

# La jurisprudencia reciente del TJUE en materia de contratos públicos. Efectos prácticos<sup>1</sup>

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU  
*Catedrático de Derecho Administrativo.*  
*Universidad de Zaragoza*

- 1. El carácter de derecho pretoriano de la jurisprudencia del TJUE**
- 2. La jurisprudencia del TJUE en el periodo 2019-21. Efectos prácticos**
  - 2.1. De nuevo sobre el concepto funcional de poder adjudicador. Su aplicación a las federaciones deportivas. Las centrales de compra
  - 2.2. Delimitación conceptual de contrato público versus cooperación horizontal. A vueltas con el convenio
  - 2.3. Los contratos de arrendamientos de inmuebles como actividad excluida en tanto no sea un contrato de obras
  - 2.4. La adquisición de servicios jurídicos de defensa en proceso jurisdiccional como negocio jurídico excluido
  - 2.5. Sobre el ámbito de relaciones con entidades sin ánimo de lucro
  - 2.6. La determinación del valor estimado en los acuerdos marco
  - 2.7. Solvencia técnica y especificaciones técnicas como elementos diferentes
  - 2.8. Solvencia versus condiciones de ejecución en la gestión de residuos
  - 2.9. Solvencia y registros oficiales
  - 2.10. Sobre el concepto de operador económico. Supuestos singulares
  - 2.11. La valoración de solvencia. Obligación de permitir al operador económico aclarar el cumplimiento de las exigencias
  - 2.12. Límites de “prohibiciones” por falsedad de documentos cuando son varias las entidades que conforman el operador económico
  - 2.13. Imposibilidad de laminar el alcance de las técnicas de *self-cleaning*
  - 2.14. La incidencia de la subcontratación en fase de solvencia y en fase de ejecución

---

*Artículo recibido el 04/10/2022; aceptado el 28/10/2022.*

1. Este trabajo es resultado de las actividades del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad titulado: “La contratación pública como estrategia para la implementación de políticas públicas y al servicio de una nueva gobernanza” (referencia: PID2019-109128RB-C21). Se analiza la jurisprudencia del año 2019 a enero de 2022.

- 2.15. Sobre el alcance de la confidencialidad
  - 2.16. Sobre los precios predatorios y ofertas a pérdidas
  - 2.17. Las prórrogas de concesiones como modificaciones contrarias al derecho de los contratos públicos
  - 2.18. Concepto amplio de decisión impugnabile y de la legitimación
  - 2.19. Nulidad del procedimiento por anulación de un criterio de selección
  - 2.20. Sobre los requisitos adicionales a nivel nacional en los contratos reservados
  - 2.21. Alcance de la normativa de morosidad a los contratos de obras
  - 2.22. La posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan reclamar indemnizaciones cuando existan acuerdos colusorios
  - 2.23. Jurisprudencia relativa al Reglamento (CE) n.º 1370/2007 con efectos en la contratación pública
- 3. Epílogo**
- 4. Bibliografía**

## Resumen

Se analiza la última jurisprudencia del TJUE en materia de contratación pública; jurisprudencia que se comporta como derecho pretoriano y que impacta en la interpretación y gestión práctica de la contratación pública.

Palabras clave: *contratación pública; derecho europeo; jurisprudencia del TJUE en los contratos públicos.*

### ***The recent case law of the Court of Justice of the European Union in the field of public procurement. Practical effects***

## Abstract

*The article studies the recent case law of the Court of Justice of the European Union in the field of public procurement. This case law is being built as a pretorian construction and impacts on the practical management of public procurement.*

Keywords: *public procurement; European Union Law; case law of the Court of Justice of the European Union.*

1

**El carácter de derecho pretoriano de la jurisprudencia del TJUE<sup>2</sup>**

La aprobación de las directivas de contratación pública (23, 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero) viene a consolidar un proceso de armonización/uniformización jurídica a nivel nacional, conformando un derecho propio de los contratos públicos<sup>3</sup>. Pero, además, no puede desconocerse la existencia de un derecho pretoriano que vertebra el sistema<sup>4</sup>. En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante “fuente de derecho”, ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea 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<sup>5</sup>. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE<sup>6</sup>. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, en especial por el Tribunal Supremo<sup>7</sup>, lo que limita interpretaciones

2. Vid. Gimeno Feliu (2015).

3. Sobre el contenido de estas directivas me remito a Gimeno Feliu (2014); Moreno Molina (2013); Moreno y Domínguez (2014); Razquin Lizarraga (2015). De especial interés, en cuanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de Ruiz y Bernal (2011). Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de Moreno Molina (2012). Una visión crítica sobre los objetivos de estas directivas puede verse en el estudio del profesor Santamaría Pastor (2016).

4. Vid. Gimeno Feliu (2015). También Gallego Córcoles (2015b). En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, *vid.* Cozzio (2013). Más recientemente, Benacchio *et al.* (2016). De especial interés, el trabajo de Berberoff Ayuda (2018).

5. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, *vid.* Cozzio (2013).

6. Vid. Chinchilla Marín (2011) y Sánchez Morón (2011b).

7. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, 1329/2018, de 19 de julio de 2018, rec. 2181/2016, recuerda la importante doctrina del TJUE sobre los principios generales de la contratación pública, y cita la STJUE de 16 de diciembre de 2008, en el asunto C-213/07, que estableció que los principios mencionados “implican, en particular, la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C 19/00, Rec. p. I 7725, apartado 34, y de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C 448/01, Rec. p. I 14527, apartado 47), constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias Universale-Bau y otros, antes citada, apartado 91, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I 6351, apartado 73); en el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I 7213, apartado 81, y de 3 de marzo de 2005, Fabricom, C-21/03 y C-34/03, Rec. p. I 1559, apartado 26)”.

o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos<sup>8</sup>. Esta aplicación del valor de la jurisprudencia del TJUE en la jurisprudencia del Tribunal Supremo se constata, por ejemplo, en la STS 2757/2021 (ECLI:ES:TS:2021:2757, Sección Tercera, y ponente el Excmo. magistrado Calvo Rojas), que resuelve el recurso de casación, ex art. 88 LJCA, donde se analizan los requisitos relativos a la exigencia de acumulación de solvencia en la contratación pública con fundamento en el derecho europeo de la contratación pública (utilizando lógicamente la jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión: entre ellas la reciente STJUE de 3 de junio de 2021 –asunto C-210/20–), recordando que el concepto de “operador económico” debe interpretarse en un sentido amplio y desde una perspectiva funcional y no formal<sup>9</sup>. Y, además, que resulta de aplicación en la decisión de valorar la exigencia de solvencia el principio de proporcionalidad. Así, se afirma lo siguiente:

“A modo de recapitulación, bien puede decirse que en el Derecho de la Unión Europea se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos, contemplándose para ello mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (principio de complementariedad de las capacidades y principio de funcionalidad), dejando claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en la interpretación de esos mecanismos por parte del poder adjudicador debe imperar el principio de proporcionalidad. Aunque, según hemos visto, esa misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite que en determinados casos –y siempre dentro del margen que permita el citado principio de proporcionalidad– el contrato sea considerado indivisible y se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos”.

Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina del TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)<sup>10</sup>. Esto explica por

8. Para conocer cómo se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros, es de especial interés Sánchez Morón (2011a).

9. El artículo 2 de la Directiva 2014/24 define el concepto de “operador económico” de forma funcional: “una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios”.

10. Como explica muy bien Chinchilla Marín (2011: 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales; b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista; y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa, y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.

qué los órganos de control nacionales, en cuanto “juez comunitario”, aplican esta jurisprudencia<sup>11</sup>. Esta jurisprudencia del TJUE viene, en la práctica, a “codificar” la regulación de la contratación pública en Europa, dotando de seguridad jurídica y predictibilidad a un sector de tanta relevancia como el de los contratos públicos<sup>12</sup>.

Interpretación funcional que debe alinearse con los objetivos estratégicos. En esta línea de repensar la contratación pública desde una perspectiva estratégica se posiciona claramente, por cierto, el Consejo de la Unión Europea, en el documento: “Conclusiones del Consejo. Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412 I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública, insiste en la necesidad de su función estratégica. En este documento se indica que hay que “reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son

11. Esta jurisprudencia es parámetro interpretativo de los derechos nacionales, pero su influencia se extiende también al cuerpo normativo. Lo destaca bien Sánchez Morón (2011b: 82).

12. Este valor de derecho pretoriano se puede predicar ahora también de la sentencias dictadas por el Tribunal Supremo consecuencia del recurso de casación de interés objetivo (se asemeja más al modelo norteamericano). Las virtudes del nuevo recurso de casación, como bien se ha explicado por la doctrina, son evidentes en cuanto permite a la Sala Contencioso-Administrativa superar el rol del Tribunal Constitucional de “legislador negativo” (decir lo que no se puede hacer) para convertirse en “legislador positivo”, al interpretar normas en conflicto y colmar lagunas jurisprudenciales, así como unificar criterios. La finalidad expresa del nuevo sistema casacional es reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. Para ello, la reforma amplía el número de sentencias que teóricamente pueden ser recurridas en casación, si bien permite al Tribunal Supremo admitir solamente aquellos recursos en los que aprecie que concurre un “interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”. Con ello se pretende guardar el debido equilibrio entre la función homogeneizadora en la aplicación del derecho y el riesgo de que el recurso de casación se convierta en una mera tercera instancia. Por todos, Bouazza Ariño (2020). Por lo demás, en relación con la compatibilidad del modelo de casación español con las previsiones de las directivas “recursos” resulta de interés la STJUE de 22 de diciembre de 2021 (asunto C-497/20). Se trata de una cuestión prejudicial italiana sobre la compatibilidad con el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales, y con la Directiva 89/665/CEE sobre contratación pública, de que se limite a motivos tasados el acceso al recurso de casación contra una sentencia contenciosa en que ya se han examinado las cuestiones de fondo y forma –en este caso, relativas a la exclusión de un licitador por no obtener su oferta económica la puntuación mínima establecida–. El Tribunal de Justicia no considera contraria al derecho de la Unión una norma nacional que limita los motivos de casación a cuestiones estrictamente jurisdiccionales, siempre que el interesado haya tenido ocasión de cuestionar el acto administrativo que considera contrario al ordenamiento comunitario ante un tribunal independiente e imparcial. Interesa la afirmación de que “corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, configurar la regulación procesal de los recursos a los que se refiere el apartado 56 de la presente sentencia, a condición, sin embargo, de que dicha regulación no sea menos favorable en las situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión que en situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de marzo de 2021, *Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N., C-949/19*, apartado 43 y jurisprudencia citada)”.

fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública<sup>13</sup>. En este nuevo contexto hay importantes retos y desafíos donde hay que articular nuevas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables, que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger<sup>14</sup>.

Contratación pública estratégica que no debe ser una mera opción, sino que debe alinearse con la finalidad de consolidar una compra pública responsable, como, en el citado contexto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, se reivindica en la denominada Carta de Zaragoza<sup>15</sup>, donde se indica que en el papel de liderazgo en materia de sostenibilidad social y ambiental el sector público ejerce, mediante este instrumento del contrato público, de motor necesario para vincular el rendimiento económico con el compromiso social y la dirección ética de las empresas, poniendo en valor la gestión empresarial con propósito (así se ha venido destacando, también, por el Foro de Compra Pública Responsable)<sup>16</sup>. Para ello hay que superar interpretaciones rígidas y un tanto descontextualizadas para,

13. Y para ello se pide a la Comisión y a los Estados miembros que “cooperen en la elaboración de directrices y criterios por medio de una metodología común para ayudar al sector público a aprovisionarse a través de cadenas de suministro transparentes, fiables, flexibles y diversificadas con el objetivo de reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública”. Y se pide también a los Estados miembros que “elaboren políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro”.

14. Por ello, estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atienda a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio único como factor determinante en la compra pública.

15. Firmada el 10 de noviembre de 2021, puede consultarse su contenido y adhesiones en: <http://www.obcp.es/index.php/noticias/carta-de-zaragoza-manifiesto-por-una-compra-publica-responsable>. Sobre los ODS y la contratación pública, *vid.* Gimeno Feliu (2021b).

16. La Comisión Europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe: “Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior”. En el informe se concluye que “resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE”. El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión: “Adquisiciones sociales – Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas – 2.ª edición” (2021/C 237/01), en la que se incide en lo siguiente: “Con el fin de plantar cara a los retos

por ejemplo, integrar como regla general en las cláusulas de los contratos públicos requisitos que contemplen aspectos sociales y medioambientales, superando una estricta vinculación directa al objeto del contrato para combatir la precarización, deslocalización o falseamiento de la competencia, sin incurrir en discriminación. Igualmente, medidas para facilitar la participación de las pymes en la contratación pública y promover la innovación. Todo ello con una total garantía de integridad salvaguardada por la transparencia y la competencia. Y en esta línea las condiciones sociales y ecológicas son uno de los principales ejemplos de esta visión estratégica en la contratación pública desde la perspectiva de la sostenibilidad, claramente amparada por varios de los ODS. Y, en consecuencia, podemos ya afirmar que están admitidos y fomentados por las instituciones supranacionales, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino que es una “potestad” al servicio de otros fines de interés general (como son la estabilidad laboral, calidad ambiental, integración social), y que en modo alguno restringen o limitan la competencia, permitiendo dar efectividad a valores superiores actualmente recogidos en el TFUE. Así, la sentencia de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18), TIM, apartado 38, se reafirma en la necesidad de una visión estratégica del contrato, advirtiendo lo siguiente:

“Los operadores económicos deben cumplir, en la ejecución del contrato, las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, [...] un requisito de este tipo constituye, en la configuración general de la citada Directiva, un valor cardinal por cuyo respeto deben velar los Estados miembros”.

Por ello, en el diseño y la selección de los proyectos a financiar con estos fondos europeos se debe “pensar en verde” y en “sostenibilidad social”<sup>17</sup>, no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor<sup>18</sup>. Asimismo, la dimensión cualitativa de la compra pública en relación con los aspectos sociales (a los que se refiere claramente la LCSP)<sup>19</sup>, en palabras de O. Molina Hermosilla, se convierte en una exigencia de la correcta gestión contractual<sup>20</sup>. En todo caso, su utilización exige una adecuada ponderación y que se preserve la identidad de la prestación licitada<sup>21</sup>.

---

sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)”.

17. Por todos, Medina Arnáiz (2013) y Gimeno Feliu (2020a).

18. Pernas, con acierto, nos recuerda que la implementación de políticas activas de economía circular puede suponer un beneficio económico neto de 1,8 billones de euros de aquí a 2030, la creación de más de un millón de nuevos puestos de trabajo antes de 2030 y, además, una notable reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. *Vid.* Pernas García (2020).

19. Medina Arnáiz (2017).

20. Molina Hermosilla (2021).

21. Sirva de ejemplo lo sucedido con la aplicación del Fondo Estatal de Inversión Local (plan E) en España. El Tribunal de Cuentas (Informe 982 sobre Fondo Estatal de Inversión Local, de 2013) ha puesto de relieve varias de las “debilidades” de este Fondo, que se concretan en falta de

## 2

## La jurisprudencia del TJUE en el periodo 2019-21. Efectos prácticos

Reflejamos ahora la jurisprudencia más reciente del TJUE sobre esta materia y su incidencia práctica en la contratación pública en España<sup>22</sup>. Jurisprudencia que debe servir para depurar conceptualmente la gestión práctica, evitando así la inseguridad jurídica en un sector tan “sensible” como el de los contratos públicos.

## 2.1

### De nuevo sobre el concepto funcional de poder adjudicador. Su aplicación a las federaciones deportivas. Las centrales de compra

Por exigencia europea, la normativa de contratación pública debe aplicarse a todo poder adjudicador. Esta definición es clara y pretende conseguir la homogeneidad en la aplicación normativa de esta disposición comunitaria europea<sup>23</sup>. Y la interpretación debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJUE, que ha optado por criterios subjetivo-funcionales cuando se cumplen tres requisitos.

La importancia de la jurisprudencia del TJUE es advertida en el considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública:

“El concepto de ‘poderes adjudicadores’, y en particular el de ‘organismos de derecho público’, han sido examinados de forma reiterada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para dejar claro que el ámbito de aplicación *ratione personae* de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones, procede mantener la definición en la que se basaba el Tribunal e incorporar determinadas aclaraciones

---

previsión de efectos y de efectivo cumplimiento de lo ofertado por los contratistas. Me remito al trabajo y a las conclusiones de Bernal Blay (2013a: 175-184).

22. De la jurisprudencia anterior me remito a los trabajos de Gimeno Feliu (2015) y Moreno Molina (2019).

23. Según jurisprudencia reiterada, el concepto de “organismo de derecho público”, concepto de derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, apartados 52 y 53; de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, y de 13 de enero de 2007, apartado 27). Y esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta y aplicado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015.

que se encuentran en dicha jurisprudencia como clave para comprender la propia definición, sin intención de alterar la interpretación del concepto tal como ha sido elaborada por la jurisprudencia. A tal efecto, ha de precisarse que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un 'organismo de derecho público', ya que puede considerarse que las necesidades de interés general para satisfacer las cuales ha sido creado, o que se le ha encargado satisfacer, tienen carácter industrial o mercantil".

El concepto de "organismo de derecho público" como concepto del derecho de la Unión –que pretende el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia–, debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión Europea, y se define desde un punto de vista funcional, con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53; de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27).

La STJUE de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet y Vilniaus, as. C-567/15, recuerda que una entidad adquiere la condición de poder adjudicador cuando se cumplen tres condiciones acumulativas, a saber:

- a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;
- b) que esté dotada de personalidad jurídica; y
- c) que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de estos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos.

Estas tres condiciones son acumulativas, siendo, en cambio, alternativos los requisitos a los que se refiere la condición expresada en la letra c)<sup>24</sup>. Y esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta y aplicado por los órganos de recursos contractuales (por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015).

La sentencia de 3 de febrero de 2021 (asuntos acumulados C-155/19 y C-156/19), Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), aborda la cuestión del

24. En extenso me remito a Gimeno Feliu (2018c) y a Hernández Rodríguez (2019).

poder adjudicador en relación con las federaciones deportivas en Italia<sup>25</sup>. Y, realizando el test sobre cumplimiento de los requisitos para ser poder adjudicador, reconoce (resulta indubitada la personalidad jurídica propia) que en estos casos una entidad a la que se han conferido funciones de carácter público, definidas de manera exhaustiva por el derecho nacional, puede considerarse creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil en el sentido de dicha disposición, aun cuando no haya sido constituida bajo la forma de Administración pública, sino de asociación de derecho privado, y algunas de sus actividades, para las que tiene capacidad de autofinanciación, no sean de carácter público. Para que concurriese el último requisito el Tribunal señala que “en caso de que una federación deportiva nacional goce, en virtud del Derecho nacional, de autonomía de gestión, la gestión de esa federación solo puede considerarse sometida al control de una autoridad pública si del examen del conjunto de las facultades de que dispone esta autoridad frente a dicha federación resulta que existe un control de gestión activo que, en la práctica, pone en entredicho tal autonomía hasta el punto de permitir que dicha autoridad influya en las decisiones de la federación en materia de contratos públicos. La circunstancia de que las distintas federaciones deportivas nacionales ejerzan una influencia sobre la actividad de la autoridad pública en cuestión debido a su participación mayoritaria en el seno de los principales órganos colegiados de deliberación de esta únicamente es relevante si se acredita que cada una de esas federaciones, por sí sola, puede ejercer una influencia significativa sobre el control público llevado a cabo por dicha autoridad respecto a ella, que tenga como consecuencia neutralizar ese control y permitir que la federación deportiva nacional de que se trate recupere el control de su gestión, pese a la influencia de las demás federaciones deportivas nacionales que se encuentren en una situación análoga”<sup>26</sup>.

Se constata, pues, que no existe el dilema que se plantea Hamlet de “ser o no ser” al respecto: se es, o no, poder adjudicador de forma reglada. Y los Estados no tienen margen de discrecionalidad para graduar o inaplicar las consecuencias de esta categoría<sup>27</sup>. Pero obsérvese que el criterio principal que utiliza el TJUE para esta operación no gravita sobre la idea del quién,

25. En España J. A. Moreno Molina ha venido argumentando sobre la sujeción de las federaciones deportivas a la normativa de adjudicación de contratos públicos; *vid.* Moreno Molina (2009).

26. El TJUE entiende –de una manera decisiva para este caso y aplicando la normativa italiana del deporte– que existe un control de gestión por parte del Comité Olímpico Nacional Italiano que pone en entredicho la total autonomía de las distintas federaciones deportivas nacionales “hasta el punto de permitir que dicha autoridad influya en las decisiones de la federación en materia de contratos públicos”.

27. Gimeno Feliu (2018c: 47).

sino sobre el criterio de una relación contractual donde existe como causa en su prestación un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y existe financiación pública a tal fin, lo que justifica la aplicación de los principios de transparencia y concurrencia inherentes a la contratación pública.

La condición de poder adjudicador y de la obligación de actuar con transparencia no queda excepcionada por el hecho de negociaciones colectivas sobre determinadas prestaciones. Así lo ha aclarado la sentencia de 4 de abril de 2019 (asunto C-699/17), Allianz Vorsorgekasse AG, donde se afirma lo siguiente:

“Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia deben interpretarse en el sentido de que son de aplicación a la celebración de un convenio de afiliación entre un empresario, organismo de Derecho público, y una caja profesional de previsión, para la gestión y la inversión de cotizaciones destinadas a financiar las indemnizaciones de partida abonadas a los trabajadores de ese empresario, aunque la celebración de ese convenio no dependa únicamente de la voluntad de dicho empresario, sino que requiera el consentimiento del personal o del comité de empresa”<sup>28</sup>.

Una sucinta referencia a la sentencia de 4 de junio de 2020 (asunto C-3/19), Asmel Soc., en relación con las centrales de compra. La sentencia recuerda que una central de compras actúa en condición de poder adjudicador, para cubrir las necesidades de este, y no como operador económico, en su propio interés comercial. Y, por ello, llega a la conclusión de que una normativa nacional (en este caso la italiana) que limite la libertad que tienen las pequeñas entidades locales de optar por recurrir a una central de compras, estableciendo para ello dos modelos organizativos exclusivamente públicos, sin la participación de personas o empresas privadas, y que las limite a su ámbito territorial, no infringe el objetivo de libre prestación de servicios y de apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, perseguido por las normas de contratación pública, puesto que no coloca a ninguna empresa privada en una situación privilegiada con respecto a sus competidores.

28. Esta sentencia recuerda que los principios del Tratado son aplicables en contratos no cubiertos por las directivas cuando exista especial interés, habida cuenta en particular de la importancia de su importe, en relación con el lugar de ejecución de las prestaciones, o incluso de sus características específicas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 16 de abril de 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, apartado 20, y de 19 de abril de 2018, Oftalma Hospital, C-65/17, EU:C:2018:263, apartado 40). Corresponde al tribunal remitente apreciar la existencia de tal interés (véase, en ese sentido, la sentencia de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014.2063, apartado 25).

## 2.2

### Delimitación conceptual de contrato público versus cooperación horizontal. A vueltas con el convenio

Sin duda, una de las líneas más interesantes es la relativa a la depuración conceptual entre contrato público y convenio (cooperación horizontal), cuyas fronteras en la práctica española siguen siendo poco nítidas<sup>29</sup>.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, tiene un título largo pero de indudable trascendencia, en cuanto nos limita el ámbito de aplicación a la incorporación de las directivas europeas<sup>30</sup>. Esto significa que la opción legislativa es que la normativa de contratación pública española se aplica, por tanto, solo a prestaciones o negocios jurídicos que puedan ser calificados como contratos públicos típicos. Para lo que resulta de especial interés recordar que el artículo 2 de la Directiva 2014/24 considera “contratos públicos” a “los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”. Y el artículo 71.2 indica: “En los pliegos de la contratación el poder adjudicador podrá pedir, o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir, al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que tenga intención de subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos”. En consecuencia, no toda relación jurídica onerosa, aun contractual, tiene la calificación de contrato público. Sirva de ejemplo la STJUE de 1 de marzo de 2018, Maria Tirkkonen, donde se afirma que “no constituye un contrato público, en el sentido de dicha Directiva, un sistema de asesoramiento a las explotaciones agrarias, como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual una entidad pública selecciona a todos los operadores económicos interesados que cumplan los requisitos de aptitud establecidos en la convocatoria de licitación y hayan superado el examen mencionado en dicha convocatoria, aun cuando durante el perío-

29. Vid. Gimeno Feliu (2020b).

30. La exposición de motivos de la Ley es clara al respecto: “conviene señalar que, mediante la presente Ley se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, institución de larga tradición jurídica en el derecho español, y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, dejando la transposición de la 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 a otra ley específica, que asimismo incorporará al ordenamiento jurídico español la parte de la Directiva 2014/23/UE que resulte de aplicación a los sectores citados”.

do limitado de vigencia de ese sistema no pueda admitirse a ningún nuevo operador”.

Interesa insistir en esta precisión, pues no todo negocio jurídico tiene la consideración de contrato público por el simple hecho de que una de las partes sea o tenga la condición formal (en abstracto) de poder adjudicador. Lo afirma el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública, de forma clara:

“Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público”.

Para ello la prestación debe estar incluida entre los distintos tipos contractuales: obras, suministros o servicios. Así, existirá contrato público, como ha recordado la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller GbmH, únicamente cuando su ejecución conlleve un beneficio económico directo para el poder adjudicador (apartado 49)<sup>31</sup>.

Y esto es lo que sucede con la técnica del convenio en la cooperación horizontal<sup>32</sup>. Como recuerda A. Huergo, la principal duda práctica que surge al aplicar la cooperación horizontal es cómo interpretar ese concepto de “cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común”. El otro requisito (“que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público”) supone, básicamente, que en los convenios no haya precio, sino compensación de costes, y, por tanto, es relativamente fácil de aplicar. El problema fundamental, como indica el profesor Huergo, es si resulta posible canalizar a través de un convenio (cooperación horizontal) aquellas colaboraciones en las que un poder adjudicador necesita una prestación y otro está dispuesto a realizarla si el primero le abona el coste, o bien entendemos que eso no es una “cooperación”, sino un intercambio, y que solo se puede realizar a través de un contrato (o de un encargo de cooperación vertical)<sup>33</sup>.

En materia de convenio no procede una estricta interpretación “formal” que atienda solo al “objeto”, ya que se limitaría de forma indebida, como ha

31. Y es que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador tiene la consideración de contrato público, como bien ha advertido, insistimos, la citada STJUE de 2 de junio de 2016, Falk Pharma.

32. *Vid.*, por todos, Fernández Acevedo (2018), Vilalta Reixach (2018a) y Huergo Lora (2017).

33. Huergo Lora (2020).

advertido también A. Huergo Lora, esta técnica de cooperación<sup>34</sup>. Y así lo ha ratificado el TJUE en varias sentencias de especial interés<sup>35</sup>.

La sentencia de 18 de junio de 2020 (asunto C-328/19), *Porin kaupunki*, aborda la cuestión de la transferencia de competencias entre municipios, aclarando que se trata de una decisión de organización administrativa que no tiene naturaleza contractual. El TJUE había tenido ocasión de pronunciarse de manera puntual. Entre otras referencias, debemos destacar especialmente la sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*. En este procedimiento, el TJUE vino a enjuiciar la atribución que determinadas autoridades locales alemanas habían realizado de sus competencias en materia de recogida y tratamiento de residuos a un consorcio administrativo creado por ellas. Ante la constatación de que dicho consorcio, por el volumen de actividades que realizaba con terceros, no cumplía con los requisitos para ser considerado como un medio propio personificado, y de que la atribución de dichos servicios al consorcio tampoco pretendía establecer una relación de cooperación entre las partes, el TJUE llega a la conclusión de que la normativa europea en materia de contratación pública:

“[...] debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público un acuerdo entre dos entidades territoriales [...], sobre la base del cual éstas adoptan un estatuto por el que se crea un consorcio de entidades, con personalidad jurídica de Derecho público, y por el que se transfiere a esa nueva entidad pública determinadas competencias de las que disfrutaban esas entidades hasta entonces y que en adelante corresponderán al consorcio de entidades (apartado 55)”.

La sentencia de 18 de junio de 2020 aclara el significado de esta opción de transferencia:

“61 Ahora bien, por su naturaleza, una transferencia de competencias de este tipo conlleva un desapoderamiento de los demás municipios parte en el convenio de colaboración a favor del municipio responsable. En

34. Huergo Lora (2017).

35. Sobre la cooperación vertical, la sentencia de 6 de febrero de 2020 (asuntos acumulados C-89/19 a C-91/19), *Rieco SpA*, ha declarado que es conforme al derecho europeo la opción nacional de limitar o condicionar esta técnica (como se hace, por cierto, en la LCSP), concluyendo que no se opone a una normativa nacional que supedita la celebración de una operación interna, también denominada “contrato *in house*”, a la imposibilidad de adjudicar un contrato público y, en cualquier caso, a la demostración por parte del poder adjudicador de los beneficios específicos que reporta a la sociedad el hecho de acudir a la operación interna. Asimismo, considera que no se opone a una normativa nacional que impide a un poder adjudicador adquirir participaciones en el capital de una entidad cuyos accionistas son otros poderes adjudicadores, cuando dichas participaciones no sean aptas para garantizar el control o la facultad de bloqueo y cuando dicho poder adjudicador tenga la intención de adquirir posteriormente una posición de control conjunto y, por consiguiente, la posibilidad de efectuar adjudicaciones directas de contratos en favor de la entidad de cuyo capital son titulares varios poderes adjudicadores.

efecto, como se ha indicado en el apartado 26 de la presente sentencia, en el modelo denominado del 'municipio responsable', este municipio asume por cuenta de los demás municipios una función cuyo cumplimiento garantizaba hasta entonces cada municipio.

62 Así pues, a raíz de esa transferencia, el municipio responsable se subroga, en cierto modo, en las facultades y obligaciones de las otras partes contractuales en cuanto a la prestación de los servicios objeto de un convenio de colaboración basado en el modelo denominado del 'municipio responsable'.

63 De ello resulta que, en el caso de autos, corresponde al beneficiario de la transferencia de competencias –el municipio responsable– satisfacer las necesidades de los demás municipios parte en el convenio de colaboración en materia de servicios sanitarios y, por tanto, prestar los servicios sociales y sanitarios controvertidos en el litigio principal en todo el territorio al que se aplica dicho convenio, si bien cada municipio sigue adeudando el coste real de los servicios utilizados por su propia población y por los residentes de los que es responsable.

64 Por tanto, para no privar de efecto útil a una transferencia de competencias, a efectos del artículo 4 TUE, apartado 2, tal como ha sido interpretado en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), en la adjudicación de un servicio, la autoridad a la que se ha transferido la función debe ser considerada forzosamente el poder adjudicador respecto a esa función, y debe serlo en todo el territorio de los municipios parte en el convenio mediante el que se transfieren competencias”.

Y, sobre el ejercicio de la misma a través de un *in house* compartido, el TJUE considera que un convenio de colaboración a tenor del cual los municipios parte en él transfieren a uno de ellos la responsabilidad de la organización de servicios en favor de estos municipios permite considerar, con ocasión de adjudicaciones posteriores a dicha transferencia, que dicho municipio es el poder adjudicador y lo faculta para confiar, sin licitación previa, a una entidad *in house*, la prestación de servicios que no solo satisfacen sus propias necesidades, sino también las de los demás municipios parte en dicho convenio, aun cuando, sin esa transferencia de competencias, los citados municipios hubieran debido satisfacer ellos mismos sus propias necesidades.

En todo caso, como bien destaca M. Vilalta Reixach, la aplicación de esta excepción debe realizarse también de forma estricta y sujeta al cumplimiento de determinados límites, para evitar que cualquier mera relación intersubjetiva atributiva de un servicio pueda considerarse como un supues-

to de redistribución de competencias entre entidades públicas excluido del ámbito de aplicación de la legislación contractual. Analizando el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, y la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, Remondis GmbH, se puede concluir que los supuestos de transferencias de competencias entre entidades públicas excluidos del ámbito contractual deberían suponer, como mínimo, dos consecuencias: a) asunción de responsabilidades y autonomía decisoria, y b) ausencia de retribución y autonomía financiera<sup>36</sup>.

Un segunda sentencia relevante (Sala Novena) es la de 4 de junio de 2020 (asunto C-429/19), Remondis GmbH, que analiza la delimitación de figuras para determinar cuando un convenio de cooperación cumple las exigencias para ser un negocio excluido del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, que en su apartado 4 señala:

“Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes<sup>37</sup>:

a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;

b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y

c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación”.

El asunto tiene especial relevancia práctica en España en relación con el alcance del convenio (art. 6 LCSP)<sup>38</sup>. Los distritos de Mayen-Coblenza (Ale-

36. Vilalta Reixach (2018b).

37. Hay que recordar que el considerando 33 de la Directiva 2014/24 de contratación pública señala lo siguiente:

“Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores.

Con el fin de cumplir esas condiciones, la cooperación debe estar basada en un concepto cooperador. Mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público”.

38. El Tribunal reafirma la doctrina de la sentencia de 9 de junio de 2009 (Comisión/Alemania, C-480/06), que se pronuncia también sobre un modelo interadministrativo de tratamiento de residuos municipales.

mania) y de Cochem-Zell (Alemania), y la ciudad de Coblenza (Alemania), encomendaron la ejecución, al consorcio que controlan conjuntamente, de su tarea consistente en valorizar y en eliminar los residuos generados en sus respectivos territorios. No obstante, el consorcio, él mismo un poder adjudicador, dispone únicamente de la capacidad de proceder al vertido de los residuos no reciclables, es decir, los residuos procedentes principalmente de los hogares que no contienen o casi no contienen materiales reciclables. Pues bien, para obtenerse residuos no reciclables, los residuos municipales mezclados deben ser objeto de un pretratamiento complejo en una planta biomecánica. Este pretratamiento permite extraer los materiales reciclables y los residuos de alto poder calorífico, retirar los contaminantes en la medida de lo posible y reducir significativamente la actividad biológica de la parte orgánica. El remanente, que es vertido a continuación, representa una media de algo menos del 50 % del volumen inicial. Al no disponer de una planta de este tipo, el consorcio encomienda el 80 % de las operaciones de valorización y de eliminación de los residuos municipales a empresas privadas. El tratamiento del 20 % restante, esto es, aproximadamente 10 000 toneladas por año, se atribuye al distrito de Neuwied (en lo sucesivo, “distrito”) mediante un convenio celebrado entre el consorcio y el distrito el 27 de septiembre de 2018. Al no contar con los medios adecuados para realizar una de las tareas que le son encomendadas, celebra un convenio con otra entidad pública para que se encargue de ello, a cambio de una retribución por los gastos que a esta última tal operación le genera. Frente a este convenio, una empresa privada interpone los recursos correspondientes, por considerar que en un caso como el presente la cooperación no existe, y que tal situación debe considerarse como un contrato público y, en consecuencia, debe ser objeto de licitación.

Sobre el fondo del asunto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala lo siguiente:

“(32) Que la celebración de un acuerdo de cooperación entre entidades del sector público debe aparecer como la culminación de una acción de cooperación entre las partes del mismo. La elaboración de una cooperación entre entidades del sector público presenta, en efecto, una dimensión intrínsecamente colaborativa, que no existe en un procedimiento de adjudicación de un contrato público al que resultan aplicables las normas previstas en la Directiva 2014/24.

(33) Así, la preparación de un acuerdo de cooperación presupone que las entidades del sector público que se proponen celebrar tal acuerdo definan en común sus necesidades y las soluciones que hayan de aportarse. En cambio, tal fase de evaluación y de definición de las ne-

cesidades es, por regla general, unilateral en el marco de la adjudicación de un contrato público ordinario. En este último supuesto, el poder adjudicador se limita, en efecto, a convocar una licitación en la que se mencionan las especificaciones que él mismo ha adoptado.

(34) Cabe colegir de lo anterior que la existencia de una cooperación entre entidades del sector público se basa en una estrategia, común para los socios de dicha cooperación, y requiere que los poderes adjudicadores unan sus esfuerzos para prestar servicios públicos.

(35) En el presente caso se desprende que el acuerdo celebrado entre el Consorcio y el distrito no revela ninguna forma de cooperación entre las partes y que (38) el convenio controvertido en el litigio principal parece tener únicamente por objeto la adquisición de una prestación mediante el abono de una retribución. En estas circunstancias no se vería afectado por la exclusión prevista en el artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24”.

Y por ello concluye afirmando lo siguiente:

“El artículo 12, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que no cabe considerar que exista una cooperación entre poderes adjudicadores cuando un poder adjudicador, responsable en su territorio de una misión de interés público, no lleva a cabo íntegramente él mismo tal misión que le incumbe en exclusiva en virtud del Derecho nacional y que requiere la realización de varias operaciones, sino que encarga a otro poder adjudicador, que no depende de él y que es también responsable de esa misión de interés público en su propio territorio, que efectúe alguna de las operaciones requeridas a cambio de una retribución”.

En definitiva, abre el ámbito interpretativo español (que lo limita en ocasiones de forma errónea a que no sea una prestación típicamente contractual), si bien hay que insistir en que la cooperación entre autoridades públicas debe ser real y efectiva. Es “indispensable” que haya una “participación conjunta de todas las partes del acuerdo de cooperación” en la prestación del servicio público<sup>39</sup>.

La doctrina del TJUE rechaza las formas de cooperación aparentes, no reales y efectivas, en donde una de las partes contratantes se encarga de la gestión de los residuos (o de otro servicio público) de un grupo de entida-

39. El TJUE entiende que no es suficiente un “simple reembolso de gastos”, como “única contribución” de alguna de las partes del acuerdo, para conformar una relación cooperativa (ap. 29).

des territoriales, y el resto se limita a actuar como meros clientes ajenos a la gestión del servicio. Prácticas estas, en algunos casos, en donde el ente público principal, gestor efectivo del servicio público, solo está interesado en la aportación económica de otras entidades, para garantizar la viabilidad del modelo, pero mantiene el control pleno de la preparación y gestión del servicio para evitar riesgos políticos o administrativos, mientras que otras Administraciones cocontratantes son meros “clientes” que solo quieren pagar, sin colaborar ni aunar esfuerzos (o haciéndolo con escaso compromiso) por articular modelos colaborativos que mejoren los resultados de las políticas públicas vinculadas al servicio, como es en este caso la política de residuos<sup>40</sup>.

Esto es lo que sucede en el supuesto analizado por la sentencia de 28 de mayo de 2020 (asunto C-796/18), Informatikgesellschaft, que, recordando que “una cooperación entre poderes adjudicadores puede quedar excluida del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública previstas en esta Directiva cuando tal cooperación recaiga sobre actividades de apoyo a los servicios públicos que han de prestar, incluso de forma individual, cada uno de los socios de esa cooperación, siempre y cuando tales actividades de apoyo contribuyan a la realización efectiva de los referidos servicios públicos”, concluye que “un acuerdo que, por una parte, establece que un poder adjudicador cede gratuitamente un *software* a otro poder adjudicador y, por otra parte, se vincula con un acuerdo de cooperación en virtud del cual cada una de las partes de este último se obliga a ceder gratuitamente a la otra los futuros desarrollos del *software* que pudiera implementar constituye un ‘contrato público’, en el sentido del artículo 2, apartado 1, punto 5, de esta Directiva, cuando tanto de los términos de los referidos acuerdos como de la normativa nacional aplicable resulte que dicho *software* será, en principio, objeto de adaptaciones”.

Como conclusión, en todo caso, como en todo negocio jurídico, para su delimitación será necesario atender a la causa del mismo<sup>41</sup>. Hay que des-

40. Criterio aplicado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la sentencia 1774/2021, que reitera su criterio fijado en la sentencia de 21 de septiembre de 2020 en relación con los requisitos exigibles para una correcta articulación de las fórmulas de cooperación horizontal y vertical, recordando el carácter excepcional de la técnica de los encargos a medios propios y de la exigencia de comprobar que se cumplen los requisitos para que puedan ser considerados correctos.

41. Lo argumenta bien Santiago Iglesias (2015: 31): “se puede afirmar que el elemento determinante de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico es la causa y no el objeto. De acuerdo con esta interpretación, un negocio jurídico tendrá naturaleza convencional cuando, aun coincidiendo su objeto con el de alguno de los contratos regulados en el TRLCSP, las Administraciones públicas intervinientes lo celebren con la finalidad de coordinar, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar, es decir, cuando persigan un objetivo común de interés público, mientras que el negocio jurídico de que se trate tendrá naturaleza contractual cuando con él se persiga, prevalentemente, el lucro de una de las partes”.

tacar que este requisito teleológico no es, obviamente, una mera exigencia abstracta, sino que, al amparo del artículo 50.1 de la LRJSP –que prevé que será necesario que el convenio se acompañe de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad–, las partes, al formalizar el convenio, deberían concretar expresamente los objetivos de interés público compartidos que se persiguen con su suscripción.

## 2.3

### Los contratos de arrendamientos de inmuebles como actividad excluida en tanto no sea un contrato de obras

El concepto de obra pública había sido analizado desde una óptica funcional por el TJUE, atendiendo al dato de que exista influencia en la decisión final (STJUE 30 octubre 2009, Comisión/Alemania). Así ocurre cuando el poder adjudicador ha adoptado medidas tendentes a definir las características de la obra o, cuando menos, a ejercer una influencia determinante en su proyecto (sentencia de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartado 44 y jurisprudencia citada)<sup>42</sup>.

En la sentencia de 22 de abril de 2021 (asunto C-537/19), *Comisión/Austria*, se analiza si ha existido una adjudicación directa, sin licitación ni anuncio para convocar esta, de un contrato relativo al edificio Gate 2 situado en Viena. La Comisión alega que, el 25 de mayo de 2012, *Wiener Wohnen* celebró, en calidad de poder adjudicador, con una empresa privada, un contrato de arrendamiento de larga duración sobre dicho inmueble, cuando este ni siquiera se había construido. Según la Comisión, *Wiener Wohnen* influyó en el diseño del edificio de un modo que excede ampliamente de las exigencias normales de un arrendatario interesado. Para la Comisión, ese contrato, que no puede estar comprendido en la exclusión prevista en el artículo 16, letra a), de la Directiva 2004/18, debe calificarse de “contrato de obras” en el sentido de esta Directiva (y entiende que la infracción de la Directiva 2004/18 que se produce en tales circunstancias persiste mientras subsista el contrato de arrendamiento en cuestión, que no puede rescindirse, de manera ordinaria, antes de 2040).

Según la jurisprudencia del TJUE, la cuestión de si determinada operación es o no un contrato público de obras, a efectos de la normativa de la

<sup>42</sup>. Como ejemplo de tales medidas, caber citar las instrucciones específicas del poder adjudicador que van más allá de las exigencias ordinarias de un arrendatario respecto de un inmueble como la obra de que se trata (en este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 2009, *Comisión/Alemania*, C-536/07, EU:C:2009:664, apartado 58).

Unión, compete al derecho de la Unión. En virtud del contrato público de obras, el poder adjudicador recibe una prestación que consiste en la realización de las obras que prevé obtener y que conlleva para él un beneficio económico directo. Pues bien, tal beneficio económico puede constatarse no solo cuando se dispone que el poder adjudicador asumirá la propiedad de las obras objeto del contrato, sino también cuando se establece que el poder adjudicador dispondrá de un título jurídico que le asegurará la disponibilidad de esas obras, a los efectos de su afectación pública (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, apartados 48 a 51).

En la sentencia de 22 de abril de 2021 se recuerda que la calificación del contrato proyectado de “contrato de arrendamiento” por las partes no es determinante en este sentido (sentencia de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartado 40 y jurisprudencia citada). Y se da respuesta negativa a la consideración como contrato de obras de esta operación de arrendamiento. Se argumenta lo siguiente:

“45 De igual forma, carece de relevancia para la calificación del contrato el hecho de que el contrato principal no contenga, en su caso, una opción u obligación de recompra de los edificios construidos por parte del Ayuntamiento de Viena o de Wiener Wohnen (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania, C-536/07, EU:C:2009:664, apartado 62).

46 Por otra parte, cuando un contrato contiene al mismo tiempo elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de otro tipo de contrato, habrá que referirse a su objeto principal para determinar su calificación jurídica y cuál es la normativa de la Unión que debe aplicarse (sentencia de 10 de julio de 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, apartado 41 y jurisprudencia citada).

47 Respecto al objeto de la operación controvertida, procede señalar que el contrato en cuestión se denomina ‘contrato de arrendamiento’ y contiene efectivamente elementos propios de un contrato de arrendamiento. No obstante, es preciso hacer constar que, en la fecha en que se celebró el contrato, la construcción de las obras contratadas no había comenzado aún. Por consiguiente, dicho contrato no podía tener como objetivo inmediato el arrendamiento de inmuebles. El objetivo de dicho contrato era la ejecución de la referida obra, que debía entregarse posteriormente a Wiener Wohnen sobre la base de un ‘contrato de arrendamiento’ (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania, C-536/07, EU:C:2009:664, apartado 56)”.

Y en el caso concreto se entiende que no se ha acreditado esa influencia dominante (resultando accesoria la existencia de retribución). Se afirma: “En el presente asunto, procede señalar que la Comisión no ha alegado que Wiener Wohnen hubiera intentado ejercer alguna influencia en los planos del propietario del terreno, a saber, Vectigal Immobilien, antes de la recepción, el 28 de febrero de 2012, del estudio de los emplazamientos (Standortanalyse) que había encargado al experto inmobiliario”<sup>43</sup>. Y se valida el contrato de arrendamiento como negocio excluido de la Directiva de contratación pública.

## 2.4

### La adquisición de servicios jurídicos de defensa en proceso jurisdiccional como negocio jurídico excluido

Ha sido discutible la cuestión de contratación de servicios jurídicos, al no quedar clara la cuestión en la LCSP (en mi opinión, por un defecto formal de transposición). La Directiva 2014/23 es clara al respecto en su artículo 10, al afirmar que “no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para arbitraje y conciliación y tampoco para cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (de libre prestación de servicios por abogados), en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje; o en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales”.

La profesión de abogado se caracteriza por ser un agente activo (partícipe) en la función pública de la Administración de Justicia (art. 30 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española). Y es así en toda Europa, lo que explica la aprobación de la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977,

43. Para el TJUE “la estructura del edificio Gate 2, descrita en el citado estudio de viabilidad de 23 de enero de 2012, y la estructura que figura en el de 4 de mayo de 2012, que forma parte del contrato de arrendamiento en cuestión, son sustancialmente idénticas, y el documento más reciente contiene también precisiones adicionales, en particular por lo que se refiere a la utilización de determinados espacios, habiendo sido elaborados ambos documentos por el mismo despacho de arquitectos. [...] Por consiguiente, estos datos pueden corroborar la misma tesis que sostiene la República de Austria, según la cual ‘cuando se llevaron a cabo las negociaciones encaminadas a la celebración del contrato de arrendamiento ya estaba realizada completamente la planificación del edificio [Gate 2] [y que] Wiener Wohnen [...] no pudo nunca influir en el diseño arquitectónico o en la planificación concreta de las alas A y B del edificio [Gate 2]’”.

dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, que considera a esta una actividad regulada vinculada a la propia corrección del sistema judicial. De lo que se deduce, *per se*, que no tiene la consideración de relación jurídica de prestación de servicios típicamente civil o mercantil. Por ello se encuentran excluidos de la aplicación de la Directiva servicios de mercado interior de 2006, de 12 de diciembre (2006/123/CE), tal y como indica el considerando 88: “La disposición sobre la libre prestación de servicios no debe aplicarse a los casos en que los Estados miembros, de conformidad con el Derecho comunitario, reservan una actividad a una profesión en particular, por ejemplo, la obligación de reservar la prestación de asesoría jurídica a los abogados”.

La Directiva 2014/24/UE ha modificado sustancialmente el régimen jurídico de la regulación de los servicios, eliminado su división en categorías y la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados en atención a esa división<sup>44</sup>. En lo que se refiere a la regulación de los servicios jurídicos, la Directiva establecía que estos servicios solamente quedaran sujetos a la normativa contractual pública cuando su presupuesto superara los 750 000 euros (art. 4 de la Directiva), y que su objeto contractual no hubiera sido excluido expresamente al amparo de los artículos 7 a 17 de la misma. Por ello, la Directiva declara al respecto la exclusión de su ámbito de aplicación de determinados servicios jurídicos. En su artículo 10 d) afirma que “no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para arbitraje y conciliación y tampoco para cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (de libre prestación de servicios por abogados), en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje; o en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales”.

Esto significa que, para el derecho europeo, los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio en el ámbito de la contratación pública,

44. Los servicios jurídicos se contemplan en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014. Dentro de esta categoría se incluyen una relación de servicios de muy diferente naturaleza y que el vocabulario común de contratos (CPV) aprobado por el Reglamento (CE) n.º 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, califica en tres grandes subcategorías que encuadra en los códigos 79110000-8 a 79140000-7: Representación en juicio; Asesoría; y Documentación e información jurídicas. La propia Directiva de contratación pública los define con más precisión y restringe los servicios jurídicos, concretamente los dos primeros (servicios de representación en juicio y asesoría), a los definidos en el art. 1 de la Directiva 77/249/CEE, del Consejo, de 22 de marzo de 1977, que son las actividades de abogacía ejercidas en concepto de prestación de servicios.

que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del derecho, están formalmente excluidos y no tienen la consideración de contrato público<sup>45</sup>. Y como explica Rubio Beltrán, países como Italia, Francia o Alemania han excluido los servicios jurídicos de “abogado” de la normativa de contratación pública.

Pero esta exclusión no se contempla de forma expresa en la LCSP. En mi opinión, en tanto se pueda justificar que existen derechos de propiedad intelectual, estarían excluidos los servicios jurídicos de defensa en juicio (como lo están, ex artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, los “informes forenses”)<sup>46</sup>. Y ello por su propia naturaleza y función, y porque resulta indiscutible que en la elección del abogado por un poder adjudicador hay un claro elemento de confianza que debe prevalecer frente al de la competencia<sup>47</sup>.

Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 6 de junio de 2019 –asunto C-264/18–, que resuelve una cuestión prejudicial en la que se plantea si el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), de la Directiva 2014/24 es compatible con el principio de igualdad, en relación o no con el principio de subsidiariedad y con los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, al quedar estos servicios jurídicos excluidos de la aplicación de las normas sobre adjudicación establecidas en dicha Directiva, que sin embargo garantizan la plena competencia y la libre circulación en la contratación de servicios por las autoridades públicas. En este caso, la legislación belga en materia de contratación pública que traspone la Di-

45. El considerando 25 de la Directiva justifica la exclusión a la que se refiere el art. 10.d) en el hecho de que el mercado de los servicios jurídicos es eminentemente un mercado nacional porque el derecho varía en cada Estado miembro, y no es este un mercado que se abra a la concurrencia de operadores de otros Estados. También es esa la razón por la que la Directiva aumenta el umbral económico para la aplicación de la regulación armonizada a los servicios jurídicos. El legislador europeo ha ponderado los principios de la contratación pública y ha considerado que no siempre hay que abrir las licitaciones o hay que hacerlo con el mismo grado de publicidad y garantías. El legislador europeo no aplica las medidas y garantías previstas en las directivas, o las pondera en su justa medida, cuando las circunstancias del mercado no exigen su protección. Y así se ha considerado en el caso de la prestación de los servicios jurídicos.

46. En ese mismo sentido se posiciona J. Rubio Beltrán, quien, con una excelente argumentación, advierte que todos los elementos propios que conforman el contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, configuran y dotan a estos servicios de unas características especiales. La finalidad del objeto de este tipo de contratos de servicios jurídicos es la obtención de un resultado en el que intervienen factores humanos, intelectuales y de estrategia, lo que lleva a caracterizar este servicio, al igual que otros, como un servicio de carácter intelectual. Y esta caracterización de los servicios jurídicos como servicios intelectuales, obligatoriamente, debe conducir también a dotarlos de un tratamiento y de una regulación específica para su contratación por el sector público. *Vid.* Rubio Beltrán (2019: 202).

47. Lo razona muy bien Mesa Vila (2018). Este autor destaca que, especialmente en los servicios de asesoramiento jurídico continuado, nos encontramos ante un contrato con unas características muy singulares que lo hacen diferente al resto de contratos de servicios, pues se basan en un elemento imponderable y con un marcado grado de subjetividad que choca frontalmente con la objetividad y necesaria ponderación de los criterios de valoración de ofertas y, por tanto, con el sistema de contratación pública.

rectiva excluye los servicios jurídicos de su ámbito objetivo de aplicación. La sentencia rechaza que la Directiva menoscabe las libertades garantizadas por los tratados, al excluir los servicios jurídicos contemplados en el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), del ámbito de aplicación de esta, y, por tanto, no obligar a los Estados miembros a someterlos a las normas de adjudicación de contratos públicos.

El TJUE analiza este tipo de relación jurídica, y explica y justifica por qué quedan excluidos los servicios de defensa en juicio y el asesoramiento previo, habida cuenta de que en el considerando 25 de la Directiva no queda justificada esta exclusión, como ha quedado dicho. Para el Tribunal, lo que motiva la exclusión es que los “servicios prestados por un abogado solo se conciben en el marco de una relación *intuitu personae* entre el abogado y su cliente, marcada por la más estricta confidencialidad”. Sigue diciendo la sentencia que “esa relación *intuitu personae* entre el abogado y su cliente, caracterizada por la libre elección de su defensor y la relación de confianza que une al cliente con su abogado dificulta la descripción objetiva de la calidad esperada de los servicios que hayan de prestarse”. Y añade que “la confidencialidad de la relación entre el abogado y su cliente, cuyo objeto consiste, [...], tanto en salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos de la defensa de los justiciables como en proteger la exigencia de que todo justiciable tenga la posibilidad de dirigirse con entera libertad a su abogado [...], podría verse amenazada por la obligación del poder adjudicador de precisar las condiciones de adjudicación de ese contrato y la publicidad que debe darse a tales condiciones”.

Y continúa concluyendo:

“De ello se desprende que, debido a sus características objetivas, los servicios contemplados en el artículo 10, letra d), incisos i) y ii), de la Directiva 2014/24 no son comparables a los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Habida cuenta de esa diferencia objetiva, el legislador de la Unión tampoco vulneró el principio de igualdad de trato al excluirlos, en el marco de su facultad de apreciación, del ámbito de aplicación de esa Directiva.

39 En tercer lugar, por lo que respecta a los servicios jurídicos comprendidos entre las actividades que participan, siquiera ocasionalmente, del ejercicio de la autoridad pública, contemplados en el artículo 10, letra d), inciso v), de la Directiva 2014/24, esas actividades, y, en consecuencia, esos servicios, están excluidos, con arreglo al artículo 51 TFUE, del ámbito de aplicación de las disposiciones de ese Tratado relativas a la libertad de establecimiento y de las relativas a la libre prestación de servicios con arreglo al artículo 62 TFUE. Tales servicios se distinguen de

los comprendidos en el ámbito de aplicación de esa Directiva ya que participan directa o indirectamente del ejercicio del poder público y de las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las demás colectividades públicas.

40 De ello se desprende que, por su propia naturaleza, servicios jurídicos relacionados, siquiera ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública no son comparables, debido a sus características objetivas, con los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Habida cuenta de esa diferencia objetiva, el legislador de la Unión tampoco vulneró en este caso el principio de igualdad de trato al excluirlos, en el marco de su facultad de apreciación, del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24”.

Para el TJUE no hay dudas de que esta relación jurídica está excluida de las normas de contratación pública porque no estamos en presencia de un contrato público de servicios. Y, por coherencia, si no es contrato público de servicios, no se puede justificar, desde el ámbito nacional, esa naturaleza. Es más, por el propio efecto útil del derecho europeo y carácter “pretoriano” de la jurisprudencia del TJUE habrá que entender (e interpretar la LCSP) que estas relaciones jurídicas no son contratos públicos.

Y de hecho, la LCSP no los excluye de forma expresa como servicios sometidos a las previsiones de la Ley (de hecho existe la obligación de atender de oficio a quien carezca de recursos, lo que revela la no existencia de una actividad exclusivamente mercantil). Por lo que, desde una interpretación sistemática que articule de forma correcta el ordenamiento jurídico europeo y el nacional, habría que concluir que estos servicios, para preservar el efecto útil de la norma, están excluidos. La explicación, como se ha dicho por el TJUE, viene dada por el carácter singular de la prestación, donde confidencialidad e intelectualidad conforman una relación *sui generis* que, aun de carácter oneroso, excluye las reglas de la contratación pública, pues no deben operar aquí los principios vinculados a la tensión competitiva del mercado.

Abunda esta explicación el dato, como elemento intrínseco, de la imprescindible mutua confianza en la selección de quien presta esta actividad, que, como apunta Mesa Vila, es la base sobre la que se construye la relación entre abogado y cliente. Esta afirmación –explica– tiene su apoyo y fundamento jurídico en el art. 4 del Código Deontológico de la Abogacía, previsto en el Estatuto de la Abogacía Española, que prescribe lo siguiente:

“Artículo 4. Confianza e integridad

1. La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente.

2. El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél.
3. En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo”.

La base de la confianza se configura, de este modo, como una obligación jurídica, pero con un carácter marcadamente personal y subjetivo. Sin embargo, la relación entre abogado y cliente va más allá de su marco normativo, pues en ella destaca, sobre todos los demás, un elemento esencial para la supervivencia de la misma: la confianza, cuya ausencia o pérdida nos llevará inevitablemente a su extinción. Sin confianza no hay negocio jurídico.

La relación del abogado con el cliente debe fundarse en la confianza (STS de 3 de abril de 1990), y, por ello, no procede la utilización de procedimientos competitivos, pues, en sentido estricto, la prestación no es de mercado, al no ser posible una “homogeneización de ofertas”<sup>48</sup>. Dicha confianza se justifica no en una decisión caprichosa, pues, como elemento esencial de esta actividad, nos encontramos ante opciones de estrategia procesal donde hay decisiones de carácter intelectual (como los informes forenses) que obligan a concluir que esta relación jurídica tampoco en España encaja en la figura del contrato de servicios, y que, pese a la posible consideración de contrato armonizado, se trata de una prestación de naturaleza “personalísima”, excluida de las reglas procedimentales propias de la LCSP<sup>49</sup>.

Por todo lo expuesto, y si nos atenemos a la previsión interpretativa del artículo 3 del Código Civil, “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras. Es un criterio según el cual el intérprete ha de atender al

48. Como explica Fuertes López (2016), en relación con la sentencia TJUE de 2 de junio de 2016, Dr. Falk Pharma GmbH, asunto C-410/14, no hay que aplicar la normativa de contratación pública cuando no hay problemas de competencia o porque se trata de modalidades contractuales no acogidas todavía en el derecho europeo. Sobre los efectos prácticos de la técnica *open house*, revisten interés Díez Sastre (2021) y García-Álvarez García (2020).

49. Debe advertirse, como ha destacado Menéndez Sebastián (2018: 1541-1543), la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tendencia, errónea, a incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro. El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, “Consulta sobre diversos tipos de contratos”, de la JCCA del Estado, ya había informado que “[l]os contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual”.

significado gramatical de las palabras que componen la norma. Lo que persigue este criterio es que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible.

No parece, sin embargo, que pueda inducir a error la redacción literal de las directivas europeas sobre esta cuestión, tal y como ha advertido el TJUE, de forma que es evidente que los servicios jurídicos de defensa jurisdiccional no tienen la consideración de contrato público. La interpretación literal viene, en este caso, reforzada por la interpretación sistemática. El ordenamiento jurídico-administrativo constituye un sistema organizado de normas donde existen principios que garantizan el funcionamiento coherente ante un eventual conflicto entre las mismas. Y entre ellas, en una materia de derecho europeo (con finalidad armonizadora, no se olvide) deben resolverse las dudas interpretativas preservando el efecto útil del derecho europeo y de sus conceptos, de forma que una actividad que desde la lógica europea no tiene consideración de contrato público no la puede tener en la norma nacional. Y para extender las reglas procedimentales a escala nacional –lo que sería discutible– hará falta previsión expresa (con justificación) de tal decisión. Y esto no sucede con la regulación de los servicios jurídicos de defensa en la LCSP (y no se puede dar como algo “implícito”, como pretende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el referido Informe 4/2019).

En definitiva, estas actividades de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales están excluidas de la LCSP, tanto desde la lógica gramatical como desde la sistemática y teleológica<sup>50</sup>.

Y si es un contrato excluido de la LCSP su naturaleza será, como para todo contrato vinculado a la propiedad incorporeal, la de contrato privado (lo que significa que se regulan por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del artículo 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado), sin que pueda aplicarse limitación alguna ex artículo 118 LCSP, al no tramitarse –ni poder tramitarse– esta adquisición de conocimiento como contrato menor<sup>51</sup>. Esto significa que no hay límite temporal del contrato, que vendrá vinculado al cumplimiento efectivo de la prestación (como indica la legislación del derecho privado aplicable y ya admite el artículo 29 LCSP), ni límite cuantitativo del contrato (aunque la retribución

50. Por el contrario, la Junta Consultiva de Contratación Pública mantiene una posición contraria, aunque considera que se trata de un contrato no armonizado. Ver tanto el Informe 4/2019 como el Informe 52/2020.

51. Este criterio lo he defendido al analizar los contratos de producción televisiva. *Vid.* Gimeno Feliu (2018a).

deberá figurar explicitada en el contrato que se suscriba y ser adecuada a los honorarios propios de esta actividad). Obviamente, en cuanto se trata de un contrato que realiza una entidad del sector público, deberá existir un expediente administrativo que justifique la necesidad de la prestación y –aun de forma sucinta– los motivos de selección, determinando las condiciones del contrato a celebrar<sup>52</sup>.

## 2.5

### Sobre el ámbito de relaciones con entidades sin ánimo de lucro

En la prestación de servicios a las personas en ámbitos tan sensibles como la sanidad, la educación y los servicios sociales, interesa de especial modo la correcta prestación, a un nivel óptimo de calidad, de dichos servicios, atendiendo al mejor resultado que pueda obtenerse, lo que tiene su importancia a la hora de articular los mecanismos jurídicos para su puesta en funcionamiento, de tal manera que pueden utilizarse fórmulas no contractuales o, en su caso, preverse singularidades en el concreto contrato público<sup>53</sup>.

52. Ni siquiera es de aplicación el artículo 168 LCSP, que habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando "las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial". El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador "personalísimo".

53. Opción validada, sobre la base del principio de solidaridad, por la STJUE de 17 de junio de 1997, Sodemare (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32). Desde esta premisa, puede afirmarse que el proceso de transposición de la Directiva europea sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014) a la legislación interna permite diseñar un nuevo marco regulatorio alejado del tradicional modelo de contratación pública, pues los artículos 76 y 77, de alcance potestativo para los Estados, habilitan tanto la reserva de contratos como un régimen singular en el ámbito de la salud y de los servicios sociales en servicios a personas (y de educación). Incluso debe considerarse, de acuerdo con el artículo 76.2 de la citada Directiva, la conveniencia de adaptar el modelo sanitario y de servicios sociales a las personas, centrado en las características antes relacionadas, poniendo en valor, pero no de manera excluyente, la colaboración de entidades del tercer sector con una importante implantación social, en cuanto se ha acreditado que es un modelo de éxito, de contrastados resultados económicos y de muy elevada calidad prestacional y de responsabilidad institucional. Los poderes públicos, como ya se ha advertido en este estudio, siguen "teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación" (considerando 114). Esta excepción, aunque poco clara, parece lógico extenderla a todo

La STJUE de 28 de enero de 2016, CASTA y otros, asunto C-50/14, supuso la apertura de nuevas perspectivas de colaboración con entidades sin ánimo de lucro en el ámbito de prestaciones a personas en los sectores sanitarios y sociales. El TJUE advierte que la regla general es que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio, o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro (véase en ese sentido la sentencia Croce Rossa y otros, C-113/13). Pero reconoce que, en casos de servicios sanitarios a personas, es posible que una normativa nacional habilite la adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria<sup>54</sup>. La argumentación es muy clara:

“60 Ciertamente, en el ejercicio de esa competencia los Estados miembros no pueden introducir o mantener restricciones injustificadas al ejercicio de las libertades fundamentales en el ámbito de la asistencia sanitaria. Sin embargo, en la apreciación del respeto de esa prohibición es necesario tener en cuenta que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros, que disponen de un margen de apreciación, decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 ‘Spezzino’ y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 56 y jurisprudencia citada).

61 Por otra parte, no sólo un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social puede constituir, en sí mismo, una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios, sino que además el objetivo de mantener por razones de salud pública un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos también puede estar comprendido en una de las excepciones por razones de salud pública, en la medida en que dicho objetivo contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud. Entran en ese ámbito las medidas que, por un lado, respondan al objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una

---

servicio a la persona, social o sanitario, a la vista de la redacción del articulado descrito. Y, en su caso, deberá respetar las mismas reglas y principios.

<sup>54</sup>. Sobre el significado de esta jurisprudencia me remito a Gimeno Feliu (2018b). *Vid.* también Bernal Blay (2018: 2864-2865).

gama equilibrada de prestaciones médicas de calidad y, por otro lado, deriven de la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' y otros, C-113/13, apartado 57 y jurisprudencia citada).

62. En segundo lugar, un Estado miembro puede considerar, dentro del margen de apreciación del que dispone para decidir el nivel de protección de la salud pública y organizar su sistema de seguridad social, que el recurso a las asociaciones de voluntariado corresponde a la finalidad social del servicio de transporte sanitario y puede contribuir a controlar los costes ligados a ese servicio (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 59).

63. Sin embargo, un sistema de organización del servicio de transporte sanitario como el que es objeto en el litigio principal, que permite a las autoridades competentes recurrir a asociaciones de voluntariado, debe contribuir efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' y otros, C-113/13, EU:C:2014:2440, apartado 60)".

El TJUE, admitida esta posibilidad de cooperación, recuerda cuáles deben ser los principios que deben respetarse para validarse esta posibilidad:

a) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las entidades privadas no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan<sup>55</sup>;

b) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;

c) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" y otros, C-113/13, apartado 61).

<sup>55</sup>. Sobre este aspecto, la STJUE de 21 de marzo de 2019, Falck A/S, define el concepto de entidades sin ánimo de lucro en los siguientes términos: "(59) constituyen 'organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro', en el sentido del artículo 10, letra h), de la Directiva 2014/24 [ídem redacción al artículo 19.2.f LCSP] las organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar funciones sociales, carecen de finalidad comercial y reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o asociación". Señala, por otra parte, en su apartado 60, que las organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro tampoco han de considerarse equivalentes a aquellos operadores a los que se reservan determinados contratos.

Asimismo, establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda el principio general del derecho de la Unión de prohibición del abuso de derecho.

Sobre esta cuestión, la STJUE de 21 de marzo de 2019 (asunto C-465/17) aborda tanto el concepto de entidades sin ánimo de lucro como el ámbito objetivo que permite la exclusión, afirmando, en relación a quienes tienen consideración de entidades sin ánimo de lucro, lo siguiente:

“(59) constituyen ‘organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro’, en el sentido del artículo 10, letra h), de la Directiva 2014/24, las organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar funciones sociales, carecen de finalidad comercial y reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o asociación”<sup>56</sup>.

Aclarando –apartado 60– que las organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro tampoco han de considerarse equivalentes a aquellos operadores a los que se reservan determinados contratos (ver artículo 77.2 de la Directiva y D.A. cuarta de la LCSP), esto es, en el ámbito español, los centros especiales de empleo de iniciativa social, y a empresas de inserción, así como tampoco cooperativas u organizaciones que son propiedad de su personal o en las que el personal participe activamente en la dirección.

Y en cuanto al ámbito objetivo que permite la exclusión de las reglas de la Directiva 2014/24 de contratación pública, aclara que solo están comprendidos en los códigos CPV 75251120-7 (servicios de socorro) y CPV 85143000-3 (servicios de ambulancia), y, en consecuencia, excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios de transporte en ambulancia “cualificados”, es decir, aquellos en los que (han de darse las dos condiciones): a) el transporte lo realice efectivamente personal con formación adecuada en primeros auxilios; b) esté destinado a un paciente cuyo estado de salud pueda agravarse durante el transporte.

Igualmente, la sentencia de 6 de febrero de 2020 (asunto C-11/19), Azienda, insiste en los requisitos de esta excepción al transporte en ambulancia, concluyendo que para ello debe tratarse de la atención y asistencia de pacientes en situación de emergencia en un vehículo de socorro por un técnico en transporte y emergencias sanitarias/socorrista, comprendida en el código CPV [Common Procurement Vocabulary (Vocabulario común de contratos públicos)] 75252000-7 (servicios de socio-

<sup>56</sup>. Esta misma redacción se contiene en el artículo 19.2.f LCSP, por lo que la jurisprudencia resulta de indudable aplicación.

ro), y el transporte en ambulancia cualificado, que supone, además de la prestación del servicio de transporte, la atención y asistencia de los pacientes en una ambulancia por un socorrista asistido de un auxiliar de transporte sanitario, comprendido en el código CPV 85143000-3 (servicios de ambulancia), siempre que el transporte en ambulancia cualificado lo realice efectivamente personal con formación adecuada en primeros auxilios y esté destinado a un paciente cuyo estado de salud pueda agravarse durante el transporte. Y recuerda, además, como se fijaba en la jurisprudencia explicada, que no es admisible que las asociaciones asistenciales reconocidas por el derecho nacional como organizaciones de protección y defensa civiles se consideren “organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro”, en el sentido de dicha disposición, en la medida en que el reconocimiento del estatuto de asociación asistencial no está supeditado en el derecho nacional a que persiga un fin no lucrativo, y, por otra parte, que las organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar una función social, que carecen de finalidad comercial y reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o asociación, constituyen “organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro”, en el sentido de dicha disposición.

## 2.6

### La determinación del valor estimado en los acuerdos marco

La sentencia de 17 de junio de 2021 (asunto C-23/20), Simonsen, aborda la cuestión relativa a la obligación de incluir el valor estimado en los contratos cuando se utilice la técnica del acuerdo marco. Así, en relación con cómo interpretar el artículo 49 de la Directiva 2014 de contratación pública, concluye que el anuncio de licitación debe indicar la cantidad o el valor estimados y una cantidad o un valor máximos de los productos que deben suministrarse en virtud de un acuerdo marco, y que, una vez alcanzado dicho límite, se agotarán los efectos de ese acuerdo marco, y, como consecuencia del principio de igualdad de trato contenido en el artículo 18 de la referida Directiva, debe indicarse la cantidad o el valor estimados y una cantidad o un valor máximos de los productos que deben suministrarse en virtud de un acuerdo marco de manera global, y dicho anuncio puede establecer aquellas exigencias adicionales que el poder adjudicador decida añadir.

## 2.7

### Solvencia técnica y especificaciones técnicas como elementos diferentes

La STJUE de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos (asunto C-927/19), a modo de “carro de supermercado”, plantea varias cuestiones prejudiciales a las que da respuesta el TJUE. Se plantea ante el tribunal si las prescripciones técnicas pueden considerarse a la vez como criterio de selección relativo a la capacidad técnica y profesional, como especificaciones técnicas o como condiciones de ejecución del contrato. En concreto, se cuestiona: “¿Está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 58, apartado 4, de la Directiva 2014/24, del artículo 42 en relación con el anexo VII de esa Directiva o el artículo 70 de esta, una cláusula de un pliego de condiciones con arreglo a la cual se exige a los proveedores que demuestren que los vehículos necesarios para la prestación de servicios [de gestión de residuos] cumplen requisitos técnicos específicos, que incluyen, por ejemplo, requisitos relativos a las emisiones contaminantes (norma Euro 5), la instalación de un transmisor GPS y la capacidad de almacenamiento?”. Y la respuesta que se da (apartados 83 a 90) es afirmativa, recordando que la Directiva 2014/24 no excluye que las prescripciones técnicas puedan entenderse a la vez como criterios de selección relativos a la capacidad técnica y profesional, como especificaciones técnicas o como condiciones de ejecución del contrato, en el sentido, respectivamente, del artículo 58, apartado 4, del artículo 42 y del artículo 70 de dicha Directiva. Y, por ello, concluye lo siguiente:

“Los artículos 58, apartado 4, 42 y 70 de la Directiva 2014/24 deben interpretarse en el sentido de que pueden aplicarse simultáneamente a una prescripción técnica contenida en una licitación”.

Además, procede subrayar que, en el marco de la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta también si la calificación de las prescripciones controvertidas puede tener incidencia en las posibilidades de rectificación y de subsanación de las ofertas presentadas:

“92 A este respecto, procede señalar que, con arreglo al artículo 56, apartado 3, de la Directiva 2014/24, cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a esa Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro

de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia. 93 Como se desprende de reiterada jurisprudencia relativa a la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), basada en particular en el principio de igualdad de trato y que procede aplicar por analogía en el contexto de dicho artículo 56, apartado 3, una petición de aclaraciones presentada a un operador económico en virtud de esa disposición no puede paliar la falta de un documento o de alguna información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación, ya que el poder adjudicador debe cumplir estrictamente los criterios que él mismo ha establecido. Además, esa petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véanse, por analogía, las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40; de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 36 y 40, y de 28 de febrero de 2018, MA.T.I. SUD y Duemme SGR, C-523/16 y C-536/16, EU:C:2018:122, apartados 51 y 52)".

El TJUE declara, por tanto, que la extensión del derecho del poder adjudicador de permitir al adjudicatario completar o aclarar en una fase posterior su oferta inicial depende del cumplimiento de las disposiciones del artículo 56, apartado 3, de la Directiva 2014/24, teniendo en cuenta, en particular, las exigencias del principio de igualdad de trato, y no, como tal, de la calificación de las prescripciones controvertidas en el litigio principal como criterios de selección relativos a la "capacidad técnica y profesional" de los operadores económicos, en el sentido del artículo 58, apartado 4, de dicha Directiva, como "especificaciones técnicas", en el sentido del artículo 42 de esta, o como "condiciones de ejecución", en el sentido del artículo 70 de la citada Directiva.

## 2.8

### **Solvencia versus condiciones de ejecución en la gestión de residuos**

La sentencia de 8 de julio de 2021 (asunto C-295/20), Sanresa, es de especial interés en cuanto permite delimitar condiciones de solvencia con condiciones especiales de ejecución. El Tribunal aclara que la obligación de obtener

la autorización de las autoridades competentes afectadas para poder trasladar residuos de un Estado miembro a otro Estado no guarda relación con la solvencia económica y financiera de un operador económico, ni puede asimilarse ni a la de estar inscrito en un registro profesional o mercantil en un Estado miembro ni a la obligación de ser titular de una autorización especial o de pertenecer a una determinada organización (apartado 44). Por tanto, la obligación de obtener tal autorización no está comprendida en la habilitación para ejercer la actividad profesional, en el sentido del artículo 58, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva (apartado 45). Así, la obligación de obtener la autorización de las autoridades competentes de los Estados de expedición, de tránsito y de destino con anterioridad al traslado de residuos, prevista en los artículos 3 a 6 del Reglamento (CE) n.º 1013/2006, forma parte de la ejecución del contrato, puesto que tiene por objeto fijar las condiciones especiales, destinadas a tener en cuenta consideraciones medioambientales, que deben regir la exportación de residuos a otro Estado. Por este motivo, esta exigencia solo puede oponerse eficazmente a los operadores económicos que tengan la intención de exportar residuos a otro Estado. Las conclusiones de la sentencia son claras:

“Los artículos 18, apartado 2, 58 y 70 de la Directiva 2014/24/UE [...], deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicio de gestión de residuos, la obligación de un operador económico que pretenda trasladar residuos de un Estado miembro a otro Estado de disponer, con arreglo en particular a los artículos 2, punto 35, y 3 del Reglamento (CE) n.º 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos, de la autorización de las autoridades competentes de los Estados miembros afectados por ese traslado constituye una condición de ejecución de ese contrato.

2) El artículo 70 de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 18, apartado 1, de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se rechace la oferta de un licitador por el único motivo de que este no haya aportado la prueba, en el momento de presentación de la oferta, de que cumple una condición de ejecución del contrato de que se trate”.

## 2.9

### Solvencia y registros oficiales

La sentencia de 20 de mayo de 2021 (asunto C-6/20), *Sotsiaalministeerium*, señala que se incumple el derecho europeo cuando una norma nacional

indica, atendiendo al principio de reconocimiento mutuo de las cualificaciones que prevalece en la fase de selección de los licitadores, que el poder adjudicador debe exigir, como criterio de selección cualitativa, que los licitadores acrediten, desde el momento de la presentación de su oferta, y tal como exige la normativa aplicable a la actividad objeto del contrato público de que se trate, que están inscritos en un registro, o disponen de una autorización expedida por la autoridad competente del Estado miembro de ejecución de dicho contrato, aun cuando estén ya registrados o dispongan de una autorización similar en el Estado miembro en que estén establecidos<sup>57</sup>. La respuesta del tribunal no genera dudas:

“46 Por otra parte, la obligación de que un operador económico se registre en el Estado miembro de ejecución del contrato público de que se trate o de que disponga en él de una autorización presupone, ciertamente, que el adjudicatario estará obligado a disponer de un establecimiento en dicho Estado. En cambio, no ofrece ningún tipo de información sobre las modalidades de ejecución de dicho contrato. Por lo tanto, la exigencia de estar registrado o disponer de una autorización no puede considerarse expresión de una condición especial relativa a la ejecución de dicho contrato.

47 Por consiguiente, procede determinar si el artículo 46 de la Directiva 2004/18 se opone a que un poder adjudicador imponga, como criterio de selección cualitativa de los licitadores, la concesión de un certificado de registro o de una autorización en el Estado miembro de ejecución del contrato público de que se trate, incluso en el supuesto de que los licitadores ya estén registrados o dispongan de una autorización similar en el Estado miembro en que están establecidos”.

Aclarando también que en estos casos no puede invocarse el principio de protección de la confianza legítima por una autoridad nacional, recordando que el mismo solo se extiende a un justiciable al que una autoridad administrativa nacional haya hecho concebir esperanzas fundadas basadas en garantías concretas, incondicionales y concordantes, procedentes de fuentes autorizadas y fiables, que le hubiera proporcionado (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de agosto de 2018, *Ministru kabinetis*, C-120/17,

57. El Tribunal de Justicia ya había considerado que el hecho de que un Estado miembro supedite la ejecución de prestaciones de servicios por parte de una empresa establecida en otro Estado miembro a la posesión de una autorización de establecimiento en el primer Estado tendría como consecuencia privar de todo efecto útil al artículo 56 TFUE, cuyo objeto es precisamente eliminar las restricciones a la libre prestación de servicios por parte de personas no establecidas en el Estado miembro en cuyo territorio deba realizarse la prestación (véase, por analogía, la sentencia de 10 de febrero de 1982, *Transporoute et travaux*, 76/81, EU:C:1982:49, apartado 14).

EU:C:2018:638, apartado 50 y jurisprudencia citada; de 5 de marzo de 2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, apartado 97, y de 19 de diciembre de 2019, GRDF, C-236/18, EU:C:2019:1120, apartado 46).

## 2.10

### Sobre el concepto de operador económico. Supuestos singulares

En la sentencia de 11 de junio de 2020 (asunto C-219/19), Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura, se analizan los requisitos para que una entidad pueda ser admitida a una licitación. El origen es la decisión de la Autoridad Nacional Anticorrupción de Italia, que denegó la solicitud de inscripción de Parsec en el registro nacional de sociedades de ingenieros y profesionales habilitados para prestar servicios de arquitectura y de ingeniería (Parsec es una fundación de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituida con arreglo al Código Civil italiano).

El TJUE recuerda que el concepto de “operador económico” debe interpretarse en un sentido amplio a fin de que incluya a cualquier persona o entidad que ofrezca la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el mercado, independientemente de la forma jurídica que haya escogido para operar en él. Por consiguiente, las empresas, las sucursales, las filiales, las asociaciones, las sociedades cooperativas, las sociedades anónimas, las universidades, públicas y privadas, y otras formas de entidades distintas de las personas físicas, deben estar todas ellas incluidas en el concepto de operador económico, sean o no “personas jurídicas” en todas las circunstancias.

Las consideraciones de la sentencia son:

“23 [...] conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en los apartados 20 y 21 de la presente sentencia, el Derecho nacional no puede prohibir que una fundación sin ánimo de lucro facultada para ofrecer determinados servicios en el mercado nacional participe en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de esos mismos servicios.

24 Esta interpretación no queda desvirtuada por el motivo, que formula el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial y que reproduce el Gobierno italiano en sus observaciones escritas, de que la definición restrictiva del concepto de ‘operador económico’ que figura en el artículo 46 del Código de los Contratos Públicos en el contexto de los servicios relacionados con la arquitectura y la ingeniería se justifica por la elevada profesionalidad necesaria para garantizar la

calidad de tales servicios y por una supuesta presunción en virtud de la cual las personas que prestan estos servicios de manera continua, con carácter profesional y remunerado, suelen haber ejercitado su actividad de forma ininterrumpida y haber realizado cursos de perfeccionamiento profesional.

25 En primer lugar, como ha señalado la Comisión Europea, dicho Gobierno no ha demostrado la existencia de ninguna correlación particular entre, por un lado, el nivel de profesionalidad acreditado en el marco de la prestación de un servicio y, en consecuencia, la calidad del servicio prestado y, por otro lado, la forma jurídica en la que se ha constituido el operador económico que presta dicho servicio.

26 En segundo lugar, en lo que atañe a la 'presunción' según la cual las personas que prestan servicios relacionados con la arquitectura y la ingeniería con carácter profesional y remunerado suelen haber ejercido su actividad sin interrupción y haber seguido cursos de perfeccionamiento profesional, basta con señalar que tal presunción no puede prosperar conforme al Derecho de la Unión, ya que es incompatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, expuesta en el apartado 20 de la presente sentencia, de la que se desprende que, cuando una entidad está facultada por el Derecho nacional para ofrecer en el mercado servicios de arquitectura e ingeniería en el Estado miembro de que se trate, no puede negársele el derecho a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público relativo a la prestación de esos mismos servicios.

27 Por último, procede añadir que el legislador de la Unión era sensible a la importancia de que los candidatos y licitadores en el ámbito de los contratos públicos de servicios y de obras, así como de determinados contratos públicos de suministro, presenten un alto nivel de profesionalidad. Con este fin estableció, en el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2014/24, la posibilidad de exigir a las personas jurídicas que indiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional pertinente del personal responsable de ejecutar el contrato de que se trate. En cambio, con ese mismo fin, el legislador de la Unión no estableció ningún trato diferenciado en función de la forma jurídica en la que esos candidatos y licitadores hayan decidido operar.

28 Por tanto, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los artículos 19, apartado 1, y 80, apartado 2, de la Directiva 2014/24, a la luz del considerando 14 de dicha Directiva, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que excluye la posibilidad de que las entidades sin ánimo de lucro participen en un

procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios de ingeniería y de arquitectura, aun cuando tales entidades están habilitadas por el Derecho nacional para ofrecer los servicios a que se refiere dicho contrato”.

Por otra parte, en los procedimientos restringidos, la sentencia de 11 de julio de 2019 (asunto C-697/17), Telecom Italia, admite que pueda presentar una oferta un candidato preseleccionado que se compromete a absorber a otro candidato preseleccionado, en virtud de un acuerdo de fusión celebrado entre la fase de preselección y la de presentación de ofertas y cumplido tras dicha fase de presentación, habida cuenta del requisito de identidad jurídica y material entre los operadores económicos preseleccionados y los que presentan las ofertas. Y ello porque, en palabras del TJUE, “que un candidato refuerce su capacidad económica y técnica tras la preselección no es contrario a los intereses de la entidad adjudicadora. Puede, incluso, considerarse normal que un candidato se dote de medios que le permitan asegurarse de su capacidad para garantizar una buena ejecución del contrato”.

Y admite que “este fortalecimiento de la capacidad económica y técnica puede incluir recurrir a las capacidades de otros operadores económicos y, en su caso, la absorción parcial o completa de un operador económico, incluido un operador económico que participa en el mismo procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público” (apartado 46).

## 2.11

### **La valoración de solvencia. Obligación de permitir al operador económico aclarar el cumplimiento de las exigencias**

Un tema práctico de especial relevancia guarda relación con el momento de valoración de la solvencia de los licitadores y la decisión de su exclusión por no cumplir los requisitos (conviene recordar que el artículo 56, apartado 3, de la Directiva 2014/24 autoriza a los Estados miembros a limitar los supuestos en los que los poderes adjudicadores podrán solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o los documentos supuestamente incompletos, erróneos o que falten en un plazo adecuado)<sup>58</sup>. La sentencia de 2 de mayo

<sup>58</sup>. En todo caso, conforme al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general para garantizar la igualdad de trato de los licitadores, la norma nacional (y su interpretación) no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (en este sentido, la sentencia de 8 de febrero de 2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, apartado 32 y jurisprudencia citada).

de 2019 (asunto C-309/18), Lavorgna Srl, señala que “el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la exclusión de un operador económico del procedimiento de adjudicación de un contrato público a raíz del incumplimiento, por su parte, de una obligación que no resulta expresamente de los documentos relativos a dicho procedimiento o de la ley nacional vigente, sino de una interpretación de dicha ley y de dichos documentos, así como de la integración, por parte de las autoridades o de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa nacionales, del contenido preceptivo de dichos documentos”. Y por ello concluye lo siguiente:

“[...] el hecho de no indicar por separado los costes de mano de obra, en una oferta económica presentada en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, conlleva la exclusión de dicha oferta sin posible subsanación de defectos de tramitación, incluso en el supuesto de que en la documentación de la licitación no se especificase la obligación de indicar esos costes por separado, puesto que esa condición y esa posibilidad de exclusión están claramente previstas en la normativa nacional relativa a los procedimientos de contratación pública a la que se hacía una remisión expresa. Sin embargo, si las disposiciones de la licitación no permiten a los licitadores indicar esos costes en sus ofertas económicas, los principios de transparencia y de proporcionalidad deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que se permita a los licitadores regularizar su situación y cumplir las obligaciones previstas por la normativa nacional en la materia en un plazo establecido por el poder adjudicador”.

## 2.12

### **Límites de “prohibiciones” por falsedad de documentos cuando son varias las entidades que conforman el operador económico**

La STJUE de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos (asunto C-927/19), aborda también la cuestión de cómo incide la falsedad documental de una empresa cuando concurre con otras en UTE o como recursos ajenos. El Tribunal aclara que en estos casos el principio de proporcionalidad obliga al poder adjudicador a efectuar una apreciación concreta e individualizada de la actitud de la entidad afectada<sup>59</sup>. La sentencia afirma al respecto lo siguiente:

<sup>59</sup>. Dicho principio, desde la óptica del derecho europeo, exige que los actos de los poderes públicos no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los ob-

“En efecto, de ese principio, que constituye un principio general del Derecho de la Unión, se desprende que las normas establecidas por los Estados miembros o los poderes adjudicadores en la ejecución de lo dispuesto en la citada Directiva no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la propia Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, apartado 48, y de 30 de enero de 2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 45).

156 A este respecto, procede recordar que, al aplicar motivos facultativos de exclusión, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención a este principio. Pues bien, esta atención debe ser aún mayor cuando la exclusión prevista por la normativa nacional se aplique al licitador no como consecuencia de un incumplimiento que se le pueda imputar, sino por un incumplimiento cometido por una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir y frente a la que no dispone de ninguna facultad de control (véanse, en ese sentido, las sentencias de 30 de enero de 2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 48, y de 3 de junio de 2021, *Rad Service y otros*, C-210/20, EU:C:2021:445, apartado 39).

157 En efecto, el principio de proporcionalidad obliga al poder adjudicador a efectuar una apreciación concreta e individualizada de la actitud de la entidad afectada. A este respecto, el poder adjudicador debe tener en cuenta los medios de que disponía el licitador para comprobar la existencia de un incumplimiento por parte de la entidad a cuya capacidad tenía intención de recurrir (sentencia de 3 de junio de 2021, *Rad Service y otros*, C-210/20, EU:C:2021:445, apartado 40).

158. Por consiguiente, procede responder a la undécima cuestión prejudicial que el artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24, en relación con el artículo 57, apartados 4 y 6, de esa Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando un operador económico, miembro de una agrupación de operadores económicos, haya sido declarado culpable de falsedad al proporcionar la información exigida para verifi-

---

jetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros*, C-331/88, apartado 13; de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y otros*, C-133/93, C-300/93 y C-362/93, apartado 41, y de 5 de mayo de 1998, as. C157/96, *National Farmers' Union y otros*, apartado 60). En consecuencia, debe entenderse que dicho principio obliga al órgano competente a adoptar la decisión más respetuosa y “equilibrada” con los distintos intereses en juego, descartando interpretaciones formalistas contrarias al resultado perseguido por la norma. Por todos, en esta materia, Gómez Fariñas (2017).

car que la agrupación no incurre en ningún motivo de exclusión o que esta cumple los criterios de selección, sin que sus socios tuvieran conocimiento de esa falsedad, puede dictarse una medida de exclusión de cualquier procedimiento de adjudicación de contrato público contra la totalidad de los miembros de esa agrupación”.

### 2.13 Imposibilidad de laminar el alcance de las técnicas de *self-cleaning*

Como es sabido, las vigentes directivas sobre contratación pública prevén la posibilidad de excepcionar la aplicación de una prohibición de contratar –sin distinguir entre obligatorias y facultativas– a través de las llamadas medidas autocorrectoras, de autolimpieza o de *self-cleaning* (artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE (“sectores clásicos”) y artículo 38.9 de la Directiva 2014/23/UE (“concesiones”)<sup>60</sup>. De esta manera, y en atención al principio de proporcionalidad que exige que las prohibiciones no excedan de lo que resulta apropiado y necesario para lograr los objetivos propuestos por las directivas, se contempla la posibilidad de evitar su aplicación a través del establecimiento de medidas de autocorrección, cuando los candidatos o licitadores en los que concurre un motivo de exclusión han adoptado mecanismos eficaces para corregir las consecuencias de su inadecuado comportamiento e impedir de manera efectiva que este se vuelva a repetir. Como bien nos recuerda T. Medina Arnáiz, estas medidas incorporan a la contratación una opción de política criminal para lograr uno de los objetivos perseguidos con las prohibiciones de contratar, esto es, promover la integridad, pero sin la pérdida de competitividad que supone tener que excluir a ciertos operadores económicos de los procedimientos de adjudicación<sup>61</sup>. Este es, de hecho, uno de los argumentos principales esgrimidos por quienes defienden la inclusión de estas medidas de corrección en la normativa contractual, pues frente al deber legal que supone para el órgano de contratación la exclusión de un licitador o candidato que se encuentra incurso en una situación de prohibición de contratar, entienden que deben arbitrarse vías que permitan

60. Sobre la incorporación de las medidas de *compliance* a las directivas de 2014 sobre contratación pública y su vinculación con la lucha contra la corrupción, véase Medina Arnáiz (2016: 105 y ss.) y Rodríguez-Arana Muñoz (2016).

61. En este sentido, hemos de recordar que uno de los objetivos de las normas de la Unión en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia lo más amplia posible, tal como señala el TJUE en sus sentencias de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros, C-337/06, apartado 39, y de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa, C-305/08, apartado 37.

excepciones a la misma si se muestran garantías suficientes respecto de la implementación de un modelo de organización, gestión y control idóneo para la prevención de delitos y conductas contrarias a la norma.

En todo caso, el reconocimiento legal de estas pautas de conducta re-define el alcance, e incluso el fundamento, de las prohibiciones de contratar, puesto que la adopción por parte del operador económico de medidas para reparar y prevenir en el futuro comportamientos “inapropiados” no se contempla como criterio de atenuación de responsabilidad en un procedimiento de declaración de la prohibición de contratar –como sería, por ejemplo, para determinar la duración de la prohibición de contratar–, sino como exención, ya que, “cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se debe dejar de excluir por estos motivos al operador económico de que se trate” (considerando centésimo segundo de la Directiva 2014/24/UE).

La sentencia de 11 de junio de 2020 (asunto C-472/19), Vert Marine SAS, concluye que una norma nacional es contraria al derecho europeo cuando no concede a un operador económico condenado en firme por una de las infracciones contempladas en las directivas, y que es objeto, por esa razón, de una prohibición de pleno derecho de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos de concesión, la posibilidad de presentar pruebas de que ha adoptado medidas correctoras que pueden demostrar la recuperación de su fiabilidad. La sentencia (sobre la Directiva de concesiones, pero de igual aplicación a la Directiva 2014/24 de contratación pública) argumenta lo siguiente:

“El artículo 38, apartados 9 y 10, de la Directiva 2014/23 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se confíe a las autoridades judiciales el cometido de examinar si las medidas correctoras adoptadas por un operador económico son adecuadas, siempre que el régimen nacional establecido a tal efecto respete todas las exigencias fijadas en el artículo 38, apartado 9, de esta Directiva y que el procedimiento aplicable sea compatible con los plazos impuestos por el procedimiento de adjudicación de contratos de concesión. Por otra parte, el artículo 38, apartado 9, de la Directiva 2014/23 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite a las autoridades judiciales levantar a una persona la prohibición de pleno Derecho de participar en los procedimientos de adjudicación de contratos de concesión a raíz de una condena penal, eliminar tal prohibición u omitir toda mención de la condena en el registro de antecedentes penales, siempre que tales procedimientos judiciales obedezcan efectivamente a las condiciones fijadas y al objetivo perseguido por ese régimen y, en particular, permitan que, cuando un operador económico desee parti-

cipar en un procedimiento de adjudicación de contratos de concesión, se levante, con tiempo suficiente, la prohibición que le afecta, a la luz de si las medidas correctoras invocadas por ese operador y evaluadas por la autoridad judicial competente de conformidad con las exigencias previstas en esa disposición son adecuadas, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.

Esta sentencia tiene especial interés en España, pues afecta a la correcta interpretación del artículo 72.5, 2.º párrafo, LCSP, que impide la medida de *self-cleaning*.

## 2.14

### La incidencia de la subcontratación en fase de solvencia y en fase de ejecución

La subcontratación resulta una técnica natural de la contratación pública vinculada al correcto (y mejor) cumplimiento de la prestación<sup>62</sup>. Para comprobar la corrección de su aplicación habrá que respetar las exigencias fijadas en la sentencia TJUE de 14 de julio de 2016, Wrocław, que recuerda que un poder adjudicador no puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo<sup>63</sup>. Criterio avalado por la sentencia TJUE de 5 de abril de 2017, Borta, que admite como posibilidad, respetando el principio de proporcionalidad, que se pueda restringir la opción de la subcontratación.

Así, la sentencia de 26 de septiembre de 2019 (asunto C-63/18), Vitali SpA, considera no conforme al derecho europeo una norma nacional (en este caso la italiana, que pretendía limitar las infiltraciones mafiosas) que limita al 30 % la parte del contrato que el licitador puede subcontratar con terceros. De esta sentencia, que no limita la opción de condicionar la subcontratación, resulta de interés el razonamiento de que el artículo 71 de la Directiva 2014/24, de contratación pública, permite reglas complementarias en materia de subcontratación. En particular, el referido artículo 71 dispone

62. Sobre esta regulación en la LCSP puede consultarse Jordano Fraga (2019).

63. El Tribunal recuerda que una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras que impone límites al recurso a la subcontratación para una parte del contrato fijada de manera abstracta como un determinado porcentaje del mismo, al margen de la posibilidad de verificar las capacidades de los posibles subcontratistas y sin mención alguna sobre el carácter esencial de las tareas a las que afecta, es incompatible con la citada Directiva, aplicable en el marco del litigio que dio lugar a la referida sentencia.

que el poder adjudicador podrá pedir –o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir– al licitador que le informe de su intención de proceder a una subcontrata, así como la posibilidad, en determinadas condiciones, de que el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el contratista principal. Asimismo, el citado artículo 71 establece que los poderes adjudicadores, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, podrán comprobar si concurren motivos para excluir a algún subcontratista con arreglo al artículo 57 de dicha Directiva, en particular en lo referente a la participación en una organización delictiva, la corrupción o el fraude.

Por otra parte, la sentencia de 20 de enero de 2020 (asunto C-395/18), *Tim SpA*, admite que la entidad adjudicadora tiene la facultad –o incluso la obligación– de excluir (pero no de forma automática) al operador económico que ha presentado la oferta de la participación en el procedimiento de licitación cuando se constate que concurre el motivo de exclusión previsto en la citada disposición, con respecto a alguno de los subcontratistas mencionados en la oferta de dicho operador económico.

Vinculado a la solvencia/subcontratación, en la sentencia de 3 de octubre de 2019 (asunto C-267/18), *Delta Antrepriză*, en relación con los efectos de un incumplimiento previo contractual imputable a un subcontratista y la posibilidad de considerar tal supuesto como causa de exclusión del contratista principal en futuras licitaciones, se concluye, en relación con su adecuación al derecho europeo de los contratos públicos<sup>64</sup>, que “debe interpretarse en el sentido de que la subcontratación por un operador económico de una parte de las obras en el marco de un contrato público anterior, decidida sin la autorización del poder adjudicador y que dio lugar a la resolución de dicho contrato, constituye una deficiencia significativa o persistente constatada en el cumplimiento de un requisito sustancial relativo a ese mismo contrato, en el sentido de la citada disposición, y puede, por tanto, justificar la exclusión del operador económico de la participación en un procedimiento de contratación pública posterior si el poder adjudicador que organiza este último procedimiento de contratación pública, tras haber realizado su pro-

---

64. La sentencia advierte que la facultad que dispone todo poder adjudicador de excluir a un licitador de un procedimiento de contratación pública tiene esencialmente como razón de ser permitirle apreciar la integridad y la fiabilidad de cada uno de los licitadores. En particular, la causa facultativa de exclusión contemplada en el artículo 57, apartado 4, letra g), de la Directiva 2014/24, en relación con su considerando 101, tiene como sustento un ingrediente esencial en la relación del adjudicatario del contrato con el poder adjudicador, a saber, la fiabilidad del primero, sobre la que se funda la confianza que el segundo deposita en él (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2019, *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, apartados 29 y 30).

pia valoración de la integridad y la fiabilidad del operador económico en relación con el cual se haya acordado la resolución anticipada del contrato público anterior, estima que tal subcontratación entraña la ruptura de la relación de confianza con el operador económico en cuestión. Sin embargo, de conformidad con el artículo 57, apartado 6, de la citada Directiva, en relación con su considerando 102, el poder adjudicador, antes de pronunciarse sobre la exclusión, deberá dar al operador económico la posibilidad de exponer las medidas correctoras que haya adoptado a raíz de la resolución del contrato público anterior”.

## 2.15 Sobre el alcance de la confidencialidad

La confidencialidad y correlativa protección de los secretos comerciales aparece como un principio jurídico de especial relevancia en las actividades económicas, es un contrapunto de la regla de transparencia y su objeto es proteger bienes y derechos que no deben ser objeto de conocimiento general o público<sup>65</sup>. Es un derecho claramente vinculado al ejercicio del derecho de libertad de empresa, que es un valor jurídico superior de nuestro ordenamiento nacional y del derecho comunitario europeo. Entre otras cosas porque la desprotección de los secretos comerciales, la ausencia de una aplicación razonable del deber de confidencialidad, pondría en riesgo el sistema de competencia empresarial. En este sentido, cuando la divulgación de información económica de una empresa –como es evidente que puede suceder en la determinación de precios de financiación de los medicamentos– pueda causar un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial, como ya se establecía en el Reglamento (CE) n.º 139/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Como ejemplos de información que pueda considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, el fondo de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes, además de la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.

Abunda en este razonamiento el preámbulo de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, que en línea con lo que ya se recogía en

---

65. Sobre la confidencialidad, pueden verse Razquin Lizarraga (2013, 2014); Beltrán Gómez (2013); Cerrillo i Martínez (2016); Serrat Romaní (2017), y Esteve Pardo (2017).

el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales el 1 de junio de 2018, advierte lo siguiente:

“La innovación es un importante estímulo para el desarrollo de nuevos conocimientos y propicia la emergencia de modelos empresariales basados en la utilización de conocimientos adquiridos colectivamente. Las organizaciones valoran sus secretos empresariales tanto como los derechos de propiedad industrial e intelectual y utilizan la confidencialidad como una herramienta de gestión de la competitividad empresarial, de transferencia de conocimiento público-privada y de la innovación en investigación con el objetivo de proteger información que abarca no solo conocimientos técnicos o científicos, sino también datos empresariales relativos a clientes y proveedores, planes comerciales y estudios o estrategias de mercado”.

La confidencialidad, como principio inherente a toda contratación pública, debe ser especialmente vigilada, por cuanto hay que evitar políticas de competencia desleal o uso indebido de la información obtenida en el procedimiento<sup>66</sup>. En definitiva, como en todo procedimiento de licitación pública, hay que preservar la confidencialidad de aquellos elementos de funcionamiento de la empresa que tengan la consideración de secretos comerciales, dado que hay que tener en cuenta que el TJUE ha reconocido la protección de los secretos comerciales como un principio general del derecho de la Unión y, por ello, con especial protección (véanse las sentencias de 24 de junio de 1986, AKZO Chemie y AKZO Chemie UK/Comisión, apartado 28, y la STJCE de 19 de mayo de 1994, SEP/Comisión, apartado 37). Los secretos empresariales son dignos de protección, no solo por la innovación, sino también por la necesaria competencia entre empresas, que debe ser real y efectiva y no falseada<sup>67</sup>.

66. Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. Muy especialmente deben respetarse las exigencias de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (DOUE de 15 de junio de 2016). El artículo 2 de esta Directiva define el concepto de secreto comercial: se caracteriza por ser información desconocida para la generalidad de los círculos relevantes; que posea valor comercial; y que haya sido objeto de medidas para mantenerla en secreto, lo que si bien no alude a los secretos de carácter industrial, nada impide entender que quedan excluidos, por lo que cabrá entender que el secreto empresarial engloba el comercial y el industrial. Sobre el principio de confidencialidad resulta de especial interés Razquin Lizarraga (2018).

67. Así lo resalta la STJUE de 29 de enero de 2013, asuntos T-339/10 y T-532/10, que justifica la confidencialidad en la posible utilización futura por los competidores de los secretos empresariales a los que pudieran acceder, lo que vulneraría el principio de competencia y además quebraría la relación de confianza entre los licitadores y los poderes adjudicadores, puesto que los operadores económicos deben facilitar información a las entidades adjudicadoras sin mie-

Sobre cómo “gestionar” esta protección de la confidencialidad se pronuncia la STJUE de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos (asunto C-927/19), que señala lo siguiente: un poder adjudicador ante el que un operador económico haya presentado una solicitud de comunicación de información considerada confidencial, que figura en la oferta de un competidor al que se haya adjudicado el contrato, no está obligado a comunicar esa información cuando su transmisión lleve a infringir las normas del derecho de la Unión relativas a la protección de la información confidencial, aun cuando la solicitud del operador económico se presente en el marco de un recurso interpuesto por ese mismo operador en relación con la legalidad de la apreciación, por el poder adjudicador, de la oferta del competidor (en España, la Ley de Secretos Empresariales citada). En todo caso, desde la necesaria ponderación de intereses de protección (bajo el auspicio del derecho a la buena administración), se obliga a que el poder adjudicador deba motivar de forma adecuada y suficiente su decisión denegatoria (o de no proteger lo confidencial). Y es que, como se recuerda, en aplicación de las directivas “recursos”, el órgano jurisdiccional nacional competente que conoce de un recurso contra la decisión de un poder adjudicador por la que se deniega la comunicación, a un operador económico, de la información considerada confidencial que figura en la documentación transmitida por el competidor al que se haya adjudicado el contrato, o bien de un recurso contra la decisión de un poder adjudicador por la que se desestima el recurso administrativo interpuesto contra esa decisión denegatoria, está obligado a ponderar el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva con el derecho de su competidor a la protección de su información confidencial y de sus secretos comerciales.

## 2.16

### Sobre los precios predatorios y ofertas a pérdidas

Una cuestión muy importante, desde la óptica tanto de la contratación pública como del derecho de la competencia, tiene que ver con las ofertas anormales. La sentencia de 10 de septiembre de 2020 (asunto C-367/19), Tax-Fin-Lex, analiza la viabilidad de las ofertas a cero euros. La sentencia recuerda que en derecho europeo se considera que hay contratos públicos en “los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecu-

---

do a que estas comuniquen a terceras personas datos cuya divulgación les pueda perjudicar (apartados 99 y 100).

ción de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”<sup>68</sup>. Y la sentencia advierte –dato muy importante– que el hecho de que ser adjudicatario de aquel contrato pudiera tener un valor económico para el licitador, por cuanto le daría acceso a un nuevo mercado o le permitiría conseguir referencias, resulta excesivamente aleatorio y, por consiguiente (como señalaba el Abogado General en los puntos 63 a 66 de sus conclusiones), no es suficiente para que tal contrato pueda calificarse de “contrato oneroso”. La oferta a cero euros es, según el TJUE, un claro ejemplo de anormalidad de oferta, y debe aplicarse, por ello, el procedimiento establecido en el artículo 69 de la Directiva 2014 de contratación pública, por lo que debe concederse un trámite de explicaciones al licitador, y solo podrá rechazar tal oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos (atendiendo, claro, al principio de igualdad de trato y al principio de proporcionalidad).

Esta sentencia del TJUE debe ser debidamente contextualizada, pues en modo alguno valida *per se* la estrategia de ofertas a coste cero (o pérdidas). Como ha explicado F. Castillo Blanco<sup>69</sup>, la fijación de precios por debajo del valor de mercado, en el equilibrio y tensión que ha de mantenerse entre los principios de eficiencia y competencia, tiene que evitar que la presentación de ofertas en pérdidas ocasione un *dumping* consistente en la eliminación de competidores, que, como es conocido, es una práctica proscrita por la legislación de defensa de la competencia y deriva, en forma efectiva, en una desigualdad de trato de los licitadores<sup>70</sup>. Desde luego, y al menos en aquellos supuestos previstos en el artículo 17.2 de la legislación sobre competencia, no puede ni debe ser permitido<sup>71</sup>. En las propias palabras del

68. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del sentido jurídico habitual del término “oneroso” se desprende que hace referencia a un contrato en virtud del cual cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de octubre de 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, apartado 28). El carácter sinalagmático del contrato es, así, una característica esencial de un contrato público (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, apartado 43; de 28 de mayo de 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, apartado 40, y de 18 de junio de 2020, Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, apartado 47).

69. Castillo Blanco (2020).

70. El recurrente, en el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 18 de mayo de 2016 (rec. núm. 88/2016), argumentará que es la “no búsqueda de beneficio y el interés reputacional” la clave de la cuestión, razonando que “el licitador propuesto a adjudicatario por el Ayuntamiento reconoce expresamente que está incurriendo en ‘dumping’, conducta prohibida por la Ley 15/2.007 de 13 de julio de Defensa de la Competencia, en este sentido se antoja inconcebible que una Administración Pública ampare el incumplimiento de la Ley cuando de acuerdo con la Constitución Española es precisamente la Administración la que tiene un especial deber de diligencia en cuanto a la exigencia del cumplimiento de la Ley, también la 15/2.007, actuación de la que debiera dar parte al Servicio de Defensa de Competencia y en su caso al Tribunal”.

71. Esta opinión se mantiene en Fernández y Valcárcel (2014: 270). Recordemos, a estos efectos, que dicho artículo contempla tres supuestos: a) cuando sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo

Acuerdo 29/2011 del TACPA, la existencia de una competencia efectiva es un requisito indispensable para llevar a cabo un gasto público eficiente. Es más, en aplicación del principio de proporcionalidad, en el supuesto de ofertas a pérdidas resulta evidente el límite de respeto efectivo de la libre competencia y correcto cumplimiento del contrato/concesión<sup>72</sup>. Un funcionamiento normal del mercado debe posibilitar la salvaguardia de la competencia, aun permitiendo obtener precios competitivos como resultado de la licitación pública, pero con límites para proteger el propio contrato público<sup>73</sup>.

Esta conclusión se refuerza aún más en el actual contexto de movilización de inversiones a través de los fondos europeos *Next Generation*<sup>74</sup>. Los fines de los fondos europeos, marcados por el Reglamento de la UE, son –insistimos– la nueva “brújula” en la determinación de criterios de adjudicación y de exigencias de ejecución, sin olvidar el carácter instrumental de los contratos públicos derivados de estos fondos (que no responden a necesidades ordinarias, sino al fin de invertir recursos públicos para transformar y reactivar el país). Las exigencias de mayor rendimiento de estos fondos (de marcado carácter instrumental) aconsejan abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas del proyecto en términos de valor. Esto significa, por ejemplo, que los criterios vinculados a la sostenibilidad de las fórmulas concesionales que se impulsen deben ser pilar de toda decisión pública derivada de estos fondos, superando inercias formalistas que continúan exigiendo una vinculación estricta con el objeto de la licitación y su eficaz cumplimiento.

---

establecimiento; b) cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos; c) cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.

72. Hay que recordar que los modelos concesionales deben pivotar sobre la correcta prestación del “servicio público”, de tal forma que las estrategias económicas de los licitadores que pongan en riesgo no asumible la eficaz prestación deben ser rechazadas, no tanto por ser anormales (como lo serán en el caso de ofertas a pérdidas), sino por ser incompatibles con el elemento causal del negocio jurídico. Incompatibilidad evidente desde la correcta visión decisional de la necesaria óptica de la buena administración. Las ofertas a pérdidas en modelos concesionales alteran toda la planificación financiera del mismo, comprometiendo el interés general. Por ello, resulta una práctica ajena a la correcta aplicación de los principios de la contratación pública.

73. Así lo indica, por ejemplo, el Acuerdo 21/2013, de 30 de abril de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, donde se afirma que “la decisión acerca de si una oferta puede o no cumplirse, no implica la libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, sino que se requiere un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa por el TRLCSP. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad. [...] Como señala el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de junio de 1990, el informe tiende a ilustrar la voluntad del órgano que tiene que resolver y su razón de ser está en la garantía que esta valoración técnica representa para la viabilidad de la pretensión, susceptible de orientar el sentido y alcance que deba adoptar el acuerdo o su misma oportunidad”.

74. *Vid.* Gimeno Feliu (2021a).

Así, en este contexto europeo de nueva gestión contractual para movilizar inversiones sostenibles que permitan la reconstrucción y la resiliencia, la opción de ofertas a pérdidas carece de fundamento jurídico, al ir en contra de lo que son los nuevos cánones de una gestión estratégica y responsable de los modelos concesionales como pilar de garantía de los derechos sociales de la ciudadanía.

## 2.17

### Las prórrogas de concesiones como modificaciones contrarias al derecho de los contratos públicos

El papel del TJUE ha sido fundamental para determinar cómo y con qué condiciones son conformes a las reglas de la contratación pública las modificaciones de las condiciones de un contrato<sup>75</sup>. Conviene recordar la principal doctrina y sus consecuencias prácticas. Podemos afirmar como *leading case* la sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta), donde el Tribunal de Justicia aborda en profundidad los límites y requisitos de la modificación de un contrato público al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato:

“El principio de igualdad de trato entre los licitadores [...] impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores”.

Lo que se pretende con la doctrina de esta sentencia, en palabras del propio Tribunal, es lo siguiente:

“[...] que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”.

Resume bien los criterios la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (asunto T 235/11) que enjuicia un recurso del Reino de España que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 2011 – 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo

<sup>75</sup>. *Vid.*, por todos, Gimeno Feliu (2016a). *Vid.* también Gallego Córcoles (2015a) y Vázquez Matilla (2015).

de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España –AVE–:

“46 Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia* y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 38).

47 El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110).

48 Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 47 supra, apartado 111)”.

No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que ocultará una nueva adjudicación decidida directamente. Y para saber en qué supuestos nos encontramos en presencia de una nueva adjudicación debe recordarse la doctrina de la STJUE de 19 de junio de 2008 (*Presstext Nachrichtenagentur GmbH*), en la que se ha declarado lo siguiente<sup>76</sup>:

76. La STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, insiste en esta idea, recordando su apartado 62 que “toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación”.

“El término ‘adjudicar’, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

2) El término ‘adjudicar’, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

3) El término ‘adjudicar’, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular”<sup>77</sup>.

La STJUE de 7 de septiembre de 2016, Frogne, en la línea explicada, afirmaba que “el artículo 2 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renunciaciones recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificul-

---

<sup>77</sup>. En esta sentencia, en definitiva, se confirma que toda alteración sustancial es un nuevo contrato. Es decir, cuando las modificaciones de un contrato en fase de ejecución incumplen los principios de transparencia e igualdad de trato, afectan a la eficacia de la Directiva de contratos públicos, por lo que es necesario un nuevo procedimiento de licitación.

tades que la ejecución del contrato plantea. Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que la documentación de dicho contrato estableciera la facultad de adaptar determinadas condiciones del mismo, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación y determinara el modo de aplicar esa facultad”.

En este contexto, la sentencia de 18 de septiembre de 2019 (asunto C-526/17), Comisión/Italia, considera que la prórroga de una concesión supone una modificación ilegal que esconde una adjudicación directa contraria al derecho europeo de la contratación pública, declarando lo siguiente: “Esta prórroga de dieciocho años y dos meses de la duración inicial de dicha concesión constituye, por consiguiente, con arreglo a los principios recordados en el apartado 58 de la presente sentencia, una modificación sustancial de las condiciones de la concesión existente”<sup>78</sup>.

## 2.18

### Concepto amplio de decisión impugnable y de la legitimación

El derecho europeo ha tenido especial preocupación por el control de los contratos públicos. Así, las directivas 89/665 y 92/13 –modificadas por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007– han determinado un sistema propio de control en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Estas directivas “procesales” han sido una auténtica revolución jurídica<sup>79</sup>. Las citadas directivas obligan a los Estados a establecer un régimen especial de reclamaciones en materia de procedimiento contractual que permita a los interesados solicitar, por un procedimiento ágil, el control de aquellos actos de los poderes adju-

<sup>78</sup>. La ampliación de prórrogas diluye el riesgo y altera las reglas de concurrencia. Analiza con detalle esta cuestión Agudo González (2011). Como bien afirma, “sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional sólo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el ínterin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación” (p. 23). En términos similares, la STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados *Marcello Costa* (C-72/10) y *Ugo Cifone* (C-77/10), afirma: “De los artículos 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípcas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.

<sup>79</sup>. Gimeno Feliu (1995a, 2006). Interesan Noguera de la Muela (2015) y Mora Ruiz (2018: 29-71).

cadores que se dicten durante el procedimiento administrativo de adjudicación de un contrato, en tiempo útil para que las incidencias que puedan plantearse puedan tramitarse y resolverse antes de adoptarse la decisión de adjudicación<sup>80</sup>. Como afirma el quinto considerando de dicha Directiva 89/665 ya citada:

“[...] dada la brevedad de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, los organismos competentes para entender de los recursos deberán estar habilitados, en particular, para adoptar medidas provisionales encaminadas a suspender tal procedimiento o la ejecución de decisiones que [la entidad adjudicadora] podría eventualmente adoptar; [...] la brevedad de los procedimientos requiere un tratamiento urgente de las infracciones anteriormente mencionadas”.

Las directivas de “recursos” arbitran una serie de procedimientos de control/impugnación que tienen por fin controlar y corregir posibles incumplimientos de la normativa comunitaria de contratación pública<sup>81</sup>. Su objetivo es, evidentemente, animar a las empresas europeas a licitar en los contratos públicos de obras y suministro<sup>82</sup>. El artículo 81 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que pueda sustanciarse en una agencia independiente. Pero el objetivo de las mismas no es solamente ofrecer un marco de recursos a los licitadores<sup>83</sup>. La finalidad del recurso en contratación se debe contextualizar desde la óptica del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial<sup>84</sup>. Por último, la mejora de la eficacia de

80. Sobre el contenido de los distintos mecanismos de control previstos en estas directivas, así como los mecanismos de indemnización, me remito a Gimeno Feliu (2006: 254-265). En realidad, como indica J. L. Piñar Mañas, se trata de dos instrumentos esenciales (recursos y actuación de la Comisión), y de provisión de al menos dos medidas (medidas provisionales e indemnización) para la efectividad de la primera. *Vid.* Piñar Mañas (1993: 782). También, Ordóñez Solís (2002).

81. El control establecido en esta Directiva, como destaca la STJUE de 18 de junio de 2002 (Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs), se opone a que una normativa nacional limite el control de la legalidad de la cancelación de una licitación únicamente al examen del carácter arbitrario de tal decisión.

82. Por todos, Piñar Mañas (1993: 781 y ss.); Moreno Molina (1996: 199-265); Noguera de la Muela (2004); y Gimeno Feliu (1995b: 187-217).

83. Sobre ello, el excelente estudio de Díez Sastre (2012).

84. Previsiones que, por cierto, tienen efecto directo, 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, que aplica un criterio amplio de “decisión” a efectos del ámbito material del recurso especial, afirmando que el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva de recursos 89/665 implica, por el uso de los términos “en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos”, que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del derecho de la Unión en materia de contratación

los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente por adjudicación directa, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción. Un recurso que ya no tiene alcance precontractual y que se extiende a determinadas cuestiones de ejecución y cumplimiento referidas en las directivas de 2014 de contratación pública<sup>85</sup>.

Así lo ha reconocido de forma expresa la STJUE de 6 de octubre de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14, que recuerda que la Directiva 89/665, de recursos, “debe interpretarse necesariamente a la luz de los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta, en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en su artículo 47 (véase, en este sentido, la sentencia *Ryneš*, C-212/13, [...], apartado 29)”. Este derecho fundamental es de aplicación al margen del importe del contrato, motivo por el que la regulación de contratos no cubiertos deberá ser equivalente. Así, la opción nacional que se adopte debe preservar el principio de equivalencia de sistemas de control, así como que la solución legal no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)<sup>86</sup>.

El ámbito del recurso referido en las directivas “recursos” es “amplio”. Este recurso, de fundamento europeo, debe interpretarse conforme a la ju-

---

pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva. Así pues, esta disposición se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (criterio ya fijado en la sentencia de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, apartado 28 y jurisprudencia citada). Además, esta STJUE advierte que el ámbito objetivo de la Directiva europea de “recursos” tiene efecto directo, lo que obliga, por el principio de primacía del derecho europeo, a entender como susceptible de recurso especial la decisión de modificación (sobre este efecto directo y su significado práctico nos remitimos a nuestro Acuerdo 62/2017). Lo que explica que el artículo 44.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) los haya incluido ya como actos susceptibles de ser impugnados mediante recurso especial. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, de 28 de septiembre de 2017, dictada en el recurso 785/2011, ha recordado la obligación de interpretación nacional en clave de cumplimiento del derecho europeo, reconociendo este efecto directo.

85. La previsión del artículo 46 de la Directiva 2014/23, de concesiones, que modifica la Directiva 89/665/CEE, tiene especial incidencia en la redacción del artículo 1, relativa al objeto del recurso. La nueva redacción, en cuanto se refiere a los contratos sometidos a la regulación de las nuevas directivas, implica una ampliación del objeto del recurso, pues de la inicial limitación a las cuestiones de licitación y adjudicación, se incluye ahora a todas las cuestiones de los contratos, lo que afecta claramente a los supuestos relativos a modificaciones contractuales, subcontratación y causas de rescisión/resolución, en los términos regulados por las directivas. Interpretación ya admitida por la 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. Sobre esta idea me remito a mi estudio (y sus conclusiones) Gimeno Feliu (2016b).

86. Criterio interpretativo fijado en las sentencias TJUE de 6 de mayo de 2010, *Club Hotel Loutraki* y otros, C-145/08 y C-149/08, apartado 74, y de 12 de marzo de 2015, *eVigilo*, C-538/13, apartado 39.

jurisprudencia del TJUE<sup>87</sup>. La STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, parte de la premisa de que la noción de decisión recurrible debe delimitarse a partir del tenor de las disposiciones de la propia Directiva y, en particular, en función del objetivo de tutela eficaz y rápida que persigue, para concluir que una interpretación restrictiva del concepto de decisión recurrible sería incompatible con lo dispuesto en el art. 2.1.a) de la misma Directiva. Así, será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público<sup>88</sup>. También actos de trámite de admisión de un licitador, como se reconoce en la de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que aplica este criterio amplio de “decisión”. La decisión sobre el acceso a información confidencial es también objeto de consideración en la STJUE de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos (asunto C-927/19), concluyendo –y es relevante– que se trata de una cuestión (decisión) incluida dentro del objeto de la Directiva recursos, lo que obliga a interpretar los supuestos del artículo 44 LCSP como un número abierto y no cerrado de cuestiones susceptibles de recurso especial<sup>89</sup>.

El sistema diseñado por las directivas 89/665 y 2007/66 pretende que exista un recurso rápido y eficaz, que exige independencia en su diseño<sup>90</sup>.

87. La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 4.ª) 269/2018, de 20 de febrero de 2018, rec. 2725/2015, recuerda que es aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual, una vez detectada una irregularidad, debe tenerse en cuenta respecto de todos los licitadores.

88. STJUE de 18 de junio de 2002, HI Hospital Ingenieure, o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, GAT).

89. Esta sentencia, como el precedente citado, recuerda que de la Directiva de recursos (art. 1.1, párr. 4.º) se desprende que, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24, los Estados miembros deben tomar 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 esa Directiva 89/665 (104). Señala igualmente que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el concepto de “decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores” debe ser objeto de una interpretación amplia (105), tal y como se tuvo ocasión de ver en diversas sentencias del TJUE en las que este declaró que la decisión de un poder adjudicador por la que se admite a un operador económico a participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público constituye un acto que puede ser objeto de impugnación (106).

90. Téngase en cuenta que las disposiciones de la Directiva 89/665, destinadas a proteger a los licitadores frente a la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen como finalidad reforzar los mecanismos existentes para garantizar la aplicación efectiva de las normas de la Unión en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular en una fase en la que las irregularidades aún puedan ser subsanadas (sentencia Comisión/Austria, apartado 20 y jurisprudencia citada). El TJUE ha manifestado en abundantísima y uniforme jurisprudencia que el principio de efectividad de la aplicación del derecho de la Unión, y las eventuales dificultades en esa aplicación que pueden derivar de disposiciones procesales de un Estado miembro, deben considerarse atendiendo al lugar que ocupan dichas disposiciones nacionales en el conjunto del ordenamiento jurídico y sus peculiaridades (por ejemplo, apdo. 35 de la STJUE de 8 de julio de 2010, Susanne Bulicke; igualmente, apdo. 38 de la STJUE de 18 de enero de 2011,

No tiene por qué ser un órgano judicial (aunque sí jurisdiccional, en la interpretación de la Unión Europea), y basta, como se reconoce en la STJUE de 4 de febrero de 1999, Köllensperger (apartado 29), que sea un órgano administrativo en donde actúe en calidad de presidente “una persona versada en cuestiones relacionadas con la adjudicación de los contratos públicos”<sup>91</sup>.

De estas directivas –y de su concreta reforma– se deduce que debe existir un recurso rápido y eficaz en materia de contratación pública<sup>92</sup>. Un recurso específico y que impide la celebración del contrato –y, obviamente, el comienzo de su ejecución– hasta que se produce su resolución expresa<sup>93</sup>. Así lo había advertido ya la STJUE de 28 de octubre de 1999, Alcatel:

“[...] los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato”<sup>94</sup>.

---

Souzana Berkizi-Nikolakaki). El fundamento del recurso especial exige, pues, una interpretación que facilite el control de las posibles ilegalidades, de tal manera que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex, apdos. 30 a 32).

91. Debe advertirse, sin embargo, que la instancia administrativa no es ni obligatoria ni suficiente, sino que, por contra, esta Directiva parece considerar la vía jurisdiccional (en el sentido dado por la jurisprudencia del TJUE, en el que se admiten los supuestos de arbitraje) como la única que verdaderamente garantiza a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y las presuntas infracciones. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la STJUE de 4 de febrero de 1999, al afirmar: “Los requisitos recogidos en el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, no se aplican a disposiciones como las que regulan la composición y el funcionamiento del Tiroler Landesvergabeamt” (organismo de control), al no darse la nota de independencia. Según el Tribunal, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia. Sentencia que recuerda la jurisprudencia anterior: las sentencias de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, apartado 23; de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels; de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò, apartado 7; de 17 de octubre de 1989, Danfoss, apartados 7 y 8; de 27 de abril de 1994, Almelo y otros, apartado 21, y de 19 de octubre de 1995, Job Centre, apartado 9. Esta jurisprudencia viene a validar el sistema de recurso especial implantado en España. *Vid.* Bernal Blay (2013b).

92. El recurso debe ser efectivo atendiendo al momento procesal en que las infracciones de las disposiciones pueden corregirse. STJUE de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania, apartado 23.

93. No es posible, por tanto, residenciar la solución mediante la remisión al sistema general de justicia administrativa del país. Resulta necesario un sistema propio de recurso en materia de contratos. Criterio que ya sentó la STJUE de 26 de septiembre de 1998, Tögel.

94. Y es que la Directiva “Recursos” impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como se recuerda en la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de

Los Estados –como bien recuerda la STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle<sup>95</sup>– deben diseñar un régimen específico de recursos rápidos y eficaces para fiscalizar la contratación pública, no siendo suficiente la aplicación de los recursos ordinarios que ese Estado tenga establecidos para el resto de la actividad administrativa<sup>96</sup>. Mecanismos que no serán correctos cuando hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, tal y como se deriva del principio comunitario de efectividad<sup>97</sup>. Por ello, la STJUE de 4 de julio de 2013, Fastweb, indica que según el órgano encargado de conocer un recurso no deberá inadmitirlo si se interpone por parte de otros licitadores que presentaran ofertas que no se ajusten a las especificaciones técnicas definidas en el pliego de condiciones.

El sistema de recursos está caracterizado por la posibilidad de que las decisiones recurridas puedan ser anuladas con el fin de corregir efectivamente la infracción cometida (STJUE de 28 de octubre de 1999, Alcatel, apartado 43, y STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN AG), caracterizándose este recurso por el necesario carácter suspensivo entre la adjudicación y la celebración (o perfección del contrato), tal y como se declara tanto en la STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión/Austria, como en la STJUE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España por no cumplir nuestro ordenamiento con esta característica<sup>98</sup>. Y, en la lógica del sistema, los plazos deberán ser claros, evitando incertidumbres al respecto (STJUE de 28 de enero de 2010, Comisión/Irlanda), sin que puedan verse “modulados” discrecionalmente por el ente contratante (STJUE de 28 de enero de 2010, Uniplex). Plazos que pueden tener carácter preclusivo siempre que sean suficientemente razonables y no limiten desproporcionadamente la acción del licitador (STJUE de 30 de septiembre, Strabag y otros, apartado 37). En

---

España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores, y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. Debe existir, por tanto, un plazo suspensivo antes de que proceda la ejecución de la prestación recurrida (STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión Austria, apartados 20 a 23).

<sup>95</sup>. Asimismo, en la STJUE de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartado 74, el Tribunal subraya que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

<sup>96</sup>. Las directivas diseñan un régimen de control de “mínimos”, correspondiendo a los Estados precisar la concreta arquitectura de control desde la óptica de los principios referidos: STJUE de 27 de febrero de 2003, Santex, apdo. 47, y STJUE de 24 de junio de 2004, Comisión Austria. Especial interés tiene Díez Sastre (2012), que analiza con detalle el régimen comunitario y su transposición en España.

<sup>97</sup>. Véanse, por analogía, las sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2001, Banks, apartado 121, y de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, apartado 29.

<sup>98</sup>. Doctrina que se confirma en la STJUE de 11 de junio de 2009, Comisión/Francia, por no existir plazo de suspensión entre la notificación y la celebración del contrato.

todo caso, resulta de especial interés la doctrina fijada por la STJUE de 12 de marzo de 2015, *eVigilo Ltd* (asunto C-538/13), al advertir que las directivas comunitarias, sobre esta materia:

“[...] deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato” (apartado 58).

En todo caso, la información que se facilite a los licitadores debe ser lo suficientemente completa como para permitir que se pueda interponer el recurso por disconformidad con la motivación de la decisión. No basta la comunicación a un candidato o licitador del rechazo de su candidatura u oferta, sino que es preciso informarle de los motivos de su exclusión, para que pueda formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso, por lo que el plazo para interponer un recurso comenzará a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción (STJUE de 28 de enero de 2010, *Uniplex*, apartados 30 a 32). Obviamente, la comunicación a los licitadores sobre la adjudicación y su motivación, con la plena información a los licitadores de las razones de la desestimación de su oferta, no puede producirse ya expirado el plazo de suspensión anterior a la firma del contrato (STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Comisión/Irlanda*, apartado 32)<sup>99</sup>.

La legitimación es amplia y no obedece a criterios formales. Así lo reconoce la sentencia de 2 de septiembre de 2021 (asuntos acumulados C-721/19 y C-722/1), *Sisal SpA*, que analiza la legitimación para poder recurrir una modificación contractual por aquellas empresas que no concurrieron a la licitación. La respuesta del TJUE, en una interpretación amplia del concepto de legitimación de las directivas recursos, reconoce tal legitimación, en cuanto considera irrelevante ese dato de haber sido previamente licitador, siempre que, en el momento en que deba renovarse la concesión, pueda justificar un interés en obtener su adjudicación (apartado 63). Y se declara que el operador económico no está obligado a probar que participaría efectivamente en un nuevo procedimiento de adjudicación. La existencia de tal posibilidad

99. *Vid.* Razquin Lizarraga (2010: 7).

debe considerarse suficiente a este respecto; véase, en este sentido, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, apartado 29 (apartado 64). En consecuencia, el TJUE concluye que el operador económico que cumpla tales requisitos “puede interponer un recurso contra una decisión de renovación de una concesión sobre la base de la modificación sustancial de las condiciones de ejecución del contrato de concesión inicial, aun cuando no hubiera participado en el procedimiento de adjudicación inicial de dicha concesión, siempre que, en el momento en que deba producirse la renovación de la concesión, justifique un interés en obtener su adjudicación”<sup>100</sup>.

Y tampoco cabe una interpretación limitativa por el simple hecho de haber sido excluido de la licitación<sup>101</sup>. La sentencia de 24 de marzo de 2021 (asunto C-771/19), NAMA, afirma que la normativa comunitaria de contratación debe interpretarse en el sentido de que “un licitador que ha sido excluido de un procedimiento de licitación de un contrato público en una

<sup>100</sup>. La legitimación no puede ser un obstáculo para analizar la legalidad de un procedimiento contractual, siempre que se acredite un interés directo y no una mera expectativa. El recurso especial debe interpretarse, en concordancia con el fundamento europeo del mismo (y su interpretación amplia realizada por el TJUE), desde la lógica del artículo 24 CE, que confiere a todas las personas –personas físicas o personas jurídicas– el derecho a acceder a un tribunal (u órgano independiente de control) para interesar la protección de sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos, lo que obliga a interpretar las normas procesales que regulan la atribución de legitimación de forma razonable, en sentido amplio y no restrictivo, con la finalidad de otorgar tutela judicial al administrado y de garantizar la fiscalización del cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración (SSTC 28/2005, de 14 de febrero, y 139/2010, de 21 de diciembre). En todo caso, debería avanzarse hacia una legitimación amplia, dado que la verdadera finalidad del control debe ser garantizar el derecho a una buena administración –como recuerda la Directiva 2007/66–. Sobre la legitimación del concejal en el recurso especial, la sentencia del TSJ de Aragón 500/2015 ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto, afirmando que “los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervino, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida; interés –e incluso obligación–, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL”.

<sup>101</sup>. Según la sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988), se podría denegar el acceso a un recurso contra la decisión de adjudicación de un contrato público a un licitador cuya oferta hubiera sido rechazada por la entidad adjudicadora de un procedimiento de adjudicación de un contrato público. Sin embargo, en el asunto que dio lugar a esa sentencia, que no se refería a un recurso ante un órgano nacional de recurso administrativo, la decisión de exclusión de dicho licitador había sido confirmada por una resolución que había adquirido fuerza de cosa juzgada antes de que se pronunciase el órgano jurisdiccional que conocía del recurso contra la decisión de adjudicación del contrato, de modo que había que considerar al referido licitador definitivamente excluido del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trataba (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de septiembre de 2019, Lombardi, C-333/18, EU:C:2019:675, apartado 31).

fase anterior a la fase de adjudicación de dicho contrato y cuya demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se le excluye de dicho procedimiento ha sido desestimada puede invocar, en su demanda de suspensión de la ejecución de la decisión por la que se admite la oferta de otro licitador, presentada simultáneamente, todos los motivos basados en la infracción del Derecho de la Unión en materia de contratación pública o de las normas nacionales que transponen ese Derecho, incluidos motivos sin relación con las irregularidades por las que se excluyó su oferta. Esta facultad no se ve afectada por el hecho de que el recurso administrativo previo ante un órgano nacional independiente que, en virtud del Derecho nacional, debía ser interpuesto previamente por dicho licitador contra la decisión de su exclusión haya sido desestimado, siempre que esa desestimación no haya adquirido fuerza de cosa juzgada”.

Esta jurisprudencia debe servir de parámetro interpretativo del recurso especial de la LCSP, en cuanto este recurso tiene un fundamento europeo<sup>102</sup>.

## 2.19 Nulidad del procedimiento por anulación de un criterio de selección

Es conocida y consolidada la jurisprudencia del TJUE en relación con las consecuencias de la anulación de un criterio de adjudicación, que ha declarado que el objeto y los criterios de adjudicación de los contratos públicos deben estar claramente definidos desde el inicio de su procedimiento de adjudicación (sentencia de 10 de mayo de 2012, Comisión/Países Bajos, C-368/10, apartado 56). Los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de licitación implican que la entidad adjudicadora debe atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento (véase la sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, apartado 43 y jurisprudencia citada) y, con mayor razón, que los criterios de adjudicación no se modifiquen a lo largo del procedimiento (sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, apartado 93). Por ello, en el caso de que la entidad adjudicadora anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, esta no puede válidamente, sin violar los principios de igualdad de trato y de transparencia,

<sup>102</sup>. La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 4.ª) 269/2018, de 20 de febrero de 2018, rec. 2725/2015, recuerda que es aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea según la cual, una vez detectada una irregularidad, debe tenerse en cuenta respecto de todos los licitadores.

continuar el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión (véase, por analogía, la sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, apartado 94).

La sentencia de 21 de abril de 2021 (asunto T-525/19), Interling, entiende que la jurisprudencia relativa a los criterios de adjudicación es aplicable *mutatis mutandis* a los criterios de selección (apartado 58). Así, concluye en la aplicación de los mismos efectos invalidantes de un procedimiento de licitación cuando se constata un vicio y la invalidez de un requisito de selección. La argumentación es:

“En efecto, aun cuando los criterios de selección aplicados en la primera fase de un procedimiento restringido son de naturaleza más objetiva en la medida en que no implican ponderación alguna, no es menos cierto que la supresión, durante el procedimiento de licitación, de uno de dichos criterios puede tener consecuencias y violar el principio de igualdad de trato. De este modo, tal supresión afecta a todo candidato que haya participado en el procedimiento de licitación y que haya sido excluido del restante procedimiento debido a que no cumplía el criterio de selección que posteriormente fue suprimido. Asimismo, dicha supresión afecta a la posición de cualquier candidato potencial que no haya participado en la licitación, en particular, debido a que se consideraba incapaz de cumplir el criterio que, sin su conocimiento, fue posteriormente suprimido” (apartado 59).

## 2.20

### **Sobre los requisitos adicionales a nivel nacional en los contratos reservados**

En una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se pregunta si “el artículo 20 de la Directiva [2014/24] sobre contratación debe interpretarse en el sentido de que el alcance subjetivo de la reserva previsto por el mismo no puede ser delimitado en términos que excluyan de su ámbito de aplicación a empresas u operadores económicos que acrediten el requisito de que, al menos, el 30 % de sus empleados sean personas discapacitadas y cumplan la finalidad u objetivo de integración social y profesional de esas personas, mediante la fijación de requisitos adicionales relacionados con la constitución, carácter y fines de dichos sujetos, con su actividad o inversiones, o de otra clase”. La sentencia de 6 octubre de 2021 (asunto C-598/19), Confederación Nacional de Centros Especiales de

Empleo, da la respuesta, afirmando que el derecho europeo de la contratación pública “no se opone a que un Estado miembro imponga requisitos adicionales a los enunciados en dicha disposición, excluyendo así de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos reservados a determinados operadores económicos que cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición, siempre que dicho Estado miembro respete los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad”.

## 2.21

### **Alcance de la normativa de morosidad a los contratos de obras**

La sentencia aborda el alcance objetivo de la Directiva 2000/35/CE, de morosidad en las operaciones comerciales, para concluir que el contrato público de obras está incluido<sup>103</sup>. Afirma que “es aplicable a todos los pagos efectuados como contraprestación en operaciones comerciales, incluso en aquellas entre empresas y poderes públicos, con exclusión de las operaciones en las que intervienen consumidores y otros pagos, al amparo del artículo 6, apartado 3, de esta Directiva. Pues bien, dado que las operaciones relativas a los contratos públicos de obras no figuran entre las materias comprendidas en esta última disposición, no pueden quedar fuera del ámbito de aplicación material de la Directiva 2000/35”. Y por ello concluye que “un contrato público de obras es una operación comercial que da lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, en el sentido de esta disposición, y está comprendido, por tanto, en el ámbito de aplicación material de dicha Directiva”.

## 2.22

### **La posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan reclamar indemnizaciones cuando existan acuerdos colusorios**

Se están detectando en la práctica no pocos casos de colusión entre operadores económicos para defraudar los procedimientos de licitación, tal y como pone de relieve en procedimientos de infracción la Comisión Nacional

---

<sup>103</sup>. El concepto de “operación comercial” que recoge la Directiva 2000/35/CE, en su artículo 2, punto 1, párrafo primero, es definido como “las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación”, sin mencionar expresamente los contratos públicos de obras ni, más genéricamente, la realización de obras, y sin definir los conceptos de “entrega de bienes” o de “prestación de servicios”.

de los Mercados y la Competencia (CNMC)<sup>104</sup>. El TJUE, en la sentencia de 14 de marzo de 2019 (asunto C-724/17), *Vantaan kaupunki*, reconoce el derecho a ser compensado al entender que existe responsabilidad por los perjuicios causados, explicando los efectos directos que tienen los preceptos que establecen el marco del derecho de la competencia (ahora artículos 101 y siguientes del Tratado de Lisboa). Su infracción, esto es, la comprobación de prácticas colusorias ilícitas, genera tanto sanciones como responsabilidad, y por ello, cualquier particular o empresa que acredite perjuicios puede exigir su reparación, como ha declarado ya en otras ocasiones el mismo Tribunal (por ejemplo, en su sentencia de 5 de junio de 2014, C-557/12). Y advierte que el hecho de que existan reestructuraciones empresariales que conduzcan a la extinción de la sociedad sancionada no puede levantar un obstáculo infranqueable a la exigencia de responsabilidad, por el conocido “efecto útil del derecho de la Unión”<sup>105</sup>.

## 2.23

### Jurisprudencia relativa al Reglamento (CE) n.º 1370/2007 con efectos en la contratación pública

El Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo, establece un plazo máximo (regla general) de 10 años, aunque con carácter transitorio establece, para los referidos en el artículo 8, lo siguiente: “Los contratos a que se refieren las letras b) y c) podrán continuar asimismo hasta su expiración, pero no por un período superior a 30 años”. Previsión que ha generado la duda de si este plazo máximo de 30 años es desde la adjudicación o desde la entrada en vigor del referido Reglamento. Al respecto, la sentencia de 19 de marzo de 2020 (asunto C-45/19), *Compañía de Tranvías de La Coruña*, indica lo siguiente: “El artículo 8, apartado 3, párrafo segundo, segunda frase, del Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que el plazo máxi-

<sup>104</sup>. Sobre esta cuestión de la incidencia del derecho de la competencia en la contratación pública resulta de especial interés López Miño (2019).

<sup>105</sup>. Sobre esta cuestión de la repercusión del derecho europeo en las estructuras de grupos societarios (y distintas incidencias) ya se preocupó la profesora Fuertes López (2007).

mo de 30 años establecido en esa disposición para los contratos a que se refiere el artículo 8, apartado 3, párrafo primero, letra b), de este Reglamento comienza a correr en la fecha de entrada en vigor de dicho Reglamento”.

Por otra parte, la sentencia de 24 de octubre de 2019 (asunto C-515/18), *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, concluye que “el artículo 7, apartados 2 y 4, del Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) núm. 1191/69 y (CEE) núm. 1107/70 del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que las autoridades nacionales competentes que tienen la intención de adjudicar directamente un contrato de servicio público de transporte de viajeros por ferrocarril no están obligadas, por un lado, a publicar o a comunicar a los operadores económicos eventualmente interesados toda la información necesaria para que estén en condiciones de elaborar una oferta suficientemente detallada y que pueda ser objeto de una evaluación comparativa ni, por otro lado, a efectuar esa evaluación comparativa de todas las ofertas eventualmente recibidas a raíz de la publicación de esa información”.

En la sentencia de 21 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-266/17 y C-267/17), *Rhein-Sieg-Kreis*, se decide lo siguiente: “El artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) n.-un. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, no se aplica a la adjudicación directa de contratos cuyo objeto sea el servicio de transporte público en autobús que no adopten la forma de contrato de concesión de servicios en el sentido de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios”.

La sentencia de 21 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-350/17 y C-351/17), *Mobit Soc.*, aclara, en la línea de la anterior sentencia, que “los artículos 5 y 8, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) núm. 1191/69 y (CEE) núm. 1107/70 del Consejo, deben interpretarse en el sentido de que el artículo 5 de este Reglamento no es aplicable a un procedimiento de adjudicación desarrollado antes del

3 de diciembre de 2019, de modo que una autoridad competente que adjudica, mediante un acuerdo de adjudicación por el que se pone fin a un procedimiento de licitación, con anterioridad a esa fecha, un contrato de concesión de servicio público de transporte local de viajeros por carretera no está obligada a cumplir lo dispuesto en dicho artículo 5”.

Por último conviene dar cuenta de la sentencia de 28 de febrero de 2019 (asunto C-388/17), Konkurrensverket, que determina que existe una red de servicios de transporte ferroviario, en el sentido de dicha disposición, cuando se ponen a disposición servicios de transporte, en aplicación de una normativa nacional que transpone la Directiva 2012/34, en una infraestructura ferroviaria gestionada por una autoridad nacional que adjudica la capacidad de dicha infraestructura, aun cuando esta esté obligada a atender las solicitudes de las empresas ferroviarias mientras no se alcancen los límites de capacidad (apartado 44), y que concluye que la previsión de la normativa de sectores especiales resulta de aplicación al transporte ferroviario (lo que incluye tranvías), afirmando que “la actividad desarrollada por una empresa ferroviaria, que consiste en prestar servicios de transporte público ejerciendo un derecho de uso de la red ferroviaria, constituye una ‘explotación de redes’ a efectos de dicha Directiva”.

### 3 Epílogo

A través de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha establecido la obligación de las Administraciones y de los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar plenamente el derecho de la Unión dentro de su esfera competencial, y de proteger los derechos que este otorga a los ciudadanos (aplicación directa del derecho de la Unión), descartando para ello cualquier disposición contraria del derecho nacional, ya sea anterior o posterior a la norma de la Unión (primacía del derecho de la Unión sobre el derecho nacional)<sup>106</sup>. La jurisprudencia explicada, con clara vocación codificadora, confirma su importancia práctica en cuanto consolida un derecho pretoriano, a modo de legislador positivo, que aporta certeza jurídica a través de una interpretación “armónica”. Y lo que es más importante, permite depurar conceptos a escala europea, aclarando interpretaciones nacionales contradictorias que deben así alinearse con lo dictaminado por el TJUE. Y el juez nacional, en especial

<sup>106</sup>. Sobre la posición de la jurisprudencia del TJUE en el sistema de fuentes resulta de interés el trabajo de Rodríguez-Izquierdo Serrano (2017).

el Tribunal Supremo, en cuanto juez comunitario, está aplicando la jurisprudencia del TJUE, consolidando la correcta interpretación práctica de la normativa de contratos públicos.

La LCSP, por tanto, no puede “leerse” en clave nacional desconociendo (o inaplicando) la jurisprudencia europea, que es, hay que recordar, derecho aplicable. Las sentencias del TJUE tienen carácter vinculante en los Estados miembros a efectos de preservar el principio de primacía<sup>107</sup>. Como ya se expuso en prontas sentencias (por ejemplo, la sentencia de julio de 1964, *Costa vs. ENEL*), el TJUE es el garante de un ordenamiento jurídico propio asistido y aplicado también por los sistemas jurídicos nacionales<sup>108</sup>. En consecuencia, cualquier interpretación nacional contraria a lo concluido por el TJUE implica un claro incumplimiento del derecho europeo de los contratos, pues no existe “libertad nacional” para condicionar esta jurisprudencia.

#### 4

### Bibliografía

- Agudo González, J. (2011). El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi* versus libre competencia. *Revista General de Derecho Administrativo*, 26.
- Beltrán Gómez, A. I. (2013). La confidencialidad de las proposiciones y el ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación. Cuestiones prácticas. *Revista de Estudios Locales*, 161, 287-306.
- Benacchio, G. A., Cozzio, M. y Titomanlio, F. (2016). *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea* (tomo I). Trento: Universidad de Trento.

<sup>107</sup>. El principio de primacía del derecho de la Unión debe entenderse, como condición de la existencia del ordenamiento jurídico comunitario, que se basa en la propia naturaleza de los tratados constitutivos, ordenamiento jurídico que prevalece sobre el derecho nacional. Principio expresamente aplicado, por ejemplo, en la STC 232/2015, de 5 de noviembre.

<sup>108</sup>. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que “los órganos jurisdiccionales están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 267 del TFUE) a deducir las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno” (sentencias de 14-12-82, asunto *Waterkeyn*, y de 5-3-96, asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93). Y que los jueces y tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de derecho de la Unión (STJCE 9-3-78, asunto *Simmenthal*, 106/77; STJUE 22-6-10, asunto *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10; y de 5-10-10, asunto *Elchinov*, C-173/09).

- Berberoff Ayuda, D. (2018). La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo. En AA. VV. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 163-200). Cizur Menor: Aranzadi.
- Bernal Blay, M. Á. (2013a). El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. En AA. VV. *Contratación Pública Estratégica* (pp. 161-186). Cizur Menor: Aranzadi.
- (2013b). El sistema de tutela de la buena administración contractual: balance de su implantación y propuestas para un mejor aprovechamiento. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 160, 190-213.
  - (2018). La contratación de los servicios a las personas. En AA. VV. *Tratado de Contratos del Sector Público* (vol. 3, pp. 2841-2874). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bouazza Ariño, O. (2020). *La casación en el contencioso-administrativo*. Cizur Menor: Civitas.
- Castillo Blanco, F. (2020). Las ofertas anormalmente bajas: a propósito de los costes generales y el beneficio industrial. *Revista de Administración Pública*, 212, 347-374.
- Cerrillo i Martínez, A. (2016). Transparencia pública de las entidades privadas y confidencialidad de los datos empresariales. En D. Canals Ametller (ed.), *Datos. Protección, Transparencia y Buena Regulación* (pp. 87-121). Girona: Documenta Universitaria.
- Chinchilla Marín, C. (2011). La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las directivas. En AA. VV. *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros* (pp. 33-79). Valladolid: Lex Nova.
- Cozzio, M. (2013). La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública. En J. M.<sup>a</sup> Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012* (pp. 89-111). Cizur Menor: Aranzadi.
- Díez Sastre, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.
- (2021). Contratos ‘open-house’: comprar sin licitar. *REALA*, 15, 5-23.
- Esteve Pardo, M.<sup>a</sup> A. (2017). El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. En AA. VV. *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (cap. XI, pp. 175-183). Madrid: INAP.
- Fernández Acevedo, R. (2018). Negocios y contratos excluidos. En AA. VV. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 294-306). Cizur Menor: Aranzadi.

- Fernández Acevedo, R. y Valcárcel Fernández, P. (2014). Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de directivas el sector. En R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel Fernández (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Madrid: Civitas Thomson Reuters (pp. 199-274).
- Fuertes López, M. (2007). *Grupos públicos de sociedades*. Barcelona: Marcial Pons.
- (2016). Contratos excluidos de las Directivas europeas. *esPublico* [blog], 10-6-2016. Disponible en: <https://www.administracionpublica.com/contratos-excluidos-de-las-directivas-europeas/>.
- Gallego Córcoles, I. (2015a). La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública. En AA. VV. *Las nuevas Directivas de Contratación Pública* (pp. 107-167). Cizur Menor: Aranzadi.
- (2015b). Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidos a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. En M. Almeida e I. Martín (dirs.), *La nueva contratación pública* (Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo: Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014, pp. 111-140).
- García-Álvarez García, G. (2020). Regulación y compra pública de medicamentos. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 205, 61-96.
- Gimeno FelIU, J. M.<sup>a</sup> (1995a). *El control de la contratación pública*. Madrid: Civitas.
- (1995b). *Contratos públicos*. Madrid: Civitas.
  - (2006). *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*. Madrid: Thomson-Civitas.
  - (2014). *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*. Cizur Menor: Aranzadi.
  - (2015). La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 172, 81-122.
  - (2016a). Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público. En AA. VV. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015* (pp. 31-138). Cizur Menor: Aranzadi.
  - (2016b). *Sistema de Control de la Contratación Pública en España (Cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos públicos. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Cizur Menor: Aranzadi.
  - (2018a). Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorpóreos de la producción en televisión (derechos intelectuales) a efectos de la aplicación de la normativa de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 48, 312-343.

- (2018b). La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 52, 25-37.
- (2018c). Ser o no ser poder adjudicador: ¿jesa no es cuestión!! En J. M.<sup>a</sup> Gimeno Feliu (dir.). *Observatorio de los Contratos Públicos 2017* (pp. 29-55). Cizur Menor: Aranzadi.
- (2020a). La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. *Economía Industrial*, 415, 89-97.
- (2020b). Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 205, 19-60.
- (2021a). Los fondos europeos *Next Generation* como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 214, 39-74.
- (2021b). Los objetivos de sostenibilidad e inclusividad de la Agenda de Naciones Unidas y su incidencia en la contratación pública. De las ideas a la acción. En J. Esteve Pardo (dir.). *La Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales* (pp. 67-100). Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

Gómez Fariñas, B. (2017). El principio de proporcionalidad como parámetro de interpretación y control en materia de contratación pública. En J. M.<sup>a</sup> Gimeno Feliu (dir.). *Observatorio de los Contratos Públicos 2016* (pp. 387-404). Cizur Menor: Aranzadi.

Hernández Rodríguez, F. (2019). De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador. Las entidades del sector público no Administración pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 198, 165-188.

Huergo Lora, A. (2017). Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos. *REALA*, 8, 5-26.

- (2020). La cooperación horizontal mediante convenios después de las sentencias ISE y Remondis 2. *ObCP* [boletín], 12-06-2020. Disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/la-cooperacion-horizontal-mediante-convenios-despues-de-las-sentencias-ise-y-remondis-2>.

Jordano Fraga, J. (2019). Luces y sombras en la reforma operada sobre la subcontratación por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. En Í. del Guayo Castiella y A. Fernández Carballal (coords.). *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI. Libro conmemorativo del XXV Aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz* (pp. 515-532). Madrid: INAP.

López Miño, A. (2019). *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*. Cizur Menor: Aranzadi.

- Medina Arnáiz, T. (2013). Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 121, 87-97.
- (2016). La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa. *Revista Vasca de Administración Pública*, 104-2, 77-113.
  - (2017). Las cláusulas sociales en la contratación pública: su consolidación en el ordenamiento jurídico español tras el impulso europeo. En AA. VV. *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales* (pp. 55-80). Cizur Menor: Aranzadi.
- Menéndez Sebastián, E. (2018). El contrato de servicios. En AA. VV. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1537-1564). Cizur Menor: Aranzadi.
- Mesa Vila, M. (2018). La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública: una reflexión y una propuesta. *Revista General de Derecho Administrativo*, 47.
- Molina Hermosilla, O. (2021). *Dimensión cualitativa de la contratación pública en la era COVID-19*. Granada: Comares.
- Mora Ruiz, M. (2018). *El control de la contratación pública local: construcción sistemática*. Navarra: Aranzadi.
- Moreno Molina, J. A. (1996). *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*. Madrid: McGraw-Hill.
- (2009). La sujeción de las federaciones deportivas a la Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, 27, 45-64.
  - (2012). El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación. En AA. VV. *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (tomo II, pp. 3429-3454). Pamplona: Thomson.
  - (2013). La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos. En J. M.<sup>a</sup> Gimeno FelIU (dir.). *Observatorio de Contratos Públicos 2012* (pp. 115-163). Cizur Menor: Aranzadi.
  - (2019). Nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos. En J. M.<sup>a</sup> Gimeno FelIU (dir.). *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Moreno Molina, J. A. y Domínguez Alonso, P. (2014). El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. En AA. VV. *La contratación pública a debate: presente y futuro* (pp. 139-164). Cizur Menor: Civitas-Thomson.
- Noguera de la Muela, B. (2004). El control de la contratación pública en el derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español. En AA. VV. *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública* (pp. 95-130). Barcelona: Atelier.

- (2015). La Directiva “Recursos” y sus consecuencias prácticas. Material del Curso *Contratación administrativa con especial incidencia del Derecho europeo* (Madrid, 29 y 30 de octubre de 2015). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Ordóñez Solís, D. (2002). *La contratación pública en la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi.
- Pernas García, J. (2020). La “contratación circular”: el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos. *ObCP* [boletín], 06-04-2020. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-contratacion-circular-el-papel-de-la-compra-publica-en-la-realizacion-de-una-economia>.
- Piñar Mañas, J. L. (1993). El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria. En AA. VV. *Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez* (pp. 773-796). Madrid: Civitas.
- Razquin Lizarraga, J. A. (2010). El sistema especial de recursos en la contratación pública tras la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público. *Revista General Derecho Administrativo*, 25.
- Razquin Lizarraga, M. M.<sup>a</sup> (2013). *La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones públicas (Unión Europea y España)*. Madrid: Iustel.
- (2014). La confidencialidad de datos empresariales en la contratación pública. En J. E. Soriano García (dir.). *Por el derecho y la libertad. Libro Homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor* (vol. II, pp. 1867-1900). Madrid: Iustel.
  - (2015). Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España. *Revista de Administración Pública*, 196, 97-135.
  - (2018). El principio de confidencialidad en la contratación pública. En J. M.<sup>a</sup> Gimeno Feliu (dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 867-898). Cizur Menor: Aranzadi.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2016). *Compliance y self-cleaning* en la contratación pública (una aproximación europea). *Administración de Andalucía*, 95, 13-51.
- Rodríguez-Izquierdo Serrano, M. (2017). La posición de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sistema constitucional de fuentes. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 483-514.
- Rubio Beltrán, J. (2019). La contratación de los servicios jurídicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *REALA*, 11, 185-203.
- Ruiz de Castañeda, A. y Bernal Blay, M. Á. (2011). La contratación pública y el derecho comunitario. Cuestiones pendientes. En AA. VV. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (pp. 23-42). Cizur Menor: Civitas.

- Sánchez Morón, M. (dir.). (2011a). *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*. Valladolid: Lex Nova.
- (2011b). La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación. En M. Sánchez Morón (dir.). *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros* (pp. 81-101). Valladolid: Lex Nova.
- Santamaría Pastor, J. (2016). Contratos del sector público y derecho de la Unión. *Revista de Administración Pública*, 200, 83-102.
- Santiago Iglesias, D. (2015). Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español. *Revista General de Derecho Administrativo*, 38.
- Serrat Romaní, M. (2017). Los intereses económicos y comerciales. En AA. VV. *Los límites al derecho de acceso a la información pública* (cap. IX, pp. 151-162). Madrid: INAP.
- Vázquez Matilla, J. (2015). *La modificación de los contratos públicos*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Vilalta Reixach, M. (2018a). Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. En AA. VV. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 325-367). Cizur Menor: Aranzadi.
- (2018b). De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas. *REGAP*, 56, 37-70.