencia de la publicidad en el DOUE se contempla en el artículo 142.3 TRLCSP.

- Artículo 53: Disponibilidad electrónica de los pliegos de la contratación.

Este artículo también tiene efecto directo. Como regla general, se impone el acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos, tanto de cláusulas administrativas particulares, como de prescripciones técnicas, a partir de la fecha de publicación del anuncio o del envío de la invitación a confirmar el interés; se recogen las alternativas a la imposibilidad de dicho acceso, especialmente si se debe a razones de confidencialidad y sus consecuencias para el plazo de presentación de ofertas. Esta exigencia, vinculada al principio de transparencia, obliga a reinterpretar las prácticas que sobre publicidad de pliegos se están realizando por los distintos poderes adjudicadores.

El caso ordinario del apartado 2 (solicitud de información adicional) está incorporado en el artículo 158.1 TRLCSP para el



procedimiento abierto, artículo que por coherencia sistemática habrá que entender aplicable a los demás procedimientos.

- Artículo 54: Invitación a los candidatos.

El precepto tiene efecto directo, si bien el contenido está mayoritariamente incorporado en los artículos 165, 166 y concordantes del TRLCSP; véase, además el Anexo IX de la Directiva, que recoge el contenido de las invitaciones y al que se remite el precepto.

- Artículo 55: Información a los candidatos y a los licitadores.

Tiene efecto directo, y además, su contenido ya está incorporado en los artículos 151.4 y 153 del TRLCSP, por exigirlo así la correcta trasposición de la Directiva de recursos.

- Artículo 56: Principios generales. (Selección de los participantes y adjudicación de los contratos).

El apartado 1 está ya incorporado en el TRLCSP; la principal novedad es la mención expresa de que una oferta puede ser excluida si no cumple las obligaciones medioambientales, sociales o laborales a las que se refiere el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24, hay que entender que en el marco de las medidas que cada Estado adopte para garantizar el efecto útil de este precepto.

El apartado 2, en síntesis, concede a los poderes adjudicadores la posibilidad de examinar las ofertas de los procedimientos abiertos antes de verificar los requisitos de capacidad y solvencia. La actual regulación del TRLCSP opta por un sistema diferente, de comprobación previa de la documentación jurídica (ver, por ejemplo, el artículo 160.1 TRLCSP).



El apartado 3 tiene efecto directo, si bien su contenido ya está incorporado para la documentación jurídica por el artículo 81.2 del RGLCAP; respecto a la oferta económica y técnica, la Directiva incorpora la jurisprudencia europea (sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-195/08), desarrollada en referencia a la Directiva 2004/18 y que ya está inspirando la aplicación de la actual normativa y la doctrina de los órganos de recursos contractuales.

El destinatario del apartado 4 es la Comisión.

- Artículo 57: Motivos de exclusión.

Los apartados 1, 2 y 4 recogen el listado de prohibiciones de contratar; dado que se trata de normas que limitan el derecho de acceso a las licitaciones y perjudican por tanto a los operadores económicos, el Estado que no ha cumplido su deber de transposición no podría alegarlas frente a los particulares. No obstante, se observa que la mayoría de los supuestos de prohibición de la nueva Directiva ya están recogidos en el artículo 60 TRLCSP; únicamente precisarían de transposición para su efecto frente a los particulares los supuestos de las letras a), d) y e) del apartado 4.

El apartado 3 no tendría efecto directo; se trata de que el legislador nacional pueda optar por exceptuar la aplicación de las prohibiciones de contratar en ciertos casos por razones imperiosas de interés general o por aplicación del principio de proporcionalidad. En el TRLCSP esta opción solo existe en el caso de los contratos tramitados por el procedimiento de emergencia.

El apartado 5 (consecuencia de encontrarse en un supuesto de exclusión) tiene efecto directo con una excepción: el segundo párrafo permite que la exclusión se produzca también en vista de actos cometidos durante el procedimiento (y no solo antes de su inicio), lo que es limitativo del derecho de los particulares de acceso al



procedimiento y por lo tanto no puede alegarse efecto directo frente a ellos. Téngase en cuenta que el artículo 146.5 TRLCSP establece que “el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones”.

El apartado 6 (posibilidad de demostrar la fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente) tiene efecto directo, en cuanto concede claramente un derecho adicional a los licitadores frente a los poderes públicos para poder acceder a los procedimientos.

El apartado 7 está incorporado en la actual legislación (artículos 61 y 61 bis TRLCSP) para los supuestos de prohibición del artículo 60 TRLCSP.

- Artículo 58: Criterios de selección.

Tiene efecto directo. Su contenido es coherente con la actual regulación (artículos 54.2, 62, 74, 75 y 76 y siguientes del TRLCSP, especialmente).

- Artículo 59: Documento europeo único de contratación²⁸.

Los apartados 1, 2, 3, 4 y 6 de este precepto tendrán efecto directo por ser claros, precisos e incondicionados. El apartado 2, aunque finaliza su plazo de transposición el día 18 de abril de 2018 (artículo 90.3 de la directiva), es un mandato a la Comisión que ésta ya ha cumplido mediante el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 por el que se establece el

²⁸ Para el apartado 2 de este artículo el plazo de transposición finaliza el día 18 de abril de 2018, y el del apartado 5, el 18 de octubre de 2018 (ver los apartados 3 y 4 del artículo 90 de la Directiva 2014/24).



formulario normalizado del documento europeo único de contratación; dicho Reglamento, como se especifica en sus artículos 1 y 2 "será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro" a partir del 18 de abril del 2016. Finalmente, el apartado 5 termina su plazo de transposición el 18 de octubre de 2018 (artículo 90.4 de la Directiva).

El efecto directo implica que el artículo 146 TRLCSP queda desplazado en lo relativo al carácter potestativo de la posibilidad que contempla, que pasa a ser la regla general.

- Artículo 60: Medios de prueba.

Tiene efecto directo, si bien su contenido está mayoritariamente incorporado en la actual normativa sobre acreditación de la capacidad y solvencia del TRLCSP (artículos 72 y siguientes). Véase también el Anexo XII (Medios de prueba de los criterios de selección). El apartado 2 está incorporado en el artículo 73 TRLCSP.

- Artículo 61: Depósito de certificados en línea (e - Certis).

Este precepto tiene eficacia demorada²⁹.

- Artículo 62: Normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental.

El contenido de los apartados 1 y 2 está incorporado en los artículos 80 y 81 del TRLCSP. La excepción sería el inciso que exige, para aceptar otras pruebas de medidas equivalentes, que el licitador demuestre que no ha tenido posibilidad de obtener los certificados correspondientes en plazo por causas que no le son atribuibles. En cuanto restringe, al condicionarlo, un derecho de los operadores

²⁹ Para el apartado 2 de este artículo el plazo de transposición finaliza el día 18 de octubre de 2018 (ver el apartado 5 del artículo 90 de la Directiva 2014/24).



económicos reconocido por la normativa vigente, este precepto no puede ser alegado frente a ellos sin previa transposición, en virtud de la prohibición del efecto directo vertical descendente.

El apartado 3 goza de efecto directo.

- Artículo 63: Recurso a las capacidades de otras entidades.

El primer párrafo del apartado 1 tiene efecto directo, si bien su contenido está incorporado en el artículo 63 del TRLCSP, debidamente interpretado en coherencia con la jurisprudencia del TJUE, en especial la sentencia de 14 de enero de 2016, *Ostas celtniesk*, asunto 234/14. La mención a los títulos de estudios y profesionales se puede dar también por incorporada porque en realidad no es sino un caso específico del criterio general de la necesidad de demostrar la disposición efectiva de los medios ajenos, ya recogida en el artículo 63 del TRLCSP y en la jurisprudencia (STJUE de 2 de diciembre 1999, *Holst Italia*, asunto C-176/98 y STJUE de 18 de marzo de 2004, *Siemens AG*, asunto C-314/01).

El segundo párrafo del apartado 1 despliega también efecto directo, y su contenido está incorporado en el artículo 227 del TRLCSP cuando el vínculo jurídico con el licitador sea la subcontratación, pero no en los demás casos.

El tercer párrafo del apartado 1, relativo a la posibilidad de exigir responsabilidad solidaria del contratista y la entidad en la que radican los medios que integran la solvencia económica y financiera, es claro, preciso e incondicionado, por lo que tiene efecto directo y no precisaría transposición ya que no es sino un supuesto especial del principio general que establece que la integración de la solvencia con medios ajenos precisa de la acreditación de que se dispone efectivamente de dichos medios.



El cuarto párrafo del apartado 1 tiene efecto directo, pero no es sino un caso particular subsumible en el más general artículo 63 TRLCSP. Además, este precepto incluye el caso de que “en las mismas condiciones” se recurra a las capacidades de los miembros de la propia UTE, lo que en el TRLCSP no se considera un supuesto de integración de la solvencia, sino de fijación de la solvencia de la propia UTE.

El apartado 2 tiene efecto directo, con la novedad de que su regulación se extiende a las UTEs.

- Artículo 64: Listas oficiales de operadores económicos autorizados y certificación por parte de organismos de Derecho público o privado.

El artículo no tiene efecto directo, pues su contenido depende de que los Estados miembros decidan:

- a) establecer o mantener listas oficiales de operadores económicos autorizados o
- b) prever una certificación realizada por organismos que cumplan las normas europeas en materia de certificación a efectos de lo dispuesto en el Anexo VII de la Directiva (Definición de determinadas especificaciones técnicas).

La primera opción figura en los artículos 83 y 84 del TRLCSP, su normativa de desarrollo y en las correspondientes normas autonómicas. La segunda posibilidad no se ha incorporado en el TRLCSP.

- Artículo 65: Reducción del número de candidatos cualificados a los que se invita a participar.

Este precepto tiene efecto directo. El contenido de este artículo ya está incorporado en el TRLCSP en el artículo 163 y siguientes para



el procedimiento restringido, 177.3 para el procedimiento negociado con publicidad y 181 para el diálogo competitivo.

- Artículo 66: Reducción del número de ofertas y de soluciones.

Tiene efecto directo. El contenido de este artículo está incorporado con carácter general en el artículo 150.4 del TRLCSP y específicamente en los artículos 178.2 y 182.3 TRLCSP para los procedimientos negociados con publicidad y los diálogos competitivos, respectivamente.

- Artículo 67: Criterios de adjudicación del contrato.

Tiene efecto directo, excepto el último párrafo del apartado 2, que, no obstante, ya está incorporado en el artículo 150.3 del TRLCSP. El resto del artículo también se puede considerar incorporado al artículo 150 TRLCSP, pues las novedades respecto a la Directiva 2004/18, que dicho precepto nacional incorpora, son en realidad la positivización de la jurisprudencia europea (anterior y posterior a la Directiva 2014/24) que la ha interpretado; así, el contenido del artículo 67.2 b) (uso de los medios humanos como criterio de adjudicación) ya figura en la STJUE de 26 de marzo 2015, *Ambising*, asunto C-601/13, y la mención a la comercialización y sus condiciones del artículo 67.2 a) y el artículo 67.3 (concepto de "vinculación al objeto del contrato") proceden de la STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Reino de los Países Bajos*, asunto C-368/10. Por otro lado, buena parte del contenido del artículo se cita a título de ejemplo, por lo que no hay dificultad en integrarlo en la actual legislación interna.

- Artículo 68: Cálculo del coste del ciclo de vida.



Las previsiones de este artículo son claras, precisas e incondicionadas, por lo que tiene efecto directo cada vez que los poderes adjudicadores decidan usar el coste del ciclo de vida como criterio de adjudicación. Conviene advertir que, de acuerdo con el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24, esta opción es solo una de las posibilidades para determinar la oferta económicamente más ventajosa utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste - eficacia, pero no la única.

- Artículo 69: Ofertas anormalmente bajas.

Tiene efecto directo. Su contenido ya está incorporado en el artículo 152 del TRLCSP; la mención expresa de las condiciones sociales, laborales y medioambientales del artículo 18.2 de la Directiva 2014/24 es solo un ejemplo más de las justificaciones que puede presentar el licitador, que no son un listado cerrado (artículo 69.2 d), o de los motivos de exclusión si no se explica claramente el bajo nivel de los costes o precios propuestos (artículo 69.3).

- Artículo 70: Condiciones de ejecución del contrato.

Este precepto goza de efecto directo, aunque su contenido ya está incorporado en el artículo 118 del TRLCSP. Si bien esta norma no menciona expresamente las condiciones económicas o relacionadas con la innovación, estas se pueden entender incluidas en la libertad general para configurar el objeto del contrato (artículo 25 del TRLCSP); además, el listado del artículo 118 TRLCSP no es cerrado, cabiendo otros tipos de condiciones de ejecución distintas de las no expresamente mencionadas en él.

- Artículo 71: Subcontratación.

El mandato del apartado 1, desarrollado en el apartado 6, no tiene efecto directo, porque su contenido no es suficientemente



preciso, si bien la letra b) de este último se incorpora parcialmente en los apartados 5, 6 del artículo 227 TRLCSP (y solo para los contratos administrativos y los privados de las entidades públicas empresariales y organismos asimilados de las restantes Administraciones Públicas).

Los apartados 2 y 4 tienen efecto directo, si bien están incorporados, para los contratos administrativos, en el artículo 227.2 a) del TRLCSP.

Los apartados 3 y 7 no tendrían efecto directo porque no son mandatos de transposición incondicionados; actualmente, para los contratos administrativos y privados de las entidades empresariales, la opción es la contraria (artículo 227, apartados 8 y 9, del TRLCSP) Para los demás contratos privados, véase el artículo 1.597 del Código Civil.

El apartado 5 tiene efecto directo. Está parcialmente incorporado en el artículo 227 TRLCSP para los contratos administrativos y los contratos privados de las entidades públicas empresariales; y organismos asimilados de las restantes Administraciones Públicas; como principal novedad, se menciona expresamente la posibilidad de solicitar las declaraciones de capacidad de los subcontratistas.

El apartado 8 es un recordatorio a los Estados miembros de que sus normas de transposición en esta materia deben respetar el Derecho de la Unión Europea.

- Artículo 72: Modificación de los contratos durante su vigencia.

La regulación de la Directiva sobre el régimen de modificados contractuales es extensa y plantea problemas interpretativos que, como se advierte en el considerando 107 de la Directiva, deberán resolverse de conformidad con la doctrina del TJUE. Aunque algunos aspectos resultan claros, precisos e incondicionados, dado que no es



posible el efecto vertical descendente no podrán ser invocados por los poderes adjudicadores en tanto no se produzca el acto de transposición formal. Así el régimen contenido en los artículos 105 y siguientes del TRLCSP, aunque resulta más estricto que el previsto en la Directiva 2014/24, debe continuar aplicándose, dado que contiene las figuras que la Directiva considera modificación contractual.

No obstante, **sí tiene efecto directo** el apartado 72.1.a) que señala que los modificados previstos no pueden “*alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco*”, al ser claro preciso e incondicionado y no estar contemplado específicamente en el artículo 106 del TRLCSP, aunque es un criterio ya consolidado en la jurisprudencia europea.

Además en el caso del apartado c) del artículo 72, se permite la modificación no prevista en los pliegos cuando se cumplan las tres condiciones que enumera, entre ellas que la modificación obedezca a “*circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever*”. Esta última mención no aparece en el artículo 107 del TRLCSP, pero siendo suficientemente clara, precisa e incondicionada goza de efecto directo.

Asimismo tiene efecto directo la obligación de publicación de la modificación en el DOUE (último párrafo del apartado 1). En todo caso, la doctrina ya consolidada del TJUE no queda desplazada por esta nueva regulación, pues como se advierte en considerando 107 de la Directiva de contratos, “*es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”. Así, esta doctrina sigue siendo el parámetro de enjuiciamiento de tal posibilidad (que no *ius variandi*) y que se limita a los casos estrictamente necesarios para preservar el propio contrato sin alterar su causa o contenido sustancial.



- Artículo 73: Rescisión de contratos.

Debe advertirse que el término "rescisión" que utiliza la Directiva incluye también figuras que en derecho nacional tienen otro nombre y perfil y procedimiento diferenciado de lo que habitualmente se conoce como resolución del contrato, como la declaración de nulidad.

El artículo aparentemente no tendría efecto directo, en tanto establece una obligación para los Estados al utilizar el término "velarán". Sin embargo los tres supuesto de rescisión contemplados sí despliegan efectos jurídicos. Estos supuestos se refieren a los casos de modificación sustancial, los supuestos de que el adjudicatario hubiese incurrido en prohibición de contratar al momento de la adjudicación o por la existencia de incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en el Tratado o en la directiva, declarada por el TJUE.

El artículo 223 g) TRLCSP incorpora el supuesto de la letra a) de este artículo 73 para los contratos administrativos, pero éste es una concreción del artículo 105.2 TRLCSP, que se aplica también a poderes adjudicadores no administración pública. La letra b) está incorporada, para todos los contratos de las Administraciones Públicas y los sujetos a regulación armonizada, en el artículo 32 b) TRLCSP. La letra c) no está directamente incorporada pero cumple los requisitos para que despliegue eficacia jurídica directa.

- Artículo 74: Adjudicación de contratos de servicios sociales y otros servicios específicos

- Artículo 75: Publicación de los anuncios.

Tienen efecto directo. Conviene advertir que actualmente con las exigencias de la Directiva 2004/18, este tipo de servicios no requiere publicidad europea. De tal manera que a **partir del 19 de**



abril deberán adaptarse necesariamente a la exigencia de publicidad en el DOUE.

- Artículo 76: Principios de adjudicación de contratos.

Este precepto requiere una normativa de transposición, por lo que su contenido carece de efecto directo. No obstante, la actual regulación del TRLCSP no se opone a dicho contenido.

- Artículo 77: Contratos reservados para determinados servicios.

No tendría efecto directo, requiere de norma de transposición al dejar a los Estados miembros que dispongan que los poderes adjudicadores están facultados para realizar la reserva para participar en las licitaciones públicas a determinadas organizaciones, respecto de los servicios con las CPV que contempla. Sin perjuicio de lo que puedan disponer las normas autonómicas, el TRLCSP no contempla la posibilidad ofrecida en este artículo.

- Artículo 78: Ámbito de aplicación,

- 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.

Tienen efecto directo, y sus contenidos están sustancialmente incorporados en los artículos 184 y siguientes del TRLCSP.

- Artículo 83: Ejecución.

La mayoría del artículo impone una serie de obligaciones de supervisión, información, publicidad y apoyo, cuyo destinatarios son los Estados miembros, por lo que se necesita norma de transposición



y no hay efecto directo. Sí tiene efecto directo el apartado 6, cuyo contenido está incorporado a la legislación.

- Artículo 84: Informes específicos sobre los procedimientos para la adjudicación de los contratos.

Tiene efecto directo; debe tenerse en cuenta que el contenido del informe específico se refiere casi siempre a datos que el propio TRLCSP ya pide hacer constar en el expediente.

- Artículo 85: Informes nacionales e información estadística.

Es un mandato a la Comisión y a los Estados, que no precisa transposición.

- Artículo 86: Cooperación administrativa.

Los apartados 1 y 2 tienen efecto directo, en cuanto a la obligación de cooperación e intercambio de información, sin perjuicio de la forma en que la misma pueda articularse, tratándose de aspectos que no afectan específicamente al procedimiento de licitación y que por tanto se desenvuelven en el ámbito de la colaboración en el seno de la Unión Europea y que en tal sentido no precisan de transposición.

- Artículo 87: Ejercicio de la delegación.

Dado que regula el otorgamiento de poderes a la Comisión para que adopte actos delegados, no requiere transposición.

- Artículo 88: Procedimiento de urgencia.

Regula la entrada en vigor de los actos delegados, no requiere transposición.



- Artículo 89: Procedimiento de comité.

No precisa transposición, regula el Comité Consultivo para los Contratos Públicos.

- Artículo 90: Transposición y disposiciones transitorias.

Establece las obligaciones de transposición y su transitoriedad.

- Artículo 91: Derogaciones.

Deroga la Directiva 2004/18 con efectos de 18 de abril de 2016.

- Artículo 92: Examen.

Es un mandato a la Comisión.

- Artículo 93: Entrada en vigor.

Establece la entrada en vigor.

- Artículo 94: Destinatarios.

Identifica los destinatarios de la Directiva.



ANEXO II. EL EFECTO DIRECTO EN LA DIRECTIVA DE CONCESIONES.

-Artículo 1: Objeto y ámbito de aplicación

Tiene efecto directo.

-Artículo 2: Principio de libertad de administración de las autoridades públicas.

Tiene efecto directo. No precisa de transposición pues los principios se contemplan en el TRLCSP.

-Artículo 3: Principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia

Tiene efecto directo. No precisa de transposición para su aplicación directa al estar ya incorporado. No precisa de transposición pues los principios se contemplan en el TRLCSP.

-Artículo 4: Libertad para definir los servicios de interés económico general

Tiene efecto directo.

-Artículo 5: Definiciones

Las definiciones tendrán efecto directo. Se debe advertir la relevancia práctica derivada de que el concepto de concesión de servicios resulte plenamente operativo, de tal manera que se "desplaza" la categoría (no el régimen jurídico en tanto no sea contrario) del contrato de gestión de servicios públicos de nuestro TRLCSP (artículo 8), en tanto en cuanto éste tipo contractual incluye figuras que encajan en el concepto de "concesión". La nueva tipificación de los contratos ya había sido anticipada por el TJUE (y su jurisprudencia aplicada por los distintos Tribunales administrativos de



recursos contractuales), y se extiende a todo importe contractual, al ser una cuestión de contenido dogmático.

-Artículo 6: Poderes adjudicadores

Es un precepto claro, preciso e incondicionado que tiene efecto directo.

- Artículo 7: Entidades adjudicadoras

Es un precepto claro, preciso e incondicionado que tiene efecto directo.

- Artículo 8: Umbrales y métodos de cálculo del valor estimado de las concesiones

El umbral tiene efecto directo. Igualmente tienen efecto directo las previsiones del artículo 8 en relación al cálculo del valor estimado de la concesión, siendo especialmente significativos que deben incluirse en él aspectos como los siguientes:

- el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión;
- la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora;
- los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública;
- el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión;



- la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión;
- el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios;
- las primas o pagos a los candidatos o licitadores.

-Artículo 9: Revisión del umbral

Es de eficacia directa, en cuanto regula los umbrales, que por otra parte son los actualmente vigentes en virtud del Reglamento Delegado UE 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, que en su condición de tal no precisa transposición.

-Artículo 10: Exclusiones aplicables a las concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras

-Artículo 11: Exclusiones específicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas

-Artículo 12: Exclusiones específicas en el sector del agua

En cuanto definen el propio ámbito de aplicación de la Directiva por exclusión, no precisan de transposición (ver el comentario a los artículos correspondientes de la Directiva de contratación pública).

-Artículo 13: Concesiones adjudicadas a una empresa asociada

Este precepto es claro, preciso e incondicionado y tiene efecto directo. Es una figura análoga a la de los encargos a medios propios, pero no idéntica. Para las entidades sometidas a la Directiva 2013/34/UE se entenderá por «empresa asociada» la empresa que



presenta cuentas anuales consolidadas con las de la entidad adjudicadora. Para las no sometidas a esa Directiva se aplicará lo dispuesto en el artículo 13.

-Artículo 14: Concesiones adjudicadas a una empresa conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta

Este precepto tiene efecto directo.

-Artículo 15: Notificación de información por las entidades adjudicadoras.

Este precepto tiene efecto directo.

-Artículo 16: Exclusión de actividades sometidas directamente a la competencia

Este precepto tiene efecto directo. Implica la no aplicación de las previsiones de esta Directiva siempre que en el Estado miembro donde vayan a ejecutarse las concesiones, haya quedado probado con arreglo al artículo 35 de la Directiva 2014/25/UE, de contratación en los sectores especiales, que la actividad está sometida directamente a la competencia a efectos del artículo 34 de dicha Directiva.

-Artículo 17: Concesiones entre entidades del sector público

Respecto a la posibilidad de que un poder adjudicador adjudique una concesión a un medio propio (artículo 17), hay que remitirse a lo comentado a propósito de la directiva de contratos, si bien parece que la incorporación en España de esta figura estaría ya satisfecha por el artículo 8.2 del TRLCSP, que excluye de su ámbito de aplicación "la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho



privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”, es decir, la gestión directa de un servicio público a la que se refiere, por ejemplo, el artículo 85.2 a) de la Ley de Bases de Régimen Local (ver también el considerando 48 de la directiva de concesiones).

-Artículo 18: Duración de la concesión

La determinación del plazo de las concesiones contenida en TRLCSP deberá respetar las previsiones del artículo 18 de la Directiva (que tiene efecto directo y desplaza toda la regulación española sobre plazos en los contratos de concesión de obras y de gestión de servicios públicos). Así, *“para las concesiones que duran más de cinco años, la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión”*. Este plazo se explica en el considerando 52 de la Directiva de la siguiente manera: *“La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para*



explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”.

-Artículo 19: Servicios sociales y otros servicios específicos.

Es un precepto claro, preciso e incondicionado que tiene efecto directo.

-Artículo 20: Contratos mixtos

-Artículo 21: Contratos públicos mixtos que contienen aspectos relativos a la defensa y la seguridad

Para la determinación de las reglas aplicables al régimen de un contrato mixto de concesiones las previsiones de la Directiva tienen efecto directo. Así, en las concesiones cuyo *objeto sean tanto obras como servicios* se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de *concesión* predominante en el *objeto* principal del



contrato. Para los supuestos de concesiones mixtas que consistan en parte en servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV y en parte en otros servicios, el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios es el más alto.

-Artículo 22: Contratos relativos a actividades enumeradas en el anexo II y otras actividades.

Es un precepto dirigido a Poderes adjudicadores y entidades que tiene efecto directo.

-Artículo 23: Concesiones relacionadas con actividades a que se refiere el anexo II y relacionadas con aspectos de defensa y seguridad.

Se encuentran incorporados en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad que transpone la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

-Artículo 24: Concesiones reservadas

Este precepto, en cuanto ofrece a los Estados la posibilidad de reservar el derecho a licitar a determinados entes por la función social que desempeñan, no establece un mandato claro e incondicionado, por lo que carece de efecto directo, si bien su contenido está parcialmente recogido en la Disposición adicional quinta del TRLCSP.

-Artículo 25: Servicios de investigación y desarrollo



No precisa de transposición, en el mismo sentido que en el caso del artículo 1 de la Directiva.

-Artículo 26: Operadores económicos

Este artículo en cuanto regula la cuestión de la personalidad de los operadores económicos es claro preciso e incondicionado por lo que goza de efecto directo, no existiendo además contradicción con el artículo 59 TRLCSP.

-Artículo 27: Nomenclaturas

La obligación de incorporar las nomenclaturas en los contratos de concesión será inmediatamente eficaz en abril del 2016, lo que afecta a los denominados contratos de gestión de servicios públicos en España que cumplan los requisitos para ser consideradas concesiones de acuerdo con la Directiva, considerados no armonizados al no estar cubiertos por la Directiva 2004/18. Esta **exigencia de CPV para toda concesión, de obra o de servicios-debe ser respetada** por su directa vinculación con los principios de publicidad y de transparencia.

- Artículo 28: Confidencialidad

Este precepto es claro, preciso e incondicionado, lo que permite su efecto directo. Además el contenido del mismo puede considerarse incorporado en el actual artículo 140 del TRLCSP.

- Artículo 29: Normas aplicables a las comunicaciones

Este artículo contiene la regulación relativa a las comunicaciones y tiene eficacia demorada hasta el 18 de octubre de 2018.



- Artículo 30: Principios generales

Este artículo, al igual que el artículo 18 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, contempla los principios generales por los que debe regirse la contratación pública, que ahora se extienden a todas las fases de la contratación: ejecución y extinción, lo que como se ha expuesto tiene repercusiones prácticas en relación al contenido del recurso especial. Se trata de un precepto que goza más que de efecto directo, de un efecto, si se quiere, orientador de la actividad de la compra pública, que no precisa de transposición, además de que puede considerarse pre transpuesto en nuestro ordenamiento. (artículo 1 del TRLCSP).

Al igual que el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24 de contratación pública, la referencia a que *“los Estados adoptarán las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de contratos de concesión, los operadores económicos cumplan con las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia medioambiental, laboral y social, por la legislación nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional en materia medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X”*, carece de efecto directo. No obstante el precepto sí despliega efectos por interconexión con otros preceptos de la Directiva 2014/24 (que autointegra el marco normativo de las concesiones), como por ejemplo, el artículo 69, que establece la obligación para los poderes adjudicadores de rechazar la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones sociales o ambientales.

-Artículo 31: Anuncios de concesión

Las exigencias de este precepto tienen efecto directo. Los anuncios deberán contener la información establecida en el Anexo V,



parte D de la Directiva y se publicarán de conformidad con lo dispuesto la norma europea.

-Artículo 32: Anuncios de adjudicación de concesiones

Las exigencias de este precepto tienen efecto directo, con excepción del inciso “*Los Estados miembros podrán disponer...al fin de cada trimestre*” del apartado 1.

-Artículo 33: Redacción y forma de publicación de los anuncios

Tiene efecto directo, si bien los destinatarios de una buena parte de su contenido son la Comisión o la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

- Artículo 34: Acceso electrónico a los documentos relativos a las concesiones

Este artículo también tiene efecto directo. Como regla general, se impone el acceso libre, directo, completo y gratuito a los pliegos, tanto de cláusulas administrativas particulares, como de prescripciones técnicas, a partir de la fecha de publicación del anuncio o del envío de la invitación a confirmar el interés; se recogen las alternativas a la imposibilidad de dicho acceso, especialmente si se debe a razones de confidencialidad y sus consecuencias para el plazo de presentación de ofertas. Esta exigencia, vinculada al principio de transparencia, obliga a reinterpretar las prácticas que sobre publicidad de pliegos se están realizando por los distintos poderes adjudicadores.

-Artículo 35: Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés



El párrafo primero del precepto no es suficientemente preciso e incondicionado en cuanto indica “*Los Estados miembros velarán...*” y se dirige a estos últimos por lo que necesita transposición. Sin embargo, el concepto de conflicto de intereses está contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, realizada Nueva York el 31 de octubre de 2003 (Instrumento de Ratificación del Reino de España, de 9 de junio de 2006, publicado en BOE de 19 de julio de 2006).

Por otro lado el concepto “conflictos de intereses” no es ajeno a nuestra legislación, que en diversas normas establece mecanismos como la abstención y recusación (artículos 28 y 29 de la LRJ-PAC y artículos 319 TRLCSP) para evitar que tales conflictos se produzcan, o la prohibición de contratar (artículo 60.1.f) y g) TRLCSP). En todo caso, esta regulación se queda muy corta respecto del objetivo de la Directiva por lo que serían necesarios nuevos instrumentos. No obstante los conflictos de intereses que surjan en la práctica antes de la correcta transposición de este artículo pueden reconducirse como infracciones de los principios generales de la contratación pública, principalmente el principio de igualdad de trato.

Sí tiene efecto directo, como en general lo tienen las definiciones de las figuras jurídicas, el contenido mínimo de la definición del conflicto de intereses contenida en el segundo párrafo.

-Artículo 36: Requisitos técnicos y funcionales

El precepto tiene efecto directo. Su contenido se encuentra ya incorporado al TRLCSP.

-Artículo 37: Garantías procedimentales

El precepto tiene efecto directo. Su contenido se encuentra ya incorporado al TRLCSP.



-Artículo 38: Selección y evaluación cualitativa de los candidatos

Se trata de un extenso artículo. Tendría efecto directo en lo relativo a las condiciones de solvencia y admisión y u contenido es coherente con la actual regulación (artículos 54.2, 62, 74, 75 y 76 y siguientes del TRLCSP, especialmente).

Por lo que se refiere a las causas de exclusión, recoge el listado de prohibiciones de contratar. Ya que que se trata de normas que limitan el derecho de acceso a las licitaciones y perjudican por tanto a los operadores económicos, el Estado que no ha cumplido su deber de transposición no podría alegarlas frente a los particulares. No obstante, se observa que la mayoría de los supuestos de prohibición de la nueva Directiva ya están recogidos en el artículo 60 TRLCSP.

El apartado 6 no tendría efecto directo; se trata de que el legislador nacional pueda optar por exceptuar la aplicación de las prohibiciones de contratar en ciertos casos por razones imperiosas de interés general o por aplicación del principio de proporcionalidad. En el TRLCSP esta opción solo existe en el caso de los contratos tramitados por el procedimiento de emergencia.

El apartado 7 (posibilidad de demostrar la fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente) tendría efecto directo en cuanto concede claramente un derecho adicional a los licitadores frente a los poderes públicos para poder acceder a los procedimientos.

- Artículo 39: Plazos de recepción de las solicitudes de participación y ofertas para la concesión

Los plazos previstos en el TRLCSP (artículo 159), son más amplios que los plazos previstos en la Directiva, lo cual es correcto porque estos tienen el carácter de mínimos, de tal modo que los



poderes adjudicadores tendrán que aplicar los contemplados en el TRLCSP y no los de la Directiva.

-Artículo 40: Comunicación a los candidatos y los licitadores

El precepto tiene efecto directo. Su contenido se encuentra ya incorporado al TRLCSP.

-Artículo 41: Criterios de adjudicación

Tendría efecto directo, excepto el último párrafo del apartado 2, que, no obstante, ya está incorporado en el artículo 150 del TRLCSP. El resto del artículo también se puede considerar incorporado al artículo 150 TRLCSP, pues las novedades respecto a la Directiva 2004/18, que dicho precepto nacional incorpora, son en realidad la positivización de la jurisprudencia europea (anterior y posterior a la Directiva 2014/24) que la ha interpretado; así, el contenido del artículo 67.2 b) (uso de los medios humanos como criterio de adjudicación) ya figura en la STJUE de 26 de marzo 2015, *Ambising*, asunto C-601/13, y la mención a la comercialización y sus condiciones del artículo 67.2 a) y el artículo 67.3 (concepto de “vinculación al objeto del contrato”) proceden de la STJUE de 10 de mayo de 2012, *Comisión/Reino de los Países Bajos*, asunto C-368/10. Por otro lado, buena parte del contenido del artículo se cita a título de ejemplo, por lo que no hay dificultad en integrarlo en la actual legislación interna.

- Artículo 42: Subcontratación

El mandato del apartado 1, desarrollado en el apartado 4, no tendría efecto directo porque su contenido no es suficientemente preciso, si bien la letra b) de este último se incorpora parcialmente en los apartados 5, 6 del artículo 227 TRLCSP (y solo para los contratos



administrativos y los privados de las entidades públicas empresariales y organismos asimilados de las restantes Administraciones Públicas).

Los apartados 2 y 4 tendrían efecto directo, si bien están incorporados, para los contratos administrativos, en el artículo 227.2 a) del TRLCSP.

Los apartados 6 y 7 no tendrían efecto directo porque no son mandatos de transposición incondicionados.

- Artículo 43: Modificación de los contratos durante su período de vigencia

La regulación de la Directiva sobre el régimen de modificados contractuales es extensa y plantea problemas interpretativos que, como se advierte en el considerando 107 de la Directiva, deberán resolverse de conformidad con la doctrina del TJUE. Aunque algunos aspectos resultan claros, precisos e incondicionados, dado que no es posible el efecto vertical descendente no podrán ser invocados por los poderes adjudicadores en tanto no se produzca el acto de transposición formal. Así el régimen contenido en los artículos 105 y siguientes del TRLCSP, aunque resulta más estricto que el previsto en la Directiva 2014/24, debe continuar aplicándose, dado que contiene las figuras que la Directiva considera modificación contractual.

No obstante, **sí tiene efecto directo** la mención relativa a que los modificados previstos no pueden “*alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco*”, al ser claro preciso e incondicionado y no estar contemplado específicamente en el artículo 106 del TRLCSP, aunque es un criterio ya consolidado en la jurisprudencia europea. Además el artículo 43 de la Directiva, permite la modificación no prevista en los pliegos cuando se cumplan las tres condiciones que enumera, entre ellas que la modificación obedezca a “*circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever*”. Esta última mención no aparece en el artículo 107 del TRLCSP, pero



siendo suficientemente clara, precisa e incondicionada goza de efecto directo.

Asimismo tiene efecto directo la obligación de publicación de la modificación en el DOUE (último párrafo del apartado 1). En todo caso, la doctrina ya consolidada del TJUE no queda desplazada por esta nueva regulación, pues como se advierte en considerando 107 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, *“es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*. Así, esta doctrina sigue siendo el parámetro de enjuiciamiento de tal posibilidad (que no *ius variandi*) y que se limita a los casos estrictamente necesarios para preservar el propio contrato sin alterar su causa o contenido sustancial.

- Artículo 44: Resolución de concesiones

Este precepto es claro, preciso e incondicionado, por lo que tiene efecto directo. Conviene advertir las diferencias con el artículo 73 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, con rúbrica de *Rescisión*. En la Directiva de concesiones los supuestos de resolución están tasados.

-Artículo 45: Seguimiento y presentación de informes

Tendría efecto directo; debe tenerse en cuenta que el contenido del informe específico se refiere casi siempre a datos que el propio TRLCSP ya pide hacer constar en el expediente.

(.....)

- Artículo 54: Entrada en vigor.

Establece la entrada en vigor.
