

Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas

Jaime Rodríguez Arana • Jose Antonio Moreno Molina
Ernesto Jinesta Lobo • Karlos Navarro Medal



INEJ
Fundado en 1995

Jaime Rodríguez Arana
Jose Antonio Moreno Molina
Ernesto Jinesta Lobo
Karlos Navarro Medal

Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas

(Estudio comparado de los TLC, de las normas
internacionales y del derecho comunitario
europeo sobre contratación administrativa)

PRIMERA EDICIÓN



INEJ
Fundado en 1995

Autor:

Ernesto Jinesta Lobo y otros

Cuido de edición:

Sergio J. Cuarezma Terán

Diagramación:

Eduardo Marín G.
Allan Zapata Corea

Diseño de portada

Allan Zapata Corea

ISBN: 978-99924-21-20-8

Todos los derechos reservados conforme a la Ley.

© INEJ, 2011

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de su autor, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

Índice General

Presentación.	13
--------------------	----

Capítulo Primero: Principios de la contratación pública en el Derecho Administrativo global

I.- Introducción.	17
II.- El Derecho Administrativo Global.	18
III.- Los principios generales y el Derecho Administrativo Global. ..	29
IV.- Los principios generales de la contratación pública en el Derecho Administrativo Global.	42
V.- Reflexión conclusiva.	53

Capítulo Segundo: Normas y acuerdos internacionales sobre contratos públicos

I.- El Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública de la Orga- nización Mundial del Comercio. Su revisión de 2006.	57
A.- Antecedentes y origen.	57
B.- Principios fundamentales: No discriminación y transpa- rencia.	58
C.- Alcance y cobertura.	59
D.- Procedimientos de licitación.	60
E.- La renegociación del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP).	62
F.- La suscripción del Acuerdo por la Unión Europea.	64
II.- La Ley Modelo sobre Contratación Pública de Naciones Unidas.	65
III.- El Tratado de Libre Comercio de América del Norte.	67
IV.- El Área de Libre Comercio de las Américas.	69
V.- El Protocolo sobre contrataciones públicas de MERCOSUR. ..	70

Capítulo Tercero:

Aspectos generales de la contratación pública en la unión europea: Importancia económica y social.

I.- El marco normativo comunitario de la contratación administrativa.	71
II.- Importancia económica y social de la contratación pública.	73
III.- Las estadísticas sobre la contratación pública en la Unión Europea.	74
IV.- Contratos en la Unión Europea sujetos a normativa comunitaria.	77
V.- Las discriminaciones y las prácticas proteccionistas en la adjudicación de los contratos administrativos.	80
VI.- Los Acuerdos y Tratados celebrados por la Unión Europea con Chile y México y sus provisiones sobre contratación pública. ..	86
1.- El Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Chile. ..	86
2.- El TLC suscrito entre la Unión Europea y México.	92
3.- Otros acuerdos y TLC de la Unión Europea.	96
VII.- Las relaciones entre la Unión Europea y América Latina.	100

Capítulo Cuarto:

La aplicación de los principios generales del tratado CE a todos los contratos públicos

I.- La ausencia de provisiones específicas en el Tratado CE sobre la contratación pública.	103
II.- Los principios generales de la contratación pública como imprescindible elemento unificador del Derecho público de los contratos. Su reconocimiento en el ordenamiento jurídico comunitario.	105
III.- Los principios de Derecho originario europeo aplicables a la contratación administrativa: la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y las normas sobre la competencia.	110

**Capítulo Quinto:
Desarrollo y evolución de la normativa comunitaria europea sobre contratos públicos**

I.- La ausencia de previsiones específicas en el Tratado CE sobre la contratación pública.	119
II.- Las primeras Directivas sobre la materia. Razones del incumplimiento generalizado de sus disposiciones.	121
III.- La “segunda generación” de Directivas y sus sucesivas reformas.	122
IV.- La última generación de Directivas sobre contratos: 2004/17/CE, sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales y 2004/18/CE sobre contratos del sector público.	123
V.- Análisis del contenido de la Directiva sobre contratos públicos de suministros, obras y servicios.	126
VI.- Los procedimientos de adjudicación de los contratos en la Directiva 2004/18. El nuevo procedimiento del diálogo competitivo.	129
VII.- El impulso europeo en la introducción de medios telemáticos en los procedimientos de licitación.	132
VIII.- La Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicio y su regulación de la contratación pública electrónica.	135
IX.- Las subastas electrónicas.	137
X.- Los contratos públicos en los denominados “sectores excluidos”, “especiales” o de “servicio público”.	139
XI.- La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la evolución y desarrollo del Derecho comunitario de la contratación pública.	142
XII.- El sistema único de clasificación de los contratos públicos en la Unión Europea.	144
1.- Introducción y antecedentes al sistema vigente.	144
2.- El establecimiento de un sistema único de clasificación de los contratos públicos en la Unión Europea.	145

3.- Las ventajas de un sistema único de clasificación.	146
4.- El funcionamiento del CPV europeo.	148
5.- La obligatoriedad del uso de la clasificación CPV en los formularios normalizados.	149
6.- Aplicación práctica del CPV.	149
7.- La aplicación del vocabulario común se rige por las Directivas europeas sobre contratación pública.	151
XIII.- El futuro próximo del Derecho comunitario de los contratos públicos.	152

Capítulo Sexto:

El control del cumplimiento del derecho comunitario de los contratos públicos.

I.- La falta de mecanismos efectivos de control del cumplimiento de la normativa comunitaria sobre contratos públicos.	157
II.- La aprobación de las Directivas sobre “recursos”:	160
1.- La Directiva 89/665/CEE, sobre procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de obras y suministros.	160
2.- La Directiva 92/13/CEE, sobre “recursos” en los “sectores excluidos”.	163
3.- La reforma de las Directivas de recursos.	166
III.- El incumplimiento de las Directivas de recursos por el Estado español.	169
IV.- Las reformas de la Ley de Contratos para adecuarse a las Directivas de recursos.	173
V.- Los recursos de la Comisión contra los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario de los contratos públicos.	178
VI.- La adopción de medidas cautelares por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.	180

Capítulo Séptimo:

La problemática del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria europea sobre contratación pública

I.- La interpretación funcional del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre contratos.	183
II.- El reiterado incumplimiento del Derecho comunitario en España por la LCAP y el TRLCAP en lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación. Las sucesivas e inexplicablemente incompletas reformas de la legislación española en la materia.	194
III.- El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley española de Contratos del Sector Público. La tipología de entidades contratantes en la nueva Ley de Contratos.	208
IV.- La importante ampliación del ámbito subjetivo de aplicación que lleva a cabo la Ley de Contratos del Sector Público.	215

Capítulo Octavo:

El amplio alcance de la jurisprudencia comunitaria europea en materia de contratación pública

I.- La consecución de objetivos sociales a través de la contratación pública.	225
II.- La protección del medio ambiente a través de los contratos públicos. La importante sentencia Concordia Bus Finland.	235
III.- Procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Concepto de órgano jurisdiccional nacional.	245
A.- La fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia del TJCE de 4 de febrero de 1999.	245
B.- Las vías de recurso en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.	247
C.- Las Directivas sobre “recursos”.	250
D.- La terminación convencional en España de los procedimientos de contratación.	251
IV.- Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.	257

V.- La doctrina del Tribunal sobre los contratos “in house providing” y su acogida en la nueva Ley española de Contratos del Sector Público.	265
---	-----

**Capítulo Noveno:
Contratación administrativa en el Tratado de Libre
Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados
Unidos de Norteamérica**

Introducción.	277
I.- Régimen de cobertura.	279
1.- General.	279
2.- Los conceptos jurídicos indeterminados de “ <i>contratación cubierta</i> ” y “ <i>contratación de mercancías, servicios o ambos</i> ”.	280
A.- Criterios objetivos.	280
B.- Criterios subjetivos.	281
C.- Criterio del umbral monetario o económico mínimo. ...	283
D.- Criterio residual.	284
II.- Régimen de excepción.	285
1.- Acuerdos no contractuales o diversas formas de asistencia internacional.	285
2.- Compras financiadas con préstamos o donaciones internacionales.	285
3.- Contratación de servicios de agencias o depósitos fiscales, servicios de liquidación y administración para instituciones financieras reguladas y servicios de venta y distribución para la deuda pública.	286
4.- Contratación de funcionarios o empleados públicos.	286
5.- Cualquier contratación de mercancías, servicios o ambos de órganos o entidades públicas no incluidas en las listas de los anexos 9.1.2 (b) (i), (ii) e (iii) y sus diversas secciones.	286
6.- Compras efectuadas bajo condiciones excepcionalmente favorables que se realizan esporádicamente, como enajenaciones extraordinarias efectuadas por entes u órganos públicos que, ordinariamente, no son proveedoras o la enajenación	

de activos de tales entidades en liquidación o bajo administración judicial.	286
7.- Servicios, entidades y mercancías en las listas excluidas de cada Estado parte.	286
III.- Principios de los procedimientos de contratación.	287
1.- Principios de “trato nacional”, igualdad y libre concurrencia.	287
2.- Publicidad y transparencia.	291
3.- Principio de integridad.	293
IV.- Determinación del procedimiento de contratación.	293
1.- Regla: “Licitación abierta”.	294
2.- Modalidades específicas de licitación abierta (registro de proveedores y precalificación).	294
3.- Excepciones: Otros procedimientos de contratación diferentes a la “licitación abierta”.	295
A.- Degradación del procedimiento de licitación abierta.	296
B.- Prestaciones personalísimas, mercancías exclusivas y el proveedor único.	296
C.- Entrega de mercancías o productos adicionales a los contratados previamente.	297
D.- Mercancías adquiridas en mercado de productos básicos.	297
E.- Adquisición de prototipos o productos o servicios desarrollados a petición del adquirente.	297
F.- Servicios adicionales de construcción no incluidos en el contrato original.	298
G.- Contratación en situaciones de emergencia o urgencia. ...	299
V.- Formación y perfección del contrato público.	299
1.- Cartel.	299
2.- Publicación del aviso de contratación.	302
3.- Oferta.	302
A.- Contenido y requisitos.	302
B.- Confidencialidad de la información brindada.	303
C.- Plazo de presentación.	303
D.- Calificación y evaluación.	304
E.- Adjudicación.	304

E.1.- Criterios para la adjudicación.	305
E.2.- Comunicación de la adjudicación.	305
VI.- Régimen de impugnación en los procedimientos de contratación administrativa.	306
1.- Autoridad administrativa o jurisdiccional imparcial o independiente.	307
2.- Tutela cautelar.	308
3.- Transparencia, publicidad y seguridad jurídica en los procedimientos de impugnación.	310
4.- Derechos de los proveedores en la fase de impugnación.	310
Bibliografía.	313

Presentación

La Administración Pública actúa unilateralmente, a través de actos y normas administrativas, y bilateralmente, buscando ordinariamente la colaboración del sector privado, a través de contratos. En estos casos, los empresarios, los contratistas seleccionados por la propia Administración con arreglo a estrictos parámetros de legalidad y objetividad, se integran de alguna manera en la función pública en la medida en que están comprometidos a que las obras, servicios o suministros de interés público que se van a poner a disposición de los ciudadanos, sean los más adecuadas dentro de las posibilidades técnicas existentes en cada momento. La Administración no puede por sí misma asumir directamente la realización de todas las actividades de interés general. Necesita el concurso de la sociedad articulada. Por eso, el interés general en un Estado social y democrático de Derecho ya no es de dominio burocrático. Antes bien, ha de abrirse a una definición y control en la que la propia sociedad ahora asume un papel central.

Es importante destacar que el empresario en los contratos públicos está también obligado a realizar la obra o prestar el servicio o el suministro en el marco del servicio objetivo al interés público. La razón es bien clara: el contratista va a manejar fondos públicos, el contratista va a realizar determinadas actividades vinculadas al interés general, el contratista, pues, se integra de alguna manera, aunque no estructuralmente, en la misma Administración Pública. De ahí, por ejemplo, que en las relaciones que se producen en el campo de los servicios públicos o de interés general entre el empresario y los usuarios, éste deba, en todo momento, asumir una actuación de servicio objetivo al interés general puesto que en su quehacer en estos casos ha de velar por el cumplimiento de los principios generales del servicio público o de interés general.

En los últimos años, el Derecho Comparado, sobre todo el de los Organismos Supranacionales, nos muestra una tendencia bien relevante a fortalecer los sistemas de adjudicación de los contratos públicos acentuando la importancia de la publicidad y de la concurrencia, así

como la existencia de criterios objetivos sobre los que hacer descansar las resoluciones de selección de contratistas. Se observa, además, el esfuerzo por buscar la mejor oferta para el interés público en función de las mejores técnicas disponibles, a partir de la denominada cláusula de progreso. Una cláusula que permite poner a disposición de los ciudadanos la mejor solución posible para que la obra, el servicio o el suministro de que se trate, proporcionen las mejores posibilidades de desarrollo personal y social.

En este sentido, la importancia de los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, publicidad, concurrencia, racionalidad u objetividad, nos ofrecen un panorama general, al menos en la teoría, que ayuda a diseñar un cuadro global de la contratación pública a partir de una serie de principios siempre viejos y siempre nuevos, como los que hoy nos muestra el Derecho Comparado en la materia. En realidad, la existencia de fondos públicos, de todos, obliga a que los poderes adjudicadores busquen las ofertas mejores para todos, desde el punto de vista legal y desde el punto de vista de la técnica. En el seno de la UE, por ejemplo, la normativa en materia de contratos públicos ha evolucionado en esta dirección, hasta el punto de que bien puede decirse que el Derecho de Contratos de la UE es un Derecho en el que se pone de manifiesto que, en efecto, la vinculación del Derecho Administrativo al principio de promoción de los derechos ciudadanos debe ser una realidad.

El Derecho Administrativo Global es un Derecho en transformación, “*in fieri*”: se está construyendo en este tiempo. Como bien sabemos, el interés general, clave de bóveda del Derecho Administrativo, ha de ser concreto, materializado, puntualizado, detallado en cada caso. En la contratación pública, esa tarea de concreción se realiza sencillamente cuando el órgano de contratación de forma motivada, argumentada en la realidad y para un supuesto específico, selecciona la mejor opción de acuerdo con lo que es más favorable para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, que debe deducirse de la conjunción entre los criterios de valoración y la mejor solución técnica. Desde esta perspectiva parece obvio que la existencia de privilegios y prerrogativas inmanentes a la propia

Administración en materia de contratación es una teoría que debe ser revisada.

En efecto, la revisión a que nos desafía la centralidad de los derechos fundamentales de la persona y, también, la necesidad de trabajar sobre intereses públicos materiales, concretos y determinados, está obligando a repensar muchos de los dogmas del Derecho Administrativo de finales del siglo XVIII. Dogmas que, es lógico, si tuvieron sentido en su momento, ahora han de ser repensados a la luz de la Constitución del Estado social y democrático de Derecho. Un modelo político en el que el interés público ya no se define unilateralmente por los poderes públicos, sino que ha de ser formulado contando con la vitalidad de la realidad a través de las más variadas fórmulas participativas.

Pues bien, en materia de contratos públicos, esas prerrogativas o privilegios de la Administración que todos conocemos bien, más que técnicas apriorísticas, pueden ser en el caso concreto, en el marco de una delicada operación argumentada, poderes que hayan de operarse precisamente cuando existan razones que lo justifiquen. No son privilegios substanciales que acompañan a la Administración en su quehacer y de los que puede echar mano de ellos cuando le venga en gana. No, se trata de medios al servicio objetivo del interés general que han de usarse motivadamente, argumentadamente, razonablemente.

El profesor José Antonio Moreno Molina es, al día de hoy, el profesor de nuestra generación que más y mejor ha trabajado la materia; el profesor Ernesto Jinesta, es el ius administrativista más descollante en Costa Rica con un prolífica producción científica que ha incursionado todas las aristas de nuestra disciplina, entre estas, la contratación administrativa y el profesor Navarro es, en Nicaragua, la figura más destacada de un moderno Derecho Administrativo que aspira a ser el Derecho, como dice González Navarro, del poder público para las libertades ciudadanas. Expresión que en materia de contratos encaja a la perfección porque no debemos olvidar que a través de la colaboración contractual del sector privado la Administración realiza su constitucional tarea de servicio objetivo al interés general. Tarea que referida a las obras públicas, a los

servicios públicos y de interés general, o los suministros que precisa el sector público, es básica para la libertad solidaria de los habitantes y el progreso social de los pueblos.

En esta pequeña obra hemos querido exponer sucintamente algunas de las peculiaridades de la contratación desde una perspectiva global, conscientes de que en esta materia el Derecho Administrativo Global, que es hoy por hoy necesariamente un Derecho prudencial, va dando pasos relevantes. El Derecho Administrativo Global es expresa en los diferentes campos y ramas que lo componen. El de la contratación administrativa es probablemente aquel en el que esta naturaleza prudencial que caracteriza al Derecho Administrativo Global en sus primeros balbuceos se manifiesta con más claridad. Estos principios, que se derivan de la existencia de fondos públicos dirigidos a satisfacer necesidades colectivas de la comunidad, son exigencias jurídicas que trae consigo un planteamiento más abierto, más plural, más dinámico y más complementario del interés general del Estado social y democrático de Derecho.

La Coruña, 30 de junio de 2011

Jaime Rodríguez-Arana, catedrático de Derecho Administrativo.

Capítulo Primero:

Principios de la contratación pública en el Derecho Administrativo global

I.- Introducción.

La globalización es un fenómeno que también ha llegado al Derecho Público. En efecto, la realidad nos demuestra que en determinados sectores del Derecho Administrativo existen normas y actos con pretensión de validez supranacional. Son normas que se elaboran poniendo en cuestión la teoría clásica de las fuentes del Derecho y el sistema de producción normativa. Como el Derecho Administrativo Global está “in fieri” El Derecho Administrativo Global es, en mi opinión, un Derecho principal. Un Derecho en construcción, un Derecho que asegura que los poderes públicos globales se ejercen al servicio del interés general global de acuerdo con la justicia. Ni hay todavía una Administración Pública global, ni un Poder ejecutivo global, ni un Poder judicial global, como tampoco disponemos de una Constitución global. Sin embargo, la realidad nos demuestra que en algunos sectores, el de la contratación pública especialmente, los principios generales ayudan sobremanera a construir un Derecho Administrativo Global de la contratación administrativa que parta precisamente de los postulados del Estado de Derecho.

La ausencia, en ocasiones, de legitimidad de estas nuevas fuentes, a veces compuestas por grupos de expertos, por especialistas en determinadas materias que se reúnen a nivel global o también por tradicionales Entes públicos, semipúblicos, en ocasiones conformados por Entes privados, hace preciso que en estos primeros tiempos, el levantamiento de este nuevo edificio jurídico-administrativo se realice sobre bases sólidas. En materia de contratos, son los Entes públicos supranacionales o globales quienes, a partir de la objetividad, transparencia, igualdad de trato, prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, han construido un Ordenamiento jurídico comunitario europeo que, por mor de las características de la integración comunitaria europea, obligan a los Estados miembros.

En estas líneas me propongo reflexionar sobre un fenómeno de rabiosa y palpitante actualidad como es el del Derecho Administrativo Global, analizando un sector concreto: la contratación pública. Sector en el que efectivamente el Derecho que lo disciplina es de contenido prudencial y consecuencia de la fuerza de la integración, en este caso de la integración comunitaria. Además, y es importante destacarlo, los principios generales que presiden el régimen de la contratación pública en Europa surgen de la metodología del pensamiento abierto, dinámico y complementario. En este sentido, los principios que vamos a analizar están en la misma base de un fenómeno de integración en el que la libertad, la competencia, la igualdad de trato, la no discriminación, la transparencia, la imparcialidad y la objetividad presiden el entero sistema normativo de la contratación administrativa en el seno de la UE.

II.- El Derecho Administrativo Global.

La existencia del Derecho Administrativo Global es, al día de hoy, una realidad indudable. Poco a poco, va inundando los sectores tradicionales del Derecho Administrativo Interno o Nacional. Esto es así, entre otras razones, porque las categorías y las instituciones del Derecho Administrativo no están limitadas a unas determinadas y concretas coordenadas espacio-temporales. Más bien, se trata de categorías y conceptos de validez universal, que podrían tener un sentido o una intensidad diferente según cuál sea el modelo de Estado en el que nos encontremos. Por ejemplo, los contratos públicos, aquellos que celebran los Entes del sector público, en su fisonomía general y en su articulación concreta, suelen presentar unos obvios rasgos comunes que justamente demuestran la existencia de esta categoría jurídico-administrativa desde su nacimiento.

Los Entes públicos, por utilizar una terminología muy amplia en la que entran todas las Administraciones públicas, Entes dependientes, además de sociedades y otros organismos que manejan fondos públicos, suelen convocar, con publicidad y concurrencia, a las empresas para realizar actividades de interés general que la propia institución solicitante ni está en condiciones de realizar por sí misma,

ni probablemente deba hacerlo. La Unión Europea, el Mercosur, Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y otros órganos y organismos de dimensión supranacional contratan con empresas la realización de determinadas obras o servicios públicos siguiendo una tipología que aunque ha nacido en el Derecho Administrativo Interno, hoy es una realidad en el denominado Derecho Administrativo Global de la contratación pública.

El problema que hoy presenta este Derecho Administrativo Global, es que es un Derecho “*in fieri*” que se está desarrollando poco a poco, que adolece todavía de una inquietante ausencia de legitimidad debida a la inexistencia de un Parlamento Global, de un Gobierno Global y de un Tribunal Global. Por eso, este incipiente Derecho Público Global opera, como es lógico, a través de principios, a través de principios que proyectan la cláusula del Estado de Derecho, en un intento de evitar que la racionalidad económica o la racionalidad técnica terminen por convertirse en la fuente primera y más relevante de este Ordenamiento Jurídico Administrativo Global.

El caso de la contratación pública es, en este punto, paradigmático puesto que, como se analiza en este libro, pionero ciertamente en la materia, al menos en lengua hispana, los principales instrumentos supranacionales, globales, en materia de contratación se han construido precisamente al calor de los principios: del principio de no discriminación, de publicidad, de libre concurrencia. Principios que son la expresión de la obligatoriedad que tienen los Entes públicos, por manejar fondos públicos, de actuar con transparencia, fomentando la igualdad y adjudicando el contrato a la oferta mejor para el interés público, que es siempre el elemento central que gravita y preside el entero régimen jurídico de aplicación. Es decir, en materia de contratos públicos, los principios han sido la base de las normas que ulteriormente se han elaborado. El caso, por ejemplo, en el espacio jurídico europeo, de las Directivas comunitarias en la materia nos excusa ahora de mayores comentarios.

A pesar de registrar que el Derecho Administrativo Global no ha cumplido hasta el momento el papel que se esperaba de él: ordenación jurídica del poder para la libertad de todos los seres humanos en la dimensión global, no se puede desconocer que en la realidad jurídica general, en el espacio jurídico global se han ido produciendo, quizás demasiado tímidamente y probablemente demasiado lentamente, toda una serie de hechos y regulaciones que, aunque sea fragmentariamente, acreditan la existencia de regulaciones administrativas parciales de escala supranacional. Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública es dónde, a mi juicio, el desarrollo del Derecho Administrativo Global ofrece más solvencia, precisamente a causa de haberse diseñado sobre los cimientos de los principios tradicionales de la contratación pública, que son prácticamente comunes en casi todos los Ordenamientos del planeta inspirados en el Derecho de matriz romano-germánica.

El fenómeno de la globalización, imparabile en el terreno económico, hoy ya alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción. Por lo que se refiere al Derecho Público, comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir, transgubernamentales que obligan al estudioso del Derecho Administrativo a tener presente esta nueva realidad. Es el caso, entre otros, de la seguridad pública, de la regulación de la energía, de las telecomunicaciones, de la inmigración, del medio ambiente, de la llamada ayuda al desarrollo y muy especialmente, de la contratación pública. Esto es así, entre otras razones, porque hoy la interdependencia y la cooperación intergubernamental nos enseñan que la solución a muchos problemas de dimensión pública ha de buscarse a través de esta nueva versión del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que se llama globalización.

Es decir, existen cuestiones que escapan a las fronteras de la dimensión nacional y se convierten en fenómenos globales. El más relevante, el más trascendente, aunque no el más eficaz, es la lucha por los derechos humanos en el mundo. Una asignatura todavía pendiente

que aconseja que el Derecho Administrativo, Derecho del poder para la libertad como diría el profesor González Navarro, supere rígidos esquemas y salte las trincheras de lo nacional para situarse en un nuevo plano. Uno nuevo plano, el de lo global que, como señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart en su trabajo titulado “El surgimiento del Derecho Administrativo Global”, es la consecuencia de los sistemas transnacionales de regulación o cooperación regulatoria que se producen a través de Tratados Internacionales y Redes Intergubernamentales de Cooperación informales que, en efecto, han desplazado muchas decisiones hasta ahora residenciadas en el espacio nacional al espacio global. En el caso de la contratación pública, estas normas de dimensión supranacional se han inspirado, como es lógico, en los principios clásicos de la contratación pública, prácticamente comunes en todos los sistemas jurídicos de matriz cultural romano-germánica.

En efecto, estamos en presencia de una nueva realidad que hay que estudiar con otra perspectiva, con una nueva mentalidad porque, de lo contrario, nos quedaremos atrapados en el prejuicio y en el estereotipo que tanto daño hacen a la evolución social. En efecto, estas nuevas formas de regulación proceden ahora de nuevos sujetos que no son los tradicionales y que, además, se expresan jurídicamente a través de nuevas fuentes, de nuevas maneras de producción de normas. En estos años, como recuerdan Kingsbury, Krisch y Stewart, aparecen nuevos órganos administrativos transnacionales en forma de nuevas organizaciones internacionales y grupos informales de representantes públicos que ciertamente realizan tareas de orden administrativo no sometidas al tradicional control del Estado-nación o de los Entes subestatales. Estas nuevas decisiones de orden administrativo del sistema global también son producidas por sujetos de naturaleza privada o por órganos administrativos nacionales. Como señalan estos autores, pioneros ciertamente de esta relevante materia, cada vez es más importante tener presente que la regulación puede proceder del mundo privado a nivel internacional, que en ocasiones, cuando atiende asuntos de dimensión supraindividual, se articula en instituciones que establecen patrones o estándares de proyección global que afectan a obvios intereses generales. Igualmente, en este contexto aparecen organizaciones híbridas público-privadas en las

que puede haber presencia empresarial, de ONGs, de gobiernos nacionales o de organizaciones intergubernamentales que también producen regulaciones globales.

Este nuevo panorama afecta sobremanera a los principios sobre los que descansa el Derecho Administrativo. Es verdad que en nuestra disciplina coexisten dos tradiciones jurídicas que están siendo afectadas por la globalización. Más, desde luego, el sistema jurídico-administrativo de corte francés que el esquema del “rule of law” de inspiración anglosajona. Pero, en cualquier caso, ambos sistemas tienen que “aggiornarse” a la nueva realidad. Es más, en sede de principios, los fundamentos del Estado de Derecho, aquellos sobre los que se han levantado ambos edificios jurídicos, cobran ahora una especial relevancia porque no podemos ocultar que estas nuevas formas de actividad pública de dimensión global no pueden escapar al control jurídico que legitima la acción pública. En el ejercicio de estos poderes regulatorios, que tienen diferentes protagonistas, incluso de naturaleza privada, deben asegurarse técnicas que impidan que la tentación de eludir el control sea la principal característica de la denominada nueva Administración global que despliega su actividad en el llamado espacio jurídico global. Por eso, en los inicios, en los primeros balbuceos de este todavía incipiente Derecho Administrativo Global, la jurisprudencia, y sobre todo los principios del Derecho sobre los que se levantó esta magnífica construcción jurídico-política, están fundando un nuevo Derecho Público Universal, que como señala agudamente el profesor Meilán, es ya un Derecho prudencial. Está aconteciendo “mutatis mutandis” lo mismo que en los orígenes del Derecho Administrativo en Francia: entonces era el Consejo de Estado el que alumbró el nuevo Derecho Administrativo a través de sus famosos “arrets”: ahora son los Tribunales y Cortes sectoriales de nivel transgubernamental o global, los que poco a poco van elaborando una doctrina jurisprudencial que, hoy como ayer, se basan en principios de Derecho.

Como es sabido, mientras que en el sistema continental europeo, el control de la actividad administrativa se ubicó en manos del Consejo de Estado, un organismo público de naturaleza jurisdiccional,

y la Administración pública actúa sometida a un Derecho diferente al Común para las personas jurídicas ordinarias, repleto de privilegios y prerrogativas en cuanto servidora del interés general, en la otra orilla, nunca mejor escrito, la Administración era considerada como una persona jurídica más sometida al Derecho que interpretan los Tribunales ordinarios. En ambos casos, como es lógico, la Administración estaba sometida a la ley y al Derecho. En el Derecho Administrativo anglosajón, poco a poco, se empezaron a aplicar a los contratos públicos reglas propias de un sistema que asume que la existencia de fondos públicos obliga a disponer de un régimen jurídico adecuado a tal característica. Los contratos privados se rigen por la ley de la autonomía de la voluntad con los límites propios establecidos en los Códigos correspondientes, mientras que los contratos públicos, por la existencia de fondos públicos, están sometidos a los principios de publicidad, objetividad, equidad, concurrencia, igualdad de trato, transparencia, principios hoy de aplicación, por mor de la fuerza del derecho público Comunitario Europeo, a todos los países de la Unión Europea, sean de tradición anglosajona o francesa.

En este contexto, las experiencias de Derecho Administrativo Global en distintos sectores como puede ser el de los derechos humanos, el del comercio internacional, el cultural, el agrícola, el de la contratación pública, el deportivo, entre otros, todos ellos de dimensión universal, van a mostrarnos un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas que, desde luego, superan las fronteras nacionales. En efecto, desde el principio de legalidad hasta la separación de los poderes pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de “cheks and balances”, encontramos principios y criterios del Estado de Derecho, que nos permiten hablar de un Derecho Administrativo Global de base principal. Base principal, insisto, que en materia de contratos es patente.

Ciertamente, uno de los peligros que se avizoran cuando nos acercamos al estudio de la Administración global, del espacio jurídico-administrativo global y, sobre todo, cuando estudiamos el Derecho Administrativo Global, es la facilidad con la que estas nuevas realidades jurídicas y estructurales pueden escapar al control, al sistema de “accountability” o de rendición de cuentas que debe caracterizar a una verdadera y genuina Administración democrática. Por eso, ahora que percibimos la emergencia de este nuevo Derecho Administrativo en el que existe, todavía “in fieri”, una nueva Administración global que opera en el nuevo espacio jurídico global, es fundamental desde ya que los principios sobre los que va a descansar esta nueva realidad jurídico-público se inscriban claramente en los postulados del Estado de Derecho. En materia de contratación pública, nos topamos con un problema complejo porque en el espacio europeo resulta que el principio de igualdad de trato es desconocido muchas veces a favor de las empresas nacionales por diferentes “razones”, desde la promoción de la industria nacional, hasta la protección de la economía propia.

En este sentido, los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart son conscientes de que puede haber determinadas regulaciones globales que pueden afectar de manera distinta a unos Estados y a otros cuestionándose incluso el régimen del Derecho Internacional Público. Para resolver este escollo, estos profesores abogan porque los regímenes intergubernamentales construyan estándares de Derecho Administrativo y técnicas jurídicas generales a las que los gobiernos nacionales deban adecuarse con el fin de asegurar que los principios del Estado de Derecho sean respetados. En materia de contratación, los principios son la clave de bóveda del sector. Sin principios, que además son globales, no hay sistema global de contratación pública global.

Es verdad que ahora se pone el acento en la rendición de cuentas, en la transparencia, en la racionalidad, en la evaluación, en la legalidad y, entre otros paradigmas, en la participación. Estos son los nuevos principios que ahora están de moda en los estudios de Derecho Administrativo Global. Ahora bien, siendo muy importante que las formas de producción de los actos administrativos y de las normas

de la Administración Global estén inspiradas por el primado de estos principios, no podemos olvidar que el Estado de Derecho, además, trae consigo, como conquista irrenunciable, la centralidad de los derechos fundamentales de las personas y el equilibrio y separación entre los poderes. Si sólo atendemos, en el estudio de los principios, a criterios de eficacia o de eficiencia y nos olvidamos de la manera en que el poder administrativo global incide en la mejora de las condiciones de vida de la ciudadanía podríamos caer en una perspectiva puramente funcionarista del Derecho Administrativo Global.

En alguna medida, la crisis de la regulación en relación con la actividad financiera a nivel nacional en algunos Estados pone de manifiesto la importancia de una regulación global que pueda atender y realizar su papel ante fenómenos que en sí mismos son globales, tales como el sistema financiero y la economía. El control de la economía por el Derecho Administrativo no es más que la garantía, necesaria para que los agentes trabajen en un clima de confianza, de que el sistema de mercado se mueve en un marco de racionalidad y equilibrio. En materia de contratación con fondos públicos, la relación entre Derecho y Economía es obvia por lo que en estos casos la racionalidad técnica ha de integrarse en el marco de los postulados del Estado de derecho, que es donde procede el principio de igualdad, de transparencia, de publicidad, de objetividad, de imparcialidad, de interés público. La cuestión, pues, se va a centrar en proyectar toda la fuerza del Estado de Derecho sobre el Derecho Administrativo Global sin olvidar que, efectivamente, hoy la acción administrativa, precisamente por la fuerza del Estado de Derecho, ha de expresarse en términos de transparencia, participación, responsabilidad, racionalidad y permanente evaluación.

El Derecho Administrativo Global existe porque hay una acción administrativa global. Y hay una acción administrativa porque se han ido conformando en este tiempo un conjunto de estructuras de regulación global, no necesariamente de composición estrictamente pública, que han ido produciendo actos y normas proyectados en un espacio de orden administrativo que llamamos global. Los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart dicen que este espacio administrativo global es

de orden polifacético porque en el actúan, como sujetos productores de regulación, instituciones administrativas clásicas, estructuras como ONGs o personas jurídicas empresariales que adquieren relevancia administrativa en la medida en que dictan reglas de relevancia pública. Esta realidad, insisto, permite pensar de nuevo en las posibilidades de la concepción objetiva o material del Derecho Administrativo y en la capitalidad de la acción administrativa como eje central del concepto mismo de nuestra disciplina. En materia de contratación nos encontramos con los Acuerdos de contratación pública de la OMC, con la denominada Ley modelo de contratación pública de Naciones Unidas, con las Normas de contratación pública del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, con el Grupo de Trabajo sobre compras del sector público del Área de Libre Comercio de las Américas, con el Protocolo sobre contrataciones públicas de Mercosur, con las Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública, con los Acuerdos y Tratados celebrados por Unión Europea con Chile y México y sus provisiones en materia de contratación, con las Normas sobre compras del sector público en el marco del tratado de Libre Comercio Unión Europea y México y en otros Acuerdos y Tratados rubricados por la Unión Europea.

Ciertamente, esta cuestión es polémica puesto que no toda la doctrina, ni mucho menos, admite que pueda haber regulación administrativa emanada más allá de órganos o estructuras no formalmente administrativas del nivel estatal o nacional, regional o subestatal. Sin embargo, la realidad nos muestra que en el ámbito supranacional existen órganos como la OCDE, el FMI, el Comité de Basilea, el Grupo de Acción Financiera Internacional o la OMC, por ejemplo, que en muy poco tiempo han establecido regímenes regulatorios de naturaleza administrativa con trascendencia y repercusión jurídica a nivel supranacional. En el ámbito ambiental, uno de los más representativos, sin duda, del Derecho Administrativo Global, se puede decir que al día de hoy existe una normativa administrativa global confeccionada en muchos casos por estructuras y organizaciones nacidas al calor de las grandes declaraciones mundiales sobre materias como el comercio de emisiones o el desarrollo limpio derivado del Protocolo de Kioto. En el área de la contratación, la clave para saber si estamos ante Derecho

Administrativo Global está en la existencia o no de fondos de relevancia pública, bien sea porque son fondos de instituciones públicas, bien porque se trate de fondos asignados a finalidades de relevancia pública.

Otra de las características que me interesa destacar en este trabajo sobre los principios del Derecho Administrativo Global se refiere a que en la realidad, sin que su nacimiento se haya debido a una sistematización previa, nos encontramos ante acción administrativa global y ante entes públicos, público-privados, incluso privados, que realizan tareas regulatorias de servicio objetivo al interés general. La realidad, que es tozuda, testaruda podríamos decir en una expresión quizás no muy científica, demuestra que en el llamado espacio jurídico-administrativo global habita toda una serie de regulaciones de este carácter que están afectando sobremanera al tradicional entendimiento del Derecho Administrativo. Por ello, ahora, cuando explicamos en las Facultades universitarias Derecho Administrativo, tenemos que introducir a los alumnos en el Derecho Administrativo Global, sobre todo en materia de Derecho regulatorio y en los contenidos de algunos sectores del Derecho Administrativo como pueden ser, por ejemplo, el Derecho Ambiental, el Derecho de la Contratación Pública, el Derecho de la Seguridad o el Derecho Marítimo.

Los principios del Estado de Derecho son de aplicación tanto al Derecho Administrativo Estatal como al Derecho Administrativo Global. El Derecho Administrativo Estatal y el Derecho Administrativo Global, que han de estar sincronizados y actuar de manera complementaria. Al mismo tiempo, si bien existen en el Ordenamiento jurídico interno instancias y técnicas de control y de “accountability”, también deben existir en el nivel global, en el espacio jurídico-administrativo global. En este sentido, ante la ausencia en el ámbito de la gobernanza global de órganos de control, de técnicas de “accountability”, ante la constatación de un espacio administrativo global, es fundamental, si queremos que ese espacio esté sometido al Derecho Administrativo, que en el marco de la actuación administrativa global se respeten los principios del Estado de Derecho. En el caso del Derecho Global de Contratos Públicos, puede afirmarse que los principios que

hoy presiden el sistema general de contratación pública en los países de nuestro entorno cultural surgen de la experiencia principal del derecho Administrativo Interno, especialmente en el área de influencia del Derecho continental europeo. De ahí pasan al Orden jurídico global, primero en la dimensión comunitaria europea, y después en el contexto global.

La europeización del Derecho Administrativo es hoy una realidad. Una realidad que, sin embargo, no está del todo asumida al interior de los Estados miembros ni interiorizada por numerosos operadores jurídicos de los Estados de la Unión Europea. Una de las razones de tal situación se encuentra, efectivamente, en las resistencias mostradas a la compartición de espacios de soberanía a la Unión por parte de los Estados y por un emergente nacionalismo que impide que el espacio jurídico global sea la realidad que debiera tras tantos años de andadura comunitaria. En cualquier caso, se trata de un proceso jurídico imparale que, con luces y sombras, poco a poco va calando en la conciencia jurídica europea. La europeización del Derecho Administrativo es un proceso que se va produciendo a golpe de reglamento, a golpe de directiva y, en la medida en que ambas fuentes del Derecho son de aplicación obligatoria en los Estados miembros de la Unión, en esa medida el Derecho Administrativo Comunitario va siendo más conocido y también más utilizado por los Tribunales de justicia de los países miembros. Estas normas jurídicas han venido disciplinando la acción sectorial de la Administración, esfera de actuación de la Administración europea que contiene las principales políticas públicas de la Unión: agricultura, pesca, seguridad, política social, entre otras. En materia de contratación, a pesar de la claridad de las Directivas, no se puede ocultar que el principio de igualdad de trato sigue siendo una quimera ante el proteccionismo existente en determinados sectores y frente a la preferencia de las empresas nacionales para la adjudicación de contratos públicos de ciertas relevancia. En cambio, cuando es la UE, no los Estados miembros, quien protagoniza el proceso de selección de los contratistas, entonces los principios del derecho Europeo de la Contratación pública se aplican sin mayores problemas.

III.- Los principios generales y el Derecho Administrativo Global

El Derecho Administrativo Global es un Derecho principal, un Derecho que al día de hoy progresa a partir de principios de Derecho que, además de proporcionar los criterios generales para construir las instituciones y categorías jurídico-administrativas, garantiza que los postulados del Estado de Derecho iluminen esta nueva realidad. En realidad, en el Derecho Administrativo los principios siempre han sido fundamentales, probablemente porque al ser un Derecho relativamente reciente, al menos en su conformación científica, han servido de guía para su construcción y desarrollo.

En efecto, la consideración de los principios generales del Derecho en el campo del Derecho Administrativo puede realizarse de muy diferentes formas, atendiendo a distintos puntos de vista. Se puede, por ejemplo, analizar su condición de fuente del Derecho y explicar cuáles son sus peculiaridades proyectadas sobre nuestra disciplina. Se puede, también, estudiar específicamente su carácter de elemento informador y transversal de todo el Ordenamiento jurídico-administrativo. Igualmente, se puede poner el acento en su conexión con la dimensión ética y en su proyección sobre el plano de los valores. Es posible detenerse a partir del análisis de los principios políticos que presiden el Estado social y democrático de Derecho o centrarse en el estudio de los aforismos, de las técnicas de argumentación, de las reglas de interpretación o de determinados criterios procesales. Es decir, como señala Santamaría Pastor, existe una pluralidad de significados y de aproximaciones en relación con los principios generales que hacen necesario clarificar y concretar el objeto de la reflexión.

El sometimiento del poder público global al Derecho en buena medida se produce gracias a la existencia de una serie de principios que proyectan su luz para ver los problemas en su real y justa dimensión y que son la atmósfera en la que ha de respirar el Ordenamiento jurídico administrativo global. La jurisprudencia de algunos Tribunales nacionales y de algunos Tribunales del orden global, como por ejemplo el Tribunal de la OMC, enseña que los principios generales

son el resultado del genio jurídico de la construcción del Estado de Derecho y la esencia del entero Ordenamiento jurídico. En el marco del Derecho Administrativo los principios generales son los criterios inspiradores del entero sistema normativo de nuestra disciplina. De este modo, los principios generales, que son la esencia del Ordenamiento, siempre nos ayudarán a realizar esa fundamental tarea de asegurar y garantizar que el poder público en todo momento se mueve y actúa en el marco del Derecho. Es más, su carácter inspirador del Ordenamiento nos lleva a reconocer en los principios las guías, los faros, los puntos de referencia necesarios para que, en efecto, el Derecho Administrativo no se convierta en una maquinaria normativa al servicio del poder de turno sin más asideros que las normas escritas y las costumbres que puedan ser de aplicación en su defecto. En el caso del Derecho de la Contratación Pública Global, los principios, como ya hemos señalado, juegan un papel central para la existencia de este sector del Derecho Administrativo Global. Son principios que, como los de objetividad, racionalidad, igualdad de trato, suponen que el Derecho Administrativo Global cumpla la función que tiene encomendada: la ordenación racional de los asuntos públicos de dimensión global de acuerdo con la justicia.

En los inicios del siglo XXI la pregunta acerca de la significación de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo puede ser contestada desde dos planteamientos muy distintos. Desde el positivismo se diría que los principios generales no tienen apenas más sentido que el de, en todo caso, reconocer en términos abstractos las reglas que se expresan en el sistema normativo. El sistema normativo se da a sí mismo los principios porque es el Ordenamiento el origen y la causa de ellos. Si, por el contrario, nos situamos en una perspectiva de positivismo abierto, de positivismo que reconoce la existencia de un solar jurídico general, de una cultura jurídica universal o global podemos afirmar, que representa el Estado de Derecho, entonces las cosas son de otra manera. Desde esta perspectiva, los principios generales juegan un papel central porque son los garantes de que el Estado de Derecho y sus postulados sean una realidad en todas las ramas del Derecho. Así, de esta manera, los principios no son solo fuente del

Derecho Administrativo Global, que no es poco, sino que son, además, elementos inspiradores, criterios sobre los que se debe edificar el Derecho Administrativo. Claro, si el Derecho Administrativo no es más que una rama del Derecho Público que regula las relaciones entre la Administración y los ciudadanos sin más, los principios tendrán una funcionalidad muy limitada. Si el Derecho Administrativo se concibe, siguiendo a González Navarro, como el Derecho del poder público para la libertad del ser humano, entonces se comprende fácilmente la virtualidad operativa que tienen en el orden jurídico-administrativo global.

En el caso de la contratación pública global han sido precisamente los principios generales los que han permitido la elaboración de Normas de orden global que han establecido el régimen de los contratos públicos de numerosos Entes públicos de la denominada Administración Pública Global. Estos principios permiten en todo momento conocer si las licitaciones se realizan en el marco del Estado de Derecho. O lo que es lo mismo, si las licitaciones se conducen con arreglo al interés público global poniendo a disposición de los ciudadanos del mundo obras y servicios públicos de calidad que permitan la mejora real de las condiciones de vida del pueblo.

A este propósito debe tenerse presente que el Tribunal Supremo español señaló por sentencia de 18 de febrero de 1992 que “los principios generales del Derecho, esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas—art. 1.4 del Código Civil- y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho —art. 103 de la Constitución—. Y es claro que si estos principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios”. Esta jurisprudencia tiene, en mi opinión, una proyección jurídica que va más allá de nuestras fronteras puesto que perfila la función, el significado y la operatividad de los principios generales como elementos informadores del Ordenamiento jurídico en general.

A poco que se examine en sus justos términos la doctrina que se contiene en esta sentencia se comprenderá el alcance y significado de los principios generales como exponentes del ambiente general que ha de presidir el entero sistema normativo. Se trata, en este caso, de los principios como elementos basilares del Ordenamiento, como las columnas vertebrales que sostienen y dan vida a las normas jurídicas. Con palabras de la sentencia del Tribunal Supremo, son el oxígeno que envuelve a las normas, la atmósfera que permite la pervivencia de las normas. Si se desconocen o si se eliminan es como si dejara de existir el oxígeno para el hombre. Por eso, los principios generales, desde esta perspectiva de elementos informadores y de criterios esenciales, han de ser tenidos muy en cuenta no sólo por el intérprete de la norma, sino también por quien la elabora. En materia de contratación pública los principios son tan relevantes que ellos mismos son los que sostienen todo el entramado normativo de la contratación pública, y son ellos mismos los que aseguran que la contratación pública está presidida por los postulados del Estado de Derecho. Es decir, la objetividad, la transparencia, la igualdad de trata, la motivación de las adjudicaciones, son materias que están disciplinadas por principios generales que han sido llevados al cuerpo de las principales Normas que regulan la contratación pública a nivel global, tal y como tendremos ocasión de comentar en el siguiente epígrafe.

Es verdad que muchos principios han venido al mundo jurídico como consecuencia del trabajo de la doctrina y la jurisprudencia. Se comprueba estudiando el Derecho Administrativo Norteamericano y el Derecho Administrativo Comunitario Europeo, éste último especialmente en materia de contratos públicos. En otros casos, además, aparecen, como no puede ser menos, reflejados en las normas. Pero lo más importante es que existen por si mismos porque son la proyección en la realidad jurídica de la esencial idea de justicia que trasciende al Ordenamiento y le da sentido. Desde este punto de vista, los principios son previos al Ordenamiento. Podría decirse que son su fundamento y que el Ordenamiento se justifica en la medida en que dichos principios inspiran y presiden el sistema normativo. En el caso de la contratación pública global, esta afirmación es, sencillamente, exacta.

Esta idea, gráfica, de que los principios son la atmósfera y el oxígeno de las normas pienso que explica hasta que punto el olvido de los principios precipita la degradación del Derecho. En efecto, hoy en día, sin ser demasiado pesimista, más bien realista, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que frente al intento, sistemático y pertinaz, de convertir el Derecho Administrativo en un mero apéndice del poder, los principios generales se levantan como valladar inexpugnable que permite evitar esta terrible operación. Antes bien, el Derecho Administrativo del Estado de Derecho debe mucho a los principios generales. Tanto que si no fuera por ellos, probablemente la lucha contra las inmunidades del poder de la que habla García de Enterría hubiera sido desigual y con un claro vencedor. La exigencia, por ejemplo, de objetividad y transparencia en las contrataciones públicas, también en la dimensión global, facilita enormemente el control judicial de las adjudicaciones que los poderes públicos llevan a cabo todos los días.

Si pensamos en la contratación pública y en el progresivo vaciamiento, en el espacio jurídico europeo, del principio de igualdad de trato, comprenderemos hasta que punto el desconocimiento de los principios generales en materia de contratación pública termina por desnaturalizar el sentido y significado de una categoría jurídica que aplicada al Derecho Administrativo, se justifica en la medida en que se pone a disposición de la ciudadanía obras y servicios públicos, o de interés general, en las mejores condiciones técnicas posibles que permitan el progreso y el desarrollo del país en cuanto mejoran las condiciones de vida de los ciudadanos.

Conviene llamar la atención acerca de que el Tribunal Supremo español, cuando ha ido construyendo la teoría del control de la discrecionalidad administrativa a través de los principios generales, ha conectado la existencia de dichos controles al genio expansivo del Estado de Derecho (sentencia de 8 de octubre de 1990). Efectivamente, el Estado de Derecho es un Estado de justicia, es un Estado en que el poder ha de actuar conforme a patrones y cánones formales y sustanciales. Si nos quedamos únicamente en la vertiente procedimental y formal del poder resulta evidente que éste puede terminar, ejemplos hay y lacerantes de

todos conocidos, siendo la principal y más efectiva terminal del autoritarismo y la ausencia de medida. Por eso, la existencia de controles sustanciales viene determinada por los principios, que son, como vuelve a recordar esta sentencia, la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas.

En efecto, en materia de contratación, estos principios permiten a los Tribunales de Justicia enjuiciar las actuaciones de los Entes públicos en la materia asegurando que las licitaciones se han realizado de acuerdo con los mínimos exigibles por el Estado de Derecho para la contratación pública: objetividad, imparcialidad, publicidad, concurrencia, igualdad de trato.

Hoy en día, la mayor parte de los principios generales del derecho están recogidos en las normas escritas. En materia de contratación pública global, como se comprobará en el siguiente epígrafe, los principios generales han sido recogidos en las Normas que regulan la materia. Durante largo tiempo estos principios fueron construidos y levantados gracias al trabajo de la jurisprudencia y de la doctrina científica. Luego, pasaron a las normas hasta el día de hoy en el que, afortunadamente, los principios generales del Derecho, en materia de contratación pública global así es, están explícitamente reconocidos en las principales Normas que regulan los más relevantes sectores del quehacer de los Entes públicos.

Al día de hoy, la consideración del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos es, desde luego, otro elemento principal del Derecho Administrativo Global. En la declaración del milenio de Naciones Unidas y en los más destacados documentos de reforma del Estado de casi todos los países, a veces incluso en el marco de leyes y normas administrativas, hoy el derecho a la buena administración y al buen gobierno es, desde luego, un derecho de los ciudadanos. Como es lógico, en materia de contratación pública también es de aplicación este principio de la buena administración.

En efecto, la consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del Derecho Administrativo y la Administración

pública proporciona, en efecto, el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración señalado en el proyecto de la Constitución Europea (artículo II-101), de acuerdo con el artículo 41 de la Carta Europea de los derechos fundamentales. La persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídico administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le decía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de poder en que se constituyó tantas veces el Estado. Hoy, también asistimos, a pesar de los pesares, al intento de la tecnoestructura global por considerar al ciudadano, no formalmente por supuesto, como un nuevo súbdito, cuando no, de nuevo, un esclavo, o una cosa susceptible de usar y tirar.

En materia de contratación pública no debemos perder de vista que las obras públicas o que los servicios públicos o de interés general objeto de las licitaciones, han de ser realizados de la mejor manera posible, técnica y económicamente, precisamente porque los ciudadanos tienen derecho a que los fondos públicos que van a financiar dichas actividades son de su propiedad y que, por ello, tienen derecho a recibir obras y servicios de interés general que permitan unas mejores condiciones de vida para todos. Esta dimensión de la actividad pública, ahora afortunadamente está en el centro de la discusión sobre el alcance y el significado del quehacer de la Administración Pública en el Estado social y democrático de Derecho.

El artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano, como ya hemos señalado, ya no es un sujeto inerte que mueve a su antojo el poder. Hoy el ciudadano participa en la determinación del interés general que ya no define unilateralmente la Administración pública. El ciudadano es más consciente

de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos.

Pues bien, dicho precepto dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
 - El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
 - El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
 - La obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

Una primera lectura del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales sugiere que dicho precepto es un buen resumen de los derechos más relevantes que los ciudadanos tenemos en nuestras relaciones con la Administración. La novedad reside en que a partir de ahora se trata de un derecho fundamental de la persona, cuestión polémica pero que en mi opinión no debiera levantar tanta polvareda porque el ciudadano, si es el dueño del aparato público, es lógico que tenga derecho a que dicho aparato facilite el desarrollo equilibrado y

solidario de su personalidad en libertad porque la razón y el sentido de la Administración en la democracia reside en una disposición al servicio objetivo al pueblo. El problema, para que sea un derecho susceptible de invocarse ante los Tribunales reside en la exigibilidad de los parámetros que caracterizan dicho derecho, los que en el precepto son claros.

Los ciudadanos europeos tenemos un derecho fundamental a que los asuntos públicos se traten imparcialmente, equitativamente y en un tiempo razonable. Es decir, las instituciones comunitarias han de resolver los asuntos públicos objetivamente, han de procurar ser justas –equitativas– y finalmente, han de tomar sus decisiones en tiempo razonable. En otras palabras, no cabe la subjetividad, no es posible la injusticia y no se puede caer en la dilación indebida para resolver. En mi opinión, la referencia a la equidad como característica de las decisiones administrativas comunitarias no debe pasar por alto. Porque no es frecuente encontrar esta construcción en el Derecho Administrativo de los Estados miembros y porque, en efecto, la justicia constituye, a la hora del ejercicio del poder público, cualquiera que sea la institución pública en la que nos encontremos, la principal garantía de acierto. Por una razón, porque cuándo se decide lo relevante es dar a cada uno lo suyo, lo que se merece, lo que le corresponde.

La referencia a la razonabilidad del plazo para resolver incorpora un elemento esencial: el tiempo. Si una resolución es imparcial, justa, pero se dicta con mucho retraso, es posible que no tenga sentido, que no sirva para nada. El poder se mueve en las coordenadas del espacio y del tiempo y éste es un elemento esencial que el Derecho comunitario destaca suficientemente. La razonabilidad se refiere al plazo de tiempo en el que la resolución pueda ser eficaz de manera que no se dilapide el legítimo derecho del ciudadano a que su petición, por ejemplo, se conteste en un plazo en que ya no sirva para nada.

El derecho a la buena administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables

en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho según el citado artículo 41 incorpora, a su vez, cuatro derechos. Ahora, sin embargo, nos interesa sólo subrayar que este derecho fundamental a la buena Administración exige de las autoridades públicas que en materia de contratación pública se conduzcan de acuerdo con la equidad, la imparcialidad, y en tiempos razonables. Es decir, los principios de transparencia, de imparcialidad, de motivación, de racionalidad, de igualdad de trato, entre otros, son principios integrados también en la obligación de buena Administración que ha de caracterizar las actuaciones de la Administración Pública, también en materia de contratos públicos.

Por su parte, la jurisprudencia ha ido, a golpe de sentencia, delineando y configurando con mayor nitidez el contenido de este derecho fundamental a la buena administración atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea. Debe tenerse presente, también, que el artículo 41 del denominado Código Europeo de Buena Conducta Administrativa de 1995 es el antecedente del ya comentado artículo 41 de la carta de los Derechos Fundamentales. Es más, se trata de una fiel reproducción.

Una cuestión central en la materia es la referente a la autoridad que ha de investigar las denuncias de mala administración de las instituciones europeas. Pues bien, de acuerdo con el artículo 195 del Tratado de Roma y del Estatuto del Defensor del Pueblo, resulta que esta tarea es de competencia del propio Defensor del Pueblo. Una definición de mala administración nos la ofrece el informe del Defensor del año 1997: “se produce mala administración cuando un organismo no obra de acuerdo con las normas o principios a los que debe estar sujeto”. Definición que es demasiado general e imprecisa, por lo que habrá de estarse a los parámetros jurídicos señalados en el artículo 41 de la Carta, de manera que habrá de observarse, además de la lesión de las normas del servicio de los principios generales que presiden la actividad de las instituciones públicas, sí efectivamente se contraviene

la equidad, la imparcialidad, la racionalidad en los plazos, la contradicción, la motivación, la reparación o el uso de las lenguas oficiales.

Esta dimensión del buen gobierno, de la buena administración, como obligación de la Administración global y como derecho de todos los ciudadanos se encuentra presente entre las tareas más importantes que tiene por delante la globalización del Derecho Administrativo tal y como razona agudamente el profesor Daniel C. Esty en su trabajo “Good governance at the supranational scale: Globalizing Administrative Law”, publicado en el volumen 115, número 7, de mayo de 2006 por la revista de la escuela de Derecho de la Universidad de Yale. En efecto, a través de la buena administración de las instituciones de la Administración global es posible comprender mejor el alcance que tal principio proporciona como criterio fundamental para construir el Derecho Administrativo a nivel global a partir de la lucha contra la corrupción, tarea que como ya se ha comentado en este trabajo en más de una ocasión es el origen de la aparición como sistema científico del Derecho Administrativo allá por los finales del siglo XVIII. El profesor Esty plantea en su estudio la relevancia de esta operatividad del Derecho Administrativo Global junto a lo que para él son las principales transformaciones que debe afrontar el Derecho Administrativo Global que hemos planteado también en estas líneas: la mejor regulación de la responsabilidad administrativa, la necesidad de regular de la mejor forma posible los fenómenos de informalidad y flexibilidad que se aprecian tantas veces en la manera de producir actos y normas por parte de las diferentes instituciones que componen la Administración Pública global, un mejor encaje de los actores privados que realizan tareas de interés general entre la panoplia de entidades que conforman esta Administración global, una más atinada comprensión del fenómeno del gobierno y la gobernanza de instituciones públicas a nivel mundial, un recto entendimiento desde nuevos parámetros más abiertos, plurales, dinámicos y complementarios de lo que es el interés general, así como la necesidad de resolver los problemas que la política plantea en esta materia, sobre todo cuando se intenta dominar a nivel global la Administración desde determinados esquemas tecnoestructurales de naturaleza política.

Es más, puede decirse, de alguna manera, que el repertorio de principios del Derecho Administrativo Global parte de esta capital consideración. Por una razón fundamental: porque las exigencias de transparencia, racionalidad, motivación, objetividad, responsabilidad, participación y pluralismo que debe caracterizar a la acción de la Administración global se deducen de este derecho del ciudadano, por ser el dueño de las instituciones públicas, a una buena administración y a un buen gobierno de los asuntos públicos.

Por ejemplo, el principio de participación en el orden procesal, el derecho de audiencia, son hoy unos de los principios más relevantes de este emergente Derecho Administrativo Global. Puede parecer algo obvio, pero algunas resoluciones del órgano de apelación de la OMC ya han entendido que los Estados miembros deben respetarlo. Kingsbury, Krisch Stewart nos ilustran con algunos ejemplos: el derecho de las personas a ser oídas en el código anti-doping del Comité Olímpico Internacional, la participación de las ONGs en el proceso de toma de decisiones del Codex Alimentarius, la posibilidad de participación o de audiencia en redes globales híbridas que se ocupan de la certificación sustentable en materia silvicultura, el acceso público a la información sobre las disposiciones medioambientales de la Convención de Aarhus.

El principio de racionalidad, corolario también del derecho a la buena administración global, es un principio que ha pasado de la dimensión interna a la global. Sin embargo, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, en materia de regulación global todavía hay un largo camino por recorrer aunque algunas organizaciones globales, como el Comité de Basilea o la Corporación Financiera Internacional del Banco Mundial poco a poco van caminando en esta dirección.

Otro principio es el de posibilitar que las decisiones de la Administración global puedan ser revisadas ante un órgano judicial independiente. La revisión es, pues, una exigencia de la buena administración. Por eso, como también nos enseñan Kingsbury, Krisch y Stewart, el

Tribunal de Estrasburgo, en virtud de los artículos 6 y 13 de la Convención, ha reconocido el derecho de que las decisiones de los organismos intergubernamentales puedan ser revisadas, el órgano de apelación de la OMC igualmente lo sancionó, como el Tribunal de Arbitraje para el deporte. En este punto también nos encontramos con sombras en lo que se refiere al contenido de este derecho de revisión como nos demuestran los problemas existentes para la revisión de algunas sanciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o en las dificultades para superar la perspectiva interna o doméstica de la revisión (ACNUR).

Quando los derechos fundamentales de la persona adquieren a nivel global el lugar que le corresponde, entonces se comprende mejor, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, que el Derecho Administrativo Global incorpore en su seno un repertorio de patrones o estándares sustanciales para la acción administrativa que tienen que ver con la proyección de la fuerza de estos derechos en orden al ejercicio de una mejor y más humana acción administrativa. Estos autores citan, desde esta perspectiva, la importancia que tiene para el Derecho Administrativo Global la incorporación a su acervo de principios, por ejemplo, del principio de proporcionalidad, que ocupa un lugar central, como se sabe, en la propia jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo al aplicar la convención en determinados casos. La proporcionalidad también aparece, como es lógico, en las resoluciones de algunos órganos administrativos globales como la federación Internacional de Deportes cuando ha de sancionar algunas conductas en materia, por ejemplo de “dopping”. En el mismo sentido, tal y como comentan Kingsbury, Krisch y Stewart, la proporcionalidad la encontramos también en algunas restricciones establecidas a los principios de libre comercio bajo el GATT, que son permitidas únicamente si cumplen ciertos requisitos diseñados para asegurar un ajuste racional entre fines y medios.

En materia de contratos públicos, como ahora vamos a examinar, los principios han presidido las Normas que se han ido elaborando por los diferentes Entes públicos globales. Transparencia, igualdad de trato, licitación pública, imparcialidad, equidad, cláusula de progreso

científico, centralidad de la condición humana. Es más puede decirse que es la materia de contratos públicos la que mejor ayuda a comprender el sentido principal que tiene el Derecho Administrativo Global.

IV.- Los principios generales de la contratación pública en el Derecho Administrativo Global

Si hubiera que elegir un sector concreto del Derecho Administrativo Global para explicar el sentido de los principios generales en su conformación, ese sector bien podría ser el de la contratación administrativa. Por muchas razones, pero sobre todo porque se puede afirmar sin riesgo a equivocarse que en esta materia los principios generales de igualdad de trato, de transparencia, de objetividad, de imparcialidad, o de equidad han sido quienes han hecho posible la elaboración de Normas relativas a las compras públicas a cuyo través se ha instaurado un verdadero Derecho Administrativo Global de la Contratación Pública.

En efecto, como es sabido, la misma existencia de la contratación pública en los espacios supranacionales debe su razón de ser a la relevancia de los principios generales de la contratación pública. En efecto, la contratación pública no adquiere carta de naturaleza normativa multilateral o global en el seno de los intercambios comerciales de la OMC hasta 1994, el 15 de abril en Marrakech, en que se firma en el seno de esta organización internacional de comercio el acuerdo sobre contratación pública. Acuerdo que trae causa de la necesidad de evitar la discriminación en la contratación pública. El acuerdo constituye el corolario necesario de la proyección del principio de igualdad de trato, o de no discriminación, a los contratos que se realicen entre el sector público y las empresas de los diferentes países para la realización de obras y servicios públicos de relevancia. El acuerdo figura en el anexo 4 del Acuerdo de Marrakech y obliga a los países que lo rubricaron.

Este acuerdo de contratación pública contiene los más fundamentales principios generales de la contratación pública, que pasan del nivel interno al plano supranacional: el principio de trato no menos favorable que el otorgado a productos, servicios y proveedores nacionales, el principio de licitación pública con selección competitiva de los contratistas como regla con algunas excepciones para procedimientos restringidos en función de la naturaleza del contrato, principio de imparcialidad, principio de equidad, principio de transparencia, principio de la cláusula de progreso científico o tecnológico. Es decir, se incorpora al Derecho Administrativo Global el conjunto de principios que rigen y han regido desde hace tiempo el ámbito de la contratación pública nacional.

El problema de este acuerdo, que se ha actualizado en 2006 es, como dice el profesor Moreno Molina, que se aplica a un concreto y limitado número de países de gran relevancia comercial, estableciéndose obligaciones demasiado débiles como para que se pueda llevar completamente a la práctica. Además, la previsión en 2006 de la resolución de conflictos a través de arbitrajes pone de manifiesto hasta qué punto es necesario un Tribunal Administrativo Global de contratación pública integrado por personas expertas en la materia en las que concurren las condiciones de imparcialidad y objetividad. El acuerdo es de aplicación en la UE a partir de la Decisión del Consejo 94/800 formando parte del Derecho Comunitario Europeo.

En el marco de las Naciones Unidas debemos citar la llamada ley modelo sobre contratación pública en materia de bienes, obras y servicios. Se trata de un texto elaborado en el seno de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional que está en revisión y actualización y que se aprobó en 1993. La influencia de las directivas de la UE en materia de contratación es obvia. En realidad, este texto está diseñado como modelo en el que puedan inspirarse los países que no disponen de regulación en materia de contratación pública o, en su caso, actuar incluso como derecho supletorio. Obviamente, los principios están muy presentes en este modelo, especialmente los de transparencia, objetividad y equidad.

En las Normas sobre compras del sector público del Tratado de Libre Comercio de América del Norte encontramos también, como principios fundamentales, los de trato no menos favorable que el más favorable dispensado a los nacionales y de no discriminación. En el seno del área de libre comercio de las Américas el grupo de trabajo sobre compras del sector público está trabajando en un borrador de Normas que parten de los principios básicos de la contratación pública. Igualmente, el protocolo sobre contrataciones públicas de Mercosur parte del principio de igualdad de trato y prácticas de no discriminación en materia de bienes y servicios.

Sin embargo, es en el marco de la UE donde esta cuestión está mejor regulada y mejor articulada. Probablemente porque, como señala Moreno Molina, el espacio jurídico europeo es el ámbito territorial supranacional en el que más y mejor se están armonizando los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE. Los Derechos Internos en la materia no presentan grandes diferencias. Además, la apertura al mercado de la contratación pública, exigencia de la esencia del sistema del Derecho Comunitario Europeo, obliga a diseñar unas Normas muy exigentes en lo que se refiere a la participación de contratistas en las licitaciones que el sector público de cada país convoca para la realización de obras o servicios de interés general. El problema, que no es menor, estriba en que no es fácil ni sencillo que los Estados miembros dejen sin contratar para esas obras o servicios a las empresas nacionales, generándose un proteccionismo y nacionalización que en esta materia echa tantas veces por tierra los principios de igualdad y no discriminación, así como los de transparencia y objetividad.

Las razones que se aducen para justificar estas prácticas nacionalistas o proteccionistas, como señala Moreno Molina, son de diverso tipo. Que si la contratación pública, por su envergadura es una derivación de la política económica nacional, que si a través de la contratación pública se puede intervenir en la vida política, económica y social de los diferentes países, que si se puede ayudar a la reconversión industrial en determinados sectores, que si es un instrumento de apoyo al empleo en industrias en crisis, que si afecta al prestigio nacional, etc.,

etc., etc. En realidad, contemplamos en la cotidianeidad que el principio de igualdad de trato cede en numerosas ocasiones por estas y otras argumentaciones. Incluso, en ocasiones nos encontramos como señala Moreno Molina con prácticas difíciles de imaginar en un mercado que se califica de competitivo, tales, como, por ejemplo, el reparto de mercados tácitos.

En los Acuerdos y Tratados firmados por la UE con otros países nos encontramos también en presencia de principios. El Acuerdo entre la UE y Chile de 2002 tiene un título IV dedicado a las compras públicas en el que ocupan un lugar muy destacado los principios de transparencia, racionalidad, no discriminación, igualdad de trato, competitividad abierta y efectiva. El Tratado de Libre Comercio entre la UE y México del 2000 reconoce en el apartado correspondiente a las compras públicas el principio de trato nacional y de no discriminación. En el mismo sentido, la UE tiene Acuerdos comerciales, de asociación y cooperación con países vecinos y con países de Asia que igualmente incorporan los principios básicos de la contratación pública europea.

Es verdad que en el Tratado CE no hay preceptos específicos en materia de contratación pública. La razón es sencilla: en 1950 la contratación pública era una actividad poco relevante. Además, en esta materia en el seno de la UE nos encontramos con dos tradiciones jurídicas bien distintas y dispares que dificultaban una solución unitaria. Mientras que en los países del régimen de derecho administrativo francés, la doctrina del contrato administrativo inspiraba los Derechos en la materia, en el mundo anglosajón, los contratos celebrados por las Autoridades públicas eran simples contratos civiles regulados por el Derecho Privado, como toda la actividad administrativa, que en UK no es más que una persona jurídica privada espacial, pero a fin de cuentas una persona jurídico privada. En reformas posteriores se incluyó un artículo 163 por el que se decide apoyar los esfuerzos de cooperación de las empresas permitiéndoles la plena utilización del mercado interior de la UE, en particular por medio de la apertura de la contratación pública. Es, pues, el mercado interior el criterio que ha permitido la existencia de un acercamiento, armonización, de los Derechos Internos

en la materia como consecuencia de las Directivas de la UE, que han consagrado una serie de principios, que son comunes al espacio jurídico administrativo europeo, de aplicación tanto a los países de tradición jurídica anglosajona como francesa. Como señala Moreno Molina, se trata de principios que han cumplido, y cumplen, el papel de imprescindible elemento configurador del Derecho Europeo de los contratos públicos. En Europa, pues, puede decirse que los principios son la razón de ser del Derecho Administrativo de la Contratación Pública.

En este ámbito de la contratación pública, los principios generales de aplicación facilitan que en el sector exista un ambiente de seguridad y certeza jurídica en materia de aplicación e interpretación que ayuda a que los fondos públicos que se destinan a obras y servicios públicos o de interés general en la UE y en cada uno de los Estados miembros cumplan la finalidad que tienen asignada. Como afirma Moreno Molina, estos principios parten de reglas alojadas en el Tratado de la CE y en el actual proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa. Estos principios, hoy recogidos expresamente en las Directivas que regulan esta materia son el fundamento de todo el Derecho Administrativo de los Contratos públicos.

El propio Tribunal de Justicia de la UE, el órgano público que más ha contribuido a reforzar la relevancia de los principios en materia de contratación pública, ha señalado que los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos sobre los que recaen las directivas en la materia. Esta afirmación trae causa del carácter ciertamente fragmentario de las directivas en materia de contratación pública, que no son regulaciones completas y acabadas sobre contratación pública, por lo que el TJCE, siendo consciente de que los Estados miembros siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas o procedimentales que disciplinen los contratos públicos, afirma que tal disponibilidad normativa de los Estados es comunitaria “ a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho Comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de

los principios consagrados por el Tratado” (sentencia CEI y Bellini de 9 de julio de 1987). Esta doctrina es plenamente congruente con la propia naturaleza del Derecho Comunitario, que tiene carácter preferente y es de aplicación directa en los Estados. De ello se deriva, como corolario necesario, que los principios que se encuentran ínsitos en las disposiciones del Tratado son de general aplicación en los Ordenamientos jurídicos internos de los diferentes Estados miembros de la UE. Una cosa es que las Directivas hayan tenido que regular determinados sectores, determinadas materias y otra muy distinta que los principios generales no se apliquen a los supuestos no contemplados o excluidos de las directivas.

El Derecho Comunitario es un Derecho que se está confeccionando en el tiempo y que no está acabado. Los principios del Tratado, sin embargo, tienen una vocación de proyección permanente sobre las Normas que concretan el Tratado, por lo que este Ordenamiento, que en cada momento tiene el grado de evolución y de delimitación material que es posible, está constantemente iluminado por la luz de los principios, que ayudan a comprender el alcance y sentido de las distintas instituciones y categorías que vertebran el Derecho Administrativo Europeo. En este sentido, la sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2005, *Parking Brixen GmbH*, dispone que “pese a que en el estado actual del Derecho Comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las Autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad”.

En esta sentencia de 3 de octubre de 2005, como señala Moreno Molina en esta obra colectiva, encontramos los fundamentos jurídicos que permiten comprender el alcance que tiene el principio de no discriminación en el Derecho Comunitario Europeo. Por una parte, el TJCE recuerda que el artículo 12 del Tratado proclama la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, el artículo 43 prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un

Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro y el artículo 49, también del Tratado, prohíbe igualmente las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad, hoy de la UE, que no sea el del destinatario de la prestación.

Efectivamente, en estos preceptos del Tratado se formula categóricamente el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, que tiene diferentes posibilidades y que, en todo caso, se extiende a todas las relaciones jurídicas que se produzcan entre nacionales de un Estado miembro y otro Estado miembro y viceversa, como es obvio.

El TJCE ha señalado en sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión-Italia, que los artículos 43 y 49 de Tratado son una expresión particular del principio de igualdad de trato, como también es manifestación de este principio la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, tal y como ha precisado este Tribunal por sentencia de 8 de octubre de 1980, *Uberschar*. La sentencia del TJCE de 3 de octubre de 1985 ha precisado, en esta dirección, que el principio de igualdad de trato de los licitadores en la jurisprudencia relativa a las directivas comunitarias en materia de contratación pública tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad. En este sentido, se comprende que este principio, conectado al de libertad de establecimiento, implique, en cuanto igualdad de trato y prohibición de la discriminación por razón de nacionalidad, que, como sigue diciendo esta sentencia del TJCE, en esta materia de la contratación pública exista una obligación de transparencia que permita que la Autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios sean respetados. Es más, como sigue razonando esta resolución del TJCE, “esta obligación de transparencia que rehace sobre dicha Autoridad, consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”.

En esta sentencia nos encontramos, pues, con todos los principios generales de la contratación pública: publicidad, concurrencia, objetividad, transparencia, imparcialidad, igualdad de trato, prohibición de discriminación por razón de nacionalidad. En realidad, el mandato del artículo 163 del Tratado de abrir la contratación pública al mercado, algo que era una consecuencia lógica de los principios del Tratado, ha traído consigo la construcción de una serie de principios que congruentes con el espíritu de la UE traen causa, como ya señalamos, del propio Ordenamiento jurídico interno de muchos de los países de la UE, que entendieron que el régimen de Derecho Administrativo de la contratación pública, en unos casos, no podía llevar a un sistema cerrado de pétreos privilegios de la Administración adjudicadora que cercenara la publicidad y libre concurrencia y, en otros, era un sistema coherente con la competencia y el mercado abierto. Ahora, la competencia, la libertad de establecimiento, la eliminación del monopolio, ha supuesto que en la contratación pública en la UE los países de tradición continental europea y los países de tradición anglosajona hayan de convivir con un régimen jurídico en que existiendo competencia existe también, como criterio central, un entendimiento del interés público más abierto y dinámico.

El principio de licitación, de adjudicación en un proceso abierto y competitivo en materia de contratación pública, ha sido también reconocido en la sentencia de 2005 que ahora estoy glosando. La licitación es, además, consecuencia, dice el TJCE, de otro precepto del Tratado, el 86, que establece que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las Normas del presente Tratado.

El Derecho de los contratos públicos en los países de la UE obedece al día a principios comunes, a patrones comunes, que han sido alumbrados en el Tratado CE a partir de la idea central de la competencia, del principios de igualdad y del libre establecimiento, como consecuencia de la conformación de un mercado interior en el que obviamente las reglas sobre un sector de tanta trascendencia económica como la

contratación pública ha de seguir unos criterios uniformes. Esta realidad ha sido posible gracias a la aprobación de un conjunto de directivas que han promovido la aplicación de estos principios en todos los Estados miembros. Insisto, el esfuerzo de los países de contrato administrativo y de los países de contrato civil para someterse a estos principios, demuestra hasta qué punto es posible una tarea de síntesis, como la realizada en materia de servicios públicos y servicios de interés general, de ambas tradiciones jurídicas, incorporando lo mejor y más razonable de cada uno de los sistemas jurídicos en el marco de los principios que han de presidir la materia de la contratación pública en Europa: transparencia, no discriminación y objetividad. En este sentido, por ejemplo, la directiva 2004/18/CE en el artículo 2 y la directiva 2004/17/CE en su artículo 10 son bien claras.

Tal y como ha señalado Moreno Molina, los principios que están en la base del Derecho Comunitario de la contratación pública, parten de los propios principios del Derecho originario establecido en el Tratado. A saber, la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, el principio de libre circulación de mercancías, el principio de libre establecimiento y de servicios y las Normas sobre competencia. En el marco de estos principios se entiende el concreto régimen jurídico diseñado por las directivas para la contratación pública en la UE con las modulaciones efectuadas por la propia jurisprudencia del TJCE, que ha precisado que estos principios son de general aplicación, aunque estemos en sectores excluidos del ámbito de aplicación de estas normas comunitarias. Así, por ejemplo, la sentencia de 22 de septiembre de 1988, tras afirmar la exclusión de la directiva de un determinado contrato, señaló a continuación, que el principio de libre circulación de mercancías, del artículo 28 del Tratado es de general observancia. En el mismo sentido, ahora en relación con los principios de establecimiento y libre prestación de servicios, el TJCE, en sentencia de 5 de diciembre de 1989, entendió que tales principios del derecho originario deben cumplirse en todo caso aunque estemos en un caso de un contrato excluido del ámbito de las directivas comunitarias.

La jurisprudencia del TJCE, exige además que las directivas en la materia se interpreten conforme con los principios del Tratado. Así, por ejemplo, la sentencia de 12 de marzo de 1990, ha sentado que no se pueden interpretar estas directivas de acuerdo con una ley nacional contraria a los principios del Tratado. Es más, el principio de prohibición de toda discriminación, a pesar de su escasa virtualidad operativa en la realidad, es considerado por el TJCE como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario, tal y como ha establecido la sentencia de 22 de junio de 1993. Este principio es una manifestación del más general de igualdad de trato, que según la sentencia de 14 de diciembre de 2004, reclama que no se traten de forma diferente situaciones que son comparables y que situaciones distintas no sean tratadas de manera idéntica, salvo que ese trato esté justificado objetivamente. Este principio es calificado de fundamental por el propio TJCE, en cuya virtud, en la sentencia de 13 de julio de 1993, se prohíben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado.

El principio de igualdad de trato impide, según el TJCE, que el poder adjudicador tenga en cuenta una modificación realizada por un licitador, porque tal situación provocaría una situación de ventaja para uno de los oferentes, lo que rompe el principio. Principio, que como también ha precisado la jurisprudencia comunitaria, está inseparablemente unido al de transparencia, pues no es posible autorizar que los competidores dispongan de distintas condiciones a la hora de presentar sus ofertas tal y como ha señalado la sentencia de 25 de abril de 1996. Resulta interesante subrayar que en esta materia la jurisprudencia ha señalado que la gestión diligente del proceso de contratación pública es exigencia de los principios de buena administración y de igualdad de trato (sentencia de 29 de abril de 2004). Principio de buena administración, al que hicimos referencia en el anterior epígrafe, que es considerado, tras la Carta Europea de los Derechos Fundamentales también como principio de obligatorio cumplimiento para los poderes adjudicadores en el marco de la gestión del proceso de la

contratación administrativa. En este sentido, merece la pena destacar que el propio Defensor del Pueblo de la UE, en virtud del principio de la buena Administración, destacó en su decisión de 22 de abril de 2002, que según las buenas prácticas administrativas, en los procedimientos de licitación la Administración debe atenerse a las normas establecidas para tales procedimientos, normas que están presididas, como bien sabemos, por los principios generales de la contratación pública que se derivan a su vez de los principios de Derecho originario señalados en este epígrafe.

Estos principios, que son corolario necesario del principio de competencia y de igualdad de trato, suponen, es claro, una evidente limitación a una interpretación expansiva de lo que en el Derecho de los contratos administrativos son los privilegios o prerrogativas de la Administración. Ahora, estos principios modulan de tal manera el ejercicio de estas potestades, que bien puede decirse que no serán congruentes con el Derecho Comunitario Europeo, cuando impliquen una quiebra de dichos principios. Quiebra que no será tal cuando se produzca una desigualdad justificada objetivamente, lo que sólo puede acontecer cuando tal situación se ampare en razonadas razones de interés general, convenientemente argumentadas en el caso concreto por el poder adjudicador. De esta manera, el entendimiento de los tradicionales poderes extraordinarios de la Administración en materia de contratos administrativos, potestas variandi, rescisión unilateral, interpretación unilateral, ha de hacerse en el marco de los principios generales que se derivan del Tratado CE. En este sentido, por ejemplo, la sentencia de 25 de abril de 1996 ha entendido que la atribución a la entidad adjudicataria de una libertad incondicional de elección no es conforme al Derecho Comunitario. Es decir, se prohíbe la arbitrariedad, que es, como diría Locke, la ausencia de racionalidad. De esta manera, como sigue diciendo esta sentencia, la mera circunstancia de que un criterio de adjudicación verse sobre un dato que se conocerá con precisión después de la adjudicación del contrato, no puede interpretarse en el sentido de que confiere a la entidad dicha libertad incondicional.

También el principio de libre circulación de mercancías es de aplicación a la contratación pública en la dimensión comunitaria puesto que como señala atinadamente Moreno Molina, es el principal título que justifica la intervención comunitaria en la materia. Igualmente, el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios son principios que permiten la eliminación de discriminaciones, tanto por razón de nacionalidad, como por cualquier otra razón, encubierta o no, que traiga consigo la quiebra del principio de igualdad de trato.

En fin, los principios de la contratación pública en el espacio jurídico europeo surgen de la propia irradiación de la luz de los principios fundamentales del Tratado sobre una realidad hasta no hace mucho tiempo considerada irrelevante, pero que hoy en día tiene una importancia trascendental también para el desarrollo económico y la cohesión social de los países y de los Entes supranacionales. En este caso, los principios examinados, si tenemos en cuenta la sentencia de 17 de noviembre de 1993 del TJCE, traen causa de la realización del mercado interior basado en libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como de la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en materia de contratación pública, que son los de competencia, publicidad, igualdad de trato y prohibición de discriminación, objetividad, imparcialidad y transparencia.

V.- Reflexión conclusiva

El Derecho Administrativo Global es un Derecho “*in fieri*”, en formación, que no está sistematizado, que todavía no se ha estudiado con pretensiones sistémicas, aunque se admite su existencia como se reconoce que la globalización también alcanza, como no, al campo del Derecho Administrativo. Los autores que en mi opinión más han estudiado el tema, Kingsbury, Krisch y Stewart, cuyo estudio sobre la emergencia del Derecho Administrativo Global es uno de los materiales más relevantes sobre la materia, son partidarios de ir con cautela, siguiendo más bien un enfoque pragmático. Observar lo que funciona y construir desde esa perspectiva. En el caso del Derecho de la contratación pública gracias a la UE, se ha construido todo un sector

del derecho Administrativo Global de contenido principal que, como vemos, se está extendiendo por todo el globo puesto que se trata de principios que se derivan, de forma general, de una experiencia de integración sellada por los compromisos del Estado de Derecho tal y como es la UE.

Las diversas maneras de comprender el Derecho, el Ordenamiento jurídico plantean algunas dificultades acerca del establecimiento de principios sobre los que levantar el edificio del Derecho Administrativo Global, pues no hay una Constitución global, ni tampoco poderes públicos a nivel global claramente establecidos. En materia de contratación pública, el espacio jurídico administrativo de la UE pienso que puede considerarse como un ejemplo a seguir por las razones anteriormente expuestas. Sin embargo, sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es más que posible, junto a la realidad de las normas, actos y resoluciones judiciales que se producen en este ámbito, establecer un catálogo de principios que para quien escribe deben partir de la cláusula del Estado de Derecho. Si somos fieles a lo que supuso la aparición del Derecho Administrativo en Europa tras la caída del Antiguo Régimen, tenemos que ser conscientes de que hoy el régimen general requiere de nuevos impulsos jurídicos que restauren, que recuperen el sentido del Derecho Administrativo como un derecho que lucha por reducir a los poderes públicos y económicos a sus justos límites. A través del principio de buena Administración, compendio donde lo haya del sentido de sus principios inspiradores: racionalidad, participación, pluralismo, rendición de cuentas, transparencia, revisión, responsabilidad, encontramos un buen camino para ir construyendo un orden jurídico-administrativo global que permita que, en efecto, el Derecho Administrativo sea lo que debe ser: el Derecho del poder para la libertad.

Agustín Gordillo nos recuerda en un estudio de este tiempo que son precisamente los principios de seguridad jurídica y de justicia los principios que deben presidir esta nueva expresión de la tendencia permanente a la unidad del Ordenamiento jurídico que hoy, para el caso del Derecho Administrativo, denominamos, Derecho Administrativo

Global. En ese sentido, proyectando ambos principios sobre la realidad económica, el principio de racionalidad, del que hemos tratado extensamente en estas líneas bajo la denominación de objetividad o igualdad de trato con prohibición de discriminación, se nos presenta, como advierte magistralmente el profesor Gordillo como un principio que es la misma proyección del más general principio de racionalidad derivado del Estado de Derecho al funcionamiento de la actividad económica, y los contratos públicos juegan un papel importante en este ámbito.

A través de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, pienso que es más sencillo comprender el alcance del Derecho Administrativo Global, de entre sus muchas versiones y aproximaciones, a partir de esta perspectiva de garante y asegurador de los derechos de los ciudadanos. Si nos quedamos en un enfoque funcional que legitime los excesos y los abusos de una teoestructura que no aspira más que al dominio global a través del poder y la economía, entonces habremos perdido el tiempo. En este tiempo en que el Derecho Administrativo Global está surgiendo, en lugar de renunciar a establecer el solar sobre el que levantar este edificio, estas páginas pretenden precisamente contribuir al debate sobre la necesidad de que el Derecho Administrativo Global, como Derecho que es y por ello producto cultural, ha de expresar un punto de vista sobre la justicia de base profundamente humanista, de manera que la libertad solidaria de los ciudadanos pueda ser garantizada también desde el Orden jurídico administrativo global. En materia de contratos, como ha quedado expuesto, la libertad, la competencia, la igualdad de trato, la objetividad o la transparencia reclaman un Derecho que piense más en los ciudadanos y menos en los poderes de los Entes públicos.

En materia de contratación pública se trata de facilitar a los ciudadanos servicios, suministros y obras públicas que repercutan positivamente en las condiciones de vida de los habitantes. Para ello, los tradicionales poderes de la Administración en los países de contrato administrativo han de entenderse de otra manera, como poderes que pueden operarse cuando lo exija el interés general concreta y puntualmente argumentado. El Derecho Administrativo de la UE en materia de

contratación pública ha traído la idea de que en esta materia, al manejarse fondos públicos, que son de todos y cada uno de los ciudadanos que viven en un mercado interior, ha de buscarse en cada caso, sea del país y nacionalidad que sea la empresa que esté en mejores condiciones de hacer la obra, prestar el servicio o el suministro en cada caso.

Capítulo Segundo: Normas y acuerdos internacionales sobre contratos públicos

I.- El Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio. Su revisión de 2006.

A.- Antecedentes y origen.

La contratación pública se omitió inicialmente del ámbito de los principales instrumentos comerciales multilaterales destinados a facilitar el acceso a los mercados. En el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio que se negoció originalmente en 1947, la contratación pública quedó excluida explícitamente de la obligación fundamental de conceder trato nacional. Pero la situación ha continuado hasta más recientemente, ya que los contratos públicos quedaron fuera de los principales compromisos del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Habida cuenta de la importancia económica de la contratación pública, se trata de una laguna considerable del sistema de comercio multilateral.

El creciente reconocimiento de los efectos restrictivos para el comercio de las políticas de contratación pública discriminatorias y de la conveniencia de colmar esa laguna del sistema de comercio se concretaron en un primer esfuerzo por incluir la contratación pública en las normas de comercio convenidas internacionalmente cuando se celebraron las Negociaciones Comerciales de la Ronda de Tokio. Como resultado de ello, en 1979 se firmó el primer Acuerdo sobre Compras del Sector Público, que entró en vigor en 1981, y se modificó en 1987 y cuya versión enmendada entró en vigor en 1988. Coincidiendo con la Ronda Uruguay, las Partes en el Acuerdo celebraron negociaciones para ampliar su alcance y aplicación. El Acuerdo sobre Contratación Pública (1994) que está actualmente en vigor se firmó en Marrakech el 15 de abril de 1994, al mismo tiempo que el Acuerdo por el que se establece la OMC. El nuevo Acuerdo entró en vigor el 1º de enero de 1996.

El Acuerdo sobre Contratación Pública es uno de los acuerdos “plurilaterales” que figuran en el Anexo 4 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, lo que significa que no todos los miembros de la Organización están obligados por él. De hecho, ningún país iberoamericano está obligado por el Acuerdo.

B.- Principios fundamentales: No discriminación y transparencia

El Acuerdo sobre Contratación Pública establece un marco convenido de derechos y obligaciones entre sus Partes con respecto a sus respectivas leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera de dicha contratación. Un principio fundamental a este respecto es la no discriminación. En lo que respecta a los contratos comprendidos en el Acuerdo, las Partes tienen que conceder a los productos, servicios y proveedores de las demás Partes en el Acuerdo un trato “no menos favorable” que el otorgado a sus productos, servicios y proveedores nacionales (párrafo 1(a) del artículo III). Además, las Partes no pueden discriminar entre los productos, servicios y proveedores de otras Partes (párrafo 1 b) del artículo III). Asimismo, cada Parte tiene que garantizar que sus entidades no den a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio, por razón del grado en que se trate de una filial o sea propiedad de extranjeros, y que sus entidades no ejerzan discriminación, por razón del país de producción del producto o servicio suministrado, contra proveedores establecidos en su territorio (párrafo 2 del artículo III).

La utilización de compensaciones – medidas aplicadas para fomentar el desarrollo del país o mejorar la situación de las cuentas de su balanza de pagos mediante prescripciones relativas al contenido nacional, las licencias para utilizar tecnología, las inversiones, el comercio de compensación u otras análogas – está expresamente prohibida por el Acuerdo. No obstante, los países en desarrollo pueden, en el momento de su adhesión, negociar condiciones para la utilización de compensaciones siempre que éstas sólo se utilicen a efectos de calificación para participar en el proceso de contratación y no como criterios para la adjudicación de contratos (artículo V).

Para garantizar la aplicación del principio básico de no discriminación y que los productos, servicios y proveedores extranjeros tengan acceso a los contratos, el Acuerdo hace especial hincapié en los procedimientos destinados a garantizar la transparencia de las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública.

Existe la obligación general de publicar las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y resoluciones administrativas de aplicación general y los procedimientos relativos a los contratos públicos comprendidos en el Acuerdo. Las publicaciones pertinentes se enumeran en el apéndice IV (párrafo 1 del artículo XIX). Para aumentar la transparencia, el Acuerdo establece que cada gobierno tiene que reunir y facilitar a las demás Partes, por medio del Comité, estadísticas sobre los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del Acuerdo (párrafo 5 del artículo XIX).

C.- Alcance y cobertura

El Acuerdo se basa en un enfoque de lista positiva (es decir, lista de inclusiones) para determinar el ámbito de aplicación. En el Apéndice I del Acuerdo, que se divide en cinco anexos se enumeran las entidades de cada país. En el Anexo I figuran las entidades del gobierno central; en el Anexo 2 las de los gobiernos subcentrales, y en el Anexo 3 todas las demás entidades que realicen compras conforme al Acuerdo (incluyendo tanto empresas gubernamentales como aquéllas correspondientes a servicios públicos). Las entidades que se enumeran en los anexos están sujetas a las disposiciones del Acuerdo, en lo que respecta a sus compras de bienes y servicios si: (i) el valor de la compra sobrepasa un umbral determinado; y (ii) si los bienes y servicios objeto de la compra no están exentos de la cobertura del Acuerdo.

El Acuerdo es aplicable a los contratos de un valor superior a determinados valores de umbral.

Umbrales: Los umbrales que se aplican a los contratos de adquisiciones no son uniformes debido a que existen algunas diferencias entre los

países signatarios. En general, para la mayoría de los países se aplican los umbrales siguientes:

	Entidades del Gobierno Central (Anexo I)	Entidades de los Gobiernos subcentrales (Anexo II)	Otras Entidades (*) (Anexo III)
Bienes y servicios, excluidos servicios de construcción	DEG 130.000	DEG 200.000	DEG 355.000
Servicios de construcción	DEG 5.000.000	DEG 5.000.000	DEG 5.000.000

(*) “Otras entidades” incluye, en general, las empresas públicas o de servicios públicos.

Cabe señalar también que está autorizado eximir de las obligaciones del Acuerdo a los países en desarrollo en determinadas situaciones (artículo V) y por razones no económicas, por ejemplo, para proteger los intereses de la seguridad nacional, la moral, el orden o la seguridad públicos, la salud y la vida humana, animal o vegetal, la propiedad intelectual, etc. (artículo XXIII).

D.- Procedimientos de licitación

En el Acuerdo figuran diversas obligaciones de procedimiento pormenorizadas que las entidades contratantes tienen que cumplir para garantizar la aplicación efectiva de sus principios básicos (Artículos VII a XVI). En muchos aspectos, estas disposiciones codifican buenas prácticas reconocidas en la esfera de la contratación pública cuya finalidad es asegurar la eficiencia y una buena relación calidad/precio. En el contexto del ACP, también sirven para garantizar que el acceso a los contratos abarcados sea abierto y que se den las mismas oportunidades de competir por los contratos públicos a los productos y proveedores nacionales y a los extranjeros.

Antes de que se inicie realmente el proceso de licitación, las Partes publicarán una invitación a participar, en forma de anuncio de licitación, en una publicación accesible a todos indicada en el apéndice II del

Acuerdo. La finalidad del anuncio es informar a todos los proveedores interesados acerca de la posibilidad de concertar un contrato y sobre sus aspectos pertinentes. En Europa, esta publicidad se realiza en el DOUE (<http://simap.europa.eu>). En el ámbito de EEUU, básicamente en la página web *Federal Bussines Opportunities*.

El Acuerdo autoriza licitaciones públicas, selectivas o restringidas, a condición de que el procedimiento utilizado sea compatible con las disposiciones establecidas en los artículos VII a XVI (estos supuestos coinciden con los procedimientos abierto, restringido y negociado de las Directivas comunitarias);

El Acuerdo establece determinados plazos mínimos para la preparación, presentación y recepción de licitaciones, que permitan efectuar las ofertas correspondientes (párrafo 2 del artículo XI). Estos plazos deberán ser lo suficientemente largos para que todos los proveedores, nacionales y extranjeros, puedan preparar y presentar licitaciones antes de que se cierre el procedimiento correspondiente.

El Acuerdo prevé obligaciones relativas a las especificaciones técnicas para asegurar que las entidades no discriminen contra y entre las mercancías y proveedores extranjeros mediante las características técnicas de los productos y servicios que especifican (artículo VI). Las especificaciones técnicas se formularán más bien en función de las propiedades de uso y empleo del producto que en función del diseño, y se basarán en normas internacionales, cuando existan, o, de lo contrario, en reglamentos técnicos nacionales, normas nacionales reconocidas, o códigos de construcción.

Las normas de procedimiento para la presentación, recepción y apertura de las ofertas tienen por finalidad garantizar la imparcialidad, equidad y transparencia del proceso de contratación pública (párrafos 1 a 3 del Artículo XIII). Todas las ofertas de licitaciones públicas y selectivas se recibirán y abrirán con arreglo a procedimientos y condiciones que garanticen la regularidad de su apertura.

En las disposiciones pertinentes del Acuerdo se establecen como medios de transmisión el télex, el telegrama y el facsímil. El Acuerdo reconoce que sus disposiciones no tienen en cuenta la utilización cada vez mayor de tecnología de la información en la contratación pública. Con el fin de velar por que esto no constituya un obstáculo al progreso técnico en esta esfera, el Acuerdo establece la celebración periódica de consultas en el Comité acerca de las novedades que se hayan producido en la tecnología de la información y, en caso necesario, la negociación de modificaciones al propio Acuerdo (párrafo 8 del artículo XXIV). Tras esas negociaciones entabladas de conformidad con el párrafo 7 del artículo XXIV del Acuerdo sobre Contratación Pública (1994), en diciembre de 2006 los negociadores alcanzaron un acuerdo provisional sobre el texto de un Acuerdo revisado que prevé la utilización de instrumentos electrónicos en el proceso de contratación.

Después de haberse adjudicado el contrato también será preciso facilitar información sobre la decisión de adjudicación, en forma de anuncio en el que se facilite información sobre cuestiones como la naturaleza y cantidad de los productos y servicios objeto de las adjudicaciones, el nombre y dirección del adjudicatario, y el valor de la oferta ganadora o de las ofertas más alta y más baja tomadas en cuenta para la adjudicación del contrato (párrafo 1 del artículo XVIII).

E.- La renegociación del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)

El compromiso de celebrar nuevas negociaciones fue “incorporado” al ACP actual (párrafo 7b) y párrafo 7C) del artículo XXIV) cuando se adoptó en 1994. Estas negociaciones tienen tres objetivos: i) Mejorar y actualizar el Acuerdo, a la luz, entre otras cosas, de las novedades que se hayan producido en la tecnología de la información y en los métodos de contratación; ii) ampliar el ámbito de aplicación del Acuerdo; y iii) eliminar las medidas discriminatorias que sigan aplicándose. Las negociaciones también tienen por objeto facilitar la adhesión al Acuerdo de nuevas Partes, en especial países en desarrollo. Las negociaciones en el marco del ACP no forman parte de la denominada Ronda de Doha de negociaciones de la OMC y que abarca una serie de otros temas.

En diciembre de 2006, los negociadores llegaron a un entendimiento acerca de la revisión del texto del Acuerdo plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) de 1994. El acuerdo de los negociadores es provisional en la medida en que está sujeto (i) a un control legal y (ii) a un resultado mutuamente satisfactorio del otro aspecto de las negociaciones relativas a un nuevo Acuerdo sobre Contratación Pública: la ampliación de la cobertura (es decir, las esferas de actividad comercial de los gobiernos abiertas a la competencia internacional).

También se llegó a un acuerdo con respecto a concluir las negociaciones sobre la cobertura. Estas negociaciones se llevarán a cabo sobre la base del texto revisado.

El texto revisado entraña una revisión a fondo de las disposiciones del Acuerdo a fin de que sean más fáciles de utilizar ¹. También se han actualizado las disposiciones para tener en cuenta la evolución de las prácticas actuales de contratación pública, en particular el papel de los instrumentos electrónicos en el proceso de contratación. Se ha añadido flexibilidad adicional en algunos puntos, por ejemplo períodos de tiempo más breves para la contratación de bienes y servicios de un tipo que esté disponible en el mercado comercial. Se ha definido más claramente el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo; de esta manera se espera facilitar las futuras adhesiones de esos países. Se ha prestado mucha atención a cuestiones como los procedimientos nacionales de recurso para las impugnaciones presentadas por los proveedores y las normas para modificar las listas de cobertura de las Partes. Con respecto a esta última cuestión, se ha acordado establecer procedimientos de arbitraje para resolver las diferencias.

Las Partes en el ACP han acordado que se deberá utilizar el nuevo texto como base para las negociaciones con los países que deseen adherirse al ACP. Se han iniciado negociaciones sobre adhesión con

¹ Sobre la renovación del acuerdo sobre contratación pública de la OMC véase Anderson, R. D., “Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations”, *Public Procurement Law Review*, Issue 4 (2007).

ocho Miembros de la OMC (Albania, Georgia, Jordania, la República Kirguisa, Moldova, Omán, Panamá y el Taipei Chino). China ha indicado también su intención de comenzar las negociaciones.

El problema del Acuerdo sobre Contratación Pública es que sólo se aplica a un limitado número de contratos de importante cuantía económica y que las obligaciones que establece son muy débiles. La regulación comunitaria europea sobre los contratos públicos es, en general, mucho más completa y exigente que la del Acuerdo.

F.- La suscripción del Acuerdo por la Unión Europea.

Mediante la Decisión 94/800/CEE, el Consejo aprobó el Acuerdo sobre Contratación Pública, cuya finalidad era lograr la liberalización y expansión del comercio mundial a través del establecimiento, en lo que respecta a la contratación pública, de una normativa de derechos y obligaciones multilaterales equilibradas. El citado Acuerdo forma desde entonces parte del ordenamiento jurídico comunitario europeo y obliga tanto a las instituciones de la Comunidad como a los Estados miembros.

Ahora bien, en algunos aspectos, el Acuerdo sobre Contratación Pública preveía unas condiciones de acceso a los contratos públicos en el interior de la Comunidad más favorables para los licitadores y productos de terceros países signatarios que las previstas por las Directivas comunitarias sobre contratos de obras y suministros. Para eliminar esta situación discriminatoria para las empresas comunitarias, fueron modificadas las Directivas comunitarias sobre contratos (93/36, 93/37 y 92/50/CEE) por medio de la Directiva 97/52/CE, que tuvo como principal objetivo la asunción de los compromisos internacionales que para la Comunidad Europea se derivaban de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994) ².

² Ver al respecto la Decisión 94/800/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (DOCE L n.º 336, de 23 de diciembre de 1994).

II.- La Ley Modelo sobre Contratación Pública de Naciones Unidas.

La conveniencia del establecimiento de normas que disciplinen la contratación pública se ha defendido también en los últimos años en el ámbito de las Naciones Unidas. En efecto, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó en 1993 una denominada “Ley Modelo” sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios³, texto que se encuentra en proceso de actualización y revisión⁴. La Ley, que está fuertemente influenciada por los principios generales del ordenamiento comunitario europeo en materia de contratos públicos (aunque, como veremos a continuación, su nivel de exigencia es considerablemente menor que el europeo), tiene por finalidad servir de muestra o ejemplo a los distintos países “para evaluar y modernizar su régimen y prácticas actuales de la contratación pública o para establecer un régimen legal en la materia de no disponer actualmente de uno”.

La decisión de la CNUDMI⁵ de formular un régimen modelo para la contratación pública se justificó, por tanto, en la inadecuación del régimen existente en algunos países, o en su simple inexistencia. De ello, es fácilmente constatable que resultan ineficiencias en

³ El texto de la “Ley Modelo” fue aprobado por la CNUDMI en su 26 periodo de sesiones, celebrado en Viena en 1993.

Los antecedentes de esta norma se sitúan en el 19 periodo de sesiones de la CNUDMI, celebrado en 1986, cuando ésta decidió dar prioridad a la labor relativa a la contratación pública y encomendar esa labor al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional. El Grupo de Trabajo inició su labor sobre este tema en octubre de 1988, examinando un estudio sobre la contratación pública preparado por la Secretaría. Finalmente, el Grupo elaboró un Proyecto de “Ley Modelo” sobre los contratos públicos de bienes y de obras, que pasó a la Comisión para su aprobación.

⁴ Los trabajos de revisión de la Ley Modelo se pueden consultar en los párrafos 8 a 89 del documento de Naciones Unidas A/CN.9/WG.I/WP.67. En su 15º periodo de sesiones, el Grupo de Trabajo completó la primera lectura del texto revisado propuesto de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1-4).

⁵ La CNUDMI es un órgano de la Asamblea General de las Naciones Unidas establecido para fomentar la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, con miras a eliminar los obstáculos innecesarios ocasionados al comercio internacional por las insuficiencias y divergencias del derecho interno de los países que afectan a ese comercio. En este sentido, la CNUDMI ha formulado durante los últimos 25 años convenios internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa internacional de mercaderías y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (“Reglas de Hamburgo”), leyes modelo (como la de arbitraje comercial internacional), así como el Reglamento de Arbitraje y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

el proceso de contratación, ciertas prácticas abusivas y la no obtención por el comprador público de una contrapartida adecuada por el desembolso de fondos públicos efectuado.

Como ha destacado la propia CNUDMI, si bien todos los países sienten la necesidad de que su régimen y prácticas de la contratación pública sean eficientes, esta necesidad se hace sentir particularmente en muchos Estados en desarrollo, así como en países cuyas economías se encuentran en transición. En estos Estados, una gran parte de la contratación está en manos del sector público y muchos de los contratos adjudicados son para proyectos que forman parte del propio proceso de desarrollo económico y social del país. Estas naciones se ven particularmente afectadas por la escasez de fondos públicos para los fines de la contratación pública, por lo que es aún más importante para ellos que esa contratación se lleve a cabo de la manera más ventajosa posible.

Pues bien, hacia estos países, está principalmente dirigida la “Ley Modelo” sobre contratación pública. Además, ésta puede ayudar a remediar los inconvenientes que dimanen del hecho de que un régimen nacional inadecuado de la contratación pública crea obstáculos para el comercio internacional, al depender una parte importante de ese comercio de dicha contratación.

En consecuencia, el texto de la CNUDMI ha sido concebido como un instrumento destinado a sentar unas bases uniformes en el ámbito de los contratos públicos, susceptibles de servir de modelo a todos aquellos Estados que, por una u otra razón, carecen de una normativa y experiencia adecuadas en la materia. Ahora bien, es preciso advertir desde este momento que la “Ley Modelo” no tiene naturaleza contractual ni aspira a convertirse en Tratado internacional, es decir, desde el punto de vista jurídico formal, carece de toda fuerza vinculante para los Estados; se trata tan sólo de un “modelo” susceptible de inspirar las legislaciones estatales ⁶.

⁶ Este tipo de acuerdos son consideradas por la doctrina internacionalista como “Soft Law”, esto es, se trata de conjuntos de normas que carecen de fuerza vinculante y que, sin embargo, tienden a influenciar la voluntad de aquellos a quienes se dirigen (Seidl-Hohenveldern, I., “International Economic ‘Soft Law’”, *Recueil des Cours, Académie de Droit International*, 1979-II, págs. 173 y ss.).

En cuanto a su contenido, la “Ley Modelo” trata de significar los rasgos mínimos esenciales que deben caracterizar un régimen moderno de contratación pública. Sus objetivos principales son, en este sentido, desarrollar al máximo la competitividad del proceso de contratación, dar un trato equitativo a los proveedores y contratistas que se presenten a un concurso público de contratación y aumentar la transparencia y la objetividad. Por lo tanto, la norma circunscribe su radio de acción a las fases preparatorias y a la adjudicación de los contratos públicos, quedando fuera de su interés toda la problemática referida a la ejecución de los contratos (al igual que ocurre con el Derecho comunitario de la contratación pública). El régimen de la “Ley Modelo” va destinado básicamente a la contratación efectuada por “dependencias de la Administración pública y otras entidades o empresas del sector público” (artículo 2). La “Ley modelo” regula la contratación pública de bienes y de obras. Por lo que respecta a las formas de adjudicación de los contratos, la Ley se caracteriza por su flexibilidad, ya que deja a las entidades adjudicadoras una amplia libertad de elección.

III.- El Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

En el “Tratado de Libre Comercio”, entre México, Canadá y los Estados Unidos (TLCAN) se han introducido unas normas sobre contratación pública. En efecto, el Capítulo X del mencionado Tratado regula las denominadas “Compras del Sector Público”. Bajo este epígrafe, el Tratado recoge toda una serie de normas que tratan de conseguir la apertura “de los mercados gubernamentales en materia de bienes, servicios y obras públicas”. A tal efecto, el artículo 1003 del Tratado sienta los principios básicos que van a regir en este campo: el principio de trato nacional y de no discriminación. Así, el apartado primero del citado precepto dispone que “respecto a las medidas comprendidas en este capítulo, cada una de las Partes otorgará a los bienes de otra Parte, a los proveedores de dichos bienes y a los proveedores de servicios de otra Parte, un trato no menos favorable que el más favorable otorgado a sus propios bienes y proveedores y a los bienes y proveedores de otra Parte”. Por otra parte, el Tratado recoge una serie de disposiciones sobre publicidad, especificaciones técnicas,

procedimientos de licitación, plazos y requisitos para la presentación, recepción y apertura de ofertas, y sobre la adjudicación de los contratos, inspiradas la mayoría de las mismas en el Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública.

El ámbito de aplicación del Acuerdo se basa en un enfoque de lista positiva. Las entidades incluidas se enumeran en los Anexos correspondientes. El Anexo 1001.1a-1 abarca las entidades del gobierno federal, y el Anexo 1001.1a-2 las empresas del Estado. Actualmente no están cubiertos los gobiernos estatales ni provinciales, pero se incluirán en las negociaciones que se celebrarán antes del 31 de diciembre de 1998.

De acuerdo al Artículo 1001.5, las “compras” incluyen contratos de compra, arrendamiento o alquiler con o sin opción de compra. Sin embargo, no se incluyen las compras de servicios de organismo fiscal ni de depositaria, servicios de liquidación o gestión de la deuda de instituciones financieras reglamentadas ni los servicios de venta o distribución de deuda pública. En el TLCAN se aplica un enfoque de lista negativa para determinar los productos incluidos. Por lo tanto, se consideran cubiertos por el Acuerdo todos los bienes, servicios y servicios de construcción a menos que se especifique lo contrario en los anexos. Está expresamente prohibido formular o estructurar ningún contrato de compra a fines de eludir las obligaciones del Acuerdo.

Umbral: El Acuerdo abarca contratos de adquisiciones con los umbrales siguientes (Artículo 1001):

	Entidades del Gobierno Federal (Anexo 1001.1a-1)	Empresas Estatales (Anexo 1001.1a-2)	Entidades de los Gobiernos estatales y provinciales (Anexo 1001.1a-3)
Bienes y servicios, excluidos servicios de construcción	\$ 50.000 (*)	\$ 250.000	Pendiente de negociación
Servicios de construcción	\$ 6.5000.000	\$ 8.000.000	Pendiente de negociación

(*) *Entre Canadá y Estados Unidos, el umbral establecido para los bienes es de \$ 25.000.*

IV.- El Área de Libre Comercio de las Américas.

Por lo que se refiere al Área de Libre Comercio de las Américas, el Grupo de Trabajo sobre Compras del Sector Público, compuesto por representantes de 34 países, está elaborando un borrador de posible acuerdo sobre contratación pública.

Durante la Cumbre hemisférica de Miami el 10 de Diciembre de 1994, los Jefes de Estado de 34 países del Hemisferio Occidental aprobaron un Plan de Acción que incluyó el mandato de concluir la negociación de una zona hemisférica de libre comercio en el año 2005, denominada el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

Dentro de dicho marco, se llevaron a cabo dos Reuniones Ministeriales de Comercio para adelantar la implementación del Plan de Acción acordado en Miami. La primera Reunión Ministerial se realizó en la ciudad de Denver en el mes de junio de 1995. En esta Reunión, se decidió la creación de once Grupos de Trabajo, quedando siete establecidos inmediatamente y se realizó un pedido de apoyo técnico de una Comisión Tripartita, conformada por la OEA, el BID y la CEPAL. La segunda Reunión Ministerial de Comercio se sostuvo en Cartagena, Colombia en marzo de 1996. En dicha Reunión uno de los nuevos grupos establecidos fue un Grupo de Trabajo sobre Compras del Sector Público, compuesto por representantes de 34 países.

El Grupo de Trabajo sobre Compras del Sector Público celebró su primera reunión en Washington, D.C. los días 25 y 26 de junio de 1996. Los delegados de 23 países del Hemisferio se reunieron y elaboraron un plan de trabajo con el fin de cumplir con los términos de referencia del Grupo de Trabajo, que involucra la recopilación, sistematización y creación de un inventario de los regímenes sobre Compras Públicas incluidas en los acuerdos de integración y demás acuerdos vigentes. El Grupo de Trabajo solicitó al Banco Interamericano de Desarrollo la realización de un inventario de la legislación y fue presentado en la segunda reunión del Grupo de Trabajo realizada en Washington, D.C. los días 22, 23 y 24 de octubre de 1996. Tras diversas reuniones el

inventario fue sometido a los Vice-Ministros en Río de Janeiro los días 15, 16 y 17 de abril de 1997 y aprobado para su publicación ⁷.

V.- Protocolo sobre Contrataciones Públicas de MERCOSUR

El acuerdo no estipula nada en concreto con respecto a las compras del sector público. Sin embargo, no se prevén excepciones especiales al principio general de aplicación de trato nacional y prácticas de no discriminación en materia de bienes y servicios.

En diciembre de 1994, el Consejo del Mercado Común a través de la decisión núm. 20-94 creó el Comité técnico núm. 4 “Políticas Públicas que Distorsionan la Competitividad”, donde se trató el tema de las compras del sector público.

Fruto de estos y otros trabajos, se aprobó el protocolo 27/04, sobre contrataciones públicas, que ha sido derogado sin ser ratificado por ninguno de los países miembros. La decisión 23/06, que aprueba el Protocolo sobre contrataciones Públicas está pendiente de ratificación (se acompaña en la documentación del curso)

⁷ El texto puede consultarse en www.ftaa-alca.org.

Capítulo Tercero:

Aspectos generales de la contratación pública en la unión europea: Importancia económica y social

I.- El marco normativo comunitario de la contratación administrativa.

A lo largo de los ya más de cincuenta años de vida de la Comunidad Europea ⁸, y en un proceso constante, se ha ido formando un auténtico Derecho administrativo comunitario, integrado hoy principalmente por normas de Derecho comunitario originario y derivado, y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha construido unos principios generales del Derecho que dotan de unidad a todo el sistema administrativo. La Comunidad dispone en nuestros días de un fondo de normas y de principios de Derecho administrativo totalmente comparable al de los Derechos administrativos de los Estados miembros. En efecto, es fácil observar la constante evolución del Derecho administrativo comunitario en sectores como la agricultura, la pesca, la actividad industrial, el medio ambiente, los transportes, las telecomunicaciones, especialmente la radio y la televisión, la electricidad, correos, la protección de los bienes culturales o el empleo público.

Pues bien, la contratación pública constituye, sin duda alguna, uno de los sectores en que el desarrollo del Derecho comunitario ha llegado más lejos y, consiguientemente, donde la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros de la Comunidad se está produciendo con mayor intensidad. En efecto, los procedimientos de preparación,

⁸ En 2007 se cumplió el 50 aniversario de la firma del Tratado de Roma de 1957. Desde su creación con 6 Estados miembros, las sucesivas ampliaciones la han llevado a los 27 Estados miembros actuales, a una moneda única común (el Euro) y a una gran integración económica, social, cultural y política.

Para una aproximación a la historia de las Comunidades Europeas puede consultarse el documento “Doce Lecciones sobre Europa”, Luxemburgo, 2007, elaborado por Pascal Fontaine, profesor del Instituto de Estudios Políticos de París, que se encuentra disponible en Internet en la dirección http://europa.eu/index_es.htm.

El citado portal oficial de la Unión Europea permite acceder a gran cantidad de contenidos y materiales legislativos, documentales, divulgativos, estadísticos y jurisprudenciales.

selección y adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios son hoy muy similares en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

La Unión Europea cuenta hoy con una completa legislación sobre contratación pública, integrada tanto por normas sustantivas (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 y 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), como por normas procesales y de recursos en los procedimientos de contratación (Directivas de recursos en los contratos de obras y suministros –Directiva 89/665/CEE- y en los sectores especiales –Directiva 92/13/CEE-, que han sido modificadas por la Directiva 2007/66/CE, del Consejo y el Parlamento Europeo, y para cuya trasposición los Estados miembros tienen de plazo hasta el 20 de diciembre de 2009).

Normativa comunitaria vigente sobre contratación pública

CONTRATOS DE
SUMINISTRO

CONTRATOS DE
OBRAS PUBLICAS

CONTRATOS DE
SERVICIOS

Directiva 2004/18/CE

Contratos de suministros, obras públicas y servicios en los sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales)

Directiva 2004/17/CE

Recursos en los contratos
de obras y suministros

Recursos en los contratos
en los sectores especiales

Directiva 89/66/CEE

Directiva 92/13/CEE

Las Directivas 2004/17 y 2004/18 han refundido la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa hasta ese momento en varias Directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos (Directivas sobre contratos públicos de obras -93/37/CEE-, suministros -93/36/CEE-, servicios -92/50/CEE- y sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones -93/38/CEE-)

II.- Importancia económica y social de la contratación pública.

La Unión Europea en la actualidad cuenta con una población superior a la de los Estados Unidos y Rusia juntos y es la mayor potencia comercial del mundo. Genera la cuarta parte de la riqueza mundial. Es a su vez el mayor donante de ayuda al desarrollo de los países pobres. Su moneda, el euro, es la segunda moneda más importante, después del dólar, en los mercados internacionales y dada su estabilidad y fuerza, frente a la debilidad e inestabilidad del dólar, está próxima a convertirse en la moneda internacional de referencia.

El sector de la contratación pública tiene una gran importancia económica y social en las sociedades modernas. Según datos de la Comisión Europea, los contratos de las Administraciones públicas suponen más del 16% del Producto Interior Bruto comunitario (la importancia de los contratos públicos por Estados miembros es muy variable: desde el 11.9% del PIB que suponen en Italia al 21.5% que significan en Holanda) y su papel es fundamental en sectores claves de la economía como la construcción y obras públicas, la energía, los transportes, las telecomunicaciones y la industria⁹. En Europa, son miles las empresas, desde las grandes constructoras a las PYMEs, afectadas por esta contratación

⁹ Según datos de la Comisión Europea, los contratos de las Administraciones públicas suponen alrededor de un 16% del Producto Interior Bruto comunitario, es decir, alrededor de 1.500.000 millones de euros. Véase el informe y las estadísticas sobre la contratación pública, elaboradas por la Dirección General del Mercado Interior de la UE, disponibles en http://ec.europa.eu/internal_market/en/publproc/general/index.htm.

pública bien como adjudicatarias directas de contratos o como subcontratistas de los mismos.

Table 1	Total Procurement as a Percentage of GDP							
	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Belgium	14,38	14,61	14,35	14,37	14,69	14,75	14,91	15,22
Denmark	16,27	16,26	16,51	16,94	17,26	17,39	18,40	18,76
Germany	17,98	17,99	17,45	17,19	17,15	16,99	17,01	17,03
Greece	13,62	12,92	12,69	13,00	12,71	13,55	12,98	12,62
Spain	13,84	12,81	12,76	12,97	12,94	12,73	12,75	13,02
France	17,26	17,32	17,26	16,49	16,35	16,52	16,35	16,62
Ireland	13,54	12,87	12,11	11,95	12,05	12,23	13,25	13,30
Italy	12,58	12,17	12,00	12,12	12,25	12,37	12,69	11,88
Luxembourg	15,49	16,01	14,89	14,43	14,38	13,11	14,25	15,48
Netherlands	20,84	20,51	20,27	20,12	20,21	20,12	20,68	21,46
Austria	18,36	18,15	17,70	17,69	17,77	17,05	16,22	16,46
Portugal	14,14	14,56	14,57	13,85	14,29	13,98	13,91	13,26
Finland	16,25	16,70	16,57	15,96	16,06	15,37	15,72	16,45
Sweden	22,14	20,97	19,99	20,48	20,27	19,40	20,01	20,49
UK	21,68	20,58	18,24	17,79	17,84	17,46	17,89	18,42
EU 15	17,26	16,89	16,33	16,10	16,13	16,02	16,18	16,30

FUENTE: DIRECCIÓN GENERAL DEL MERCADO INTERIOR DE LA UE

Estos contratos cubren todo el espectro de las actividades económicas puesto que se refieren tanto a las obras (carreteras, puentes, edificios, puertos, etc.) como a los suministros (muebles, impresos, alimentos, vestuarios, etc.) o a los servicios (estudios y arquitectura, transporte, etc.).

III.- Las estadísticas sobre la contratación pública en la Unión Europea.

Las estadísticas sobre las compras públicas en la Unión Europea no son, ni mucho menos, todo lo completas que demanda y exige un mercado tan importante a nivel mundial. Desgraciadamente nada tiene que ver la contratación pública con las excelentes estadísticas que

ofrece Eurostat (Statistical Office of the European Communities, Oficina Europea de Estadística) de carácter macro-económicos (que sirven para apoyar las decisiones del Banco Central Europeo en su política monetaria para el euro), sus datos regionales y clasificación (NUTS) que orientan las políticas estructurales de la Unión Europea, las relativas al sector económico privado, a la industria, el comercio y servicios, la agricultura y pesca o el comercio exterior.

La Resolución del Parlamento Europeo de 20 de junio de 2007, sobre problemas específicos de transposición y aplicación de la legislación relativa a la contratación pública, advierte la existencia de problemas en Europa en cuanto a la recogida de datos sobre la contratación pública que obedecen, en particular, a la existencia de numerosas autoridades adjudicadoras en los distintos países y al hecho de que la lista de casos en los que las normas no se han aplicado correctamente es amplia.

El problema de la falta de estadísticas fiables en las compras públicas es desgraciadamente común en el ámbito internacional. Por ejemplo, existe también una seria dificultad de obtención de cifras actualizadas y válidas en relación con los volúmenes de contratación pública en la Comunidad Andina pues las informaciones estatales al respecto son muy deficientes. En este sentido, y para ayudar a la elaboración de las tan importantes estadísticas económicas y sociales, la Unión Europea firmó con la Comunidad Andina un “Convenio de Financiación para el Proyecto de Cooperación en materia estadística” (ASR/AIDCO/2002/0390, el texto del Convenio está disponible en la página web www.comunidadandina.org).

Los contratos públicos en Europa están concentrados en un número relativamente reducido de sectores industriales. Así, la construcción supone alrededor de un 30% de las contrataciones públicas. Otro sector importante es el de los productos energéticos (carbón, productos refinados del petróleo y energía eléctrica), que significan un 16% de las compras públicas. Junto a estos dos sectores, habría que destacar los productos manufacturados (productos químicos, metalúrgicos, maquinaria

agrícola e industrial, equipos de oficina, aparatos eléctricos, equipos de transporte, papel y productos de impresión, etc.), que alcanzan un 32% y los servicios comerciales (banca y seguros, hoteles, arrendamiento de edificios, etc.), con un 21% de las contrataciones públicas.

En el “Informe sobre el funcionamiento de los mercados comunitarios de productos y capitales” (Comunicación de la Comisión, Bruselas, 23 de diciembre de 2002), la Comisión europea ha destacado cómo con sólo un incremento de la competencia en la licitación pública se puede ahorrar hasta 14.000 millones de euros anuales al erario público, es decir, un tercio de las necesidades totales de endeudamiento de las Administraciones europeas.

Uno de los más completos estudios que se ha realizado hasta el momento en la Unión Europea en relación con las compras públicas es el encargado por la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea “A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future”, publicado con fecha 3 de febrero de 2004.

En el estudio se señala que en Europa se publica a través de anuncios oficiales el resultado de sólo un 16% del total de los contratos públicos que se adjudican. La Comisión Europea reclama la necesidad de incrementar notablemente la publicidad para conseguir una mucha mayor transparencia en los mercados de compras públicas.

En efecto, el promedio de publicaciones respecto del valor total de adquisiciones es del 16.2%, cantidad equivalente al 2.6 % del Producto Interior Bruto de la UE. Aunque este porcentaje ha aumentado durante los últimos diez años, son muy necesarias mejoras adicionales.

A continuación se recoge una tabla con los niveles de transparencia en la contratación pública en diferentes países europeos:

Table 2	Transparency Rates by Member State (%)							
	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Belgium	6,9	7,6	10,9	13,8	15,6	15,6	18,6	15,8
Denmark	16,4	13,4	13,4	13,5	14,3	20,9	15,8	14,5
Germany	5,1	5,6	6,3	6,5	5,2	5,6	5,7	7,5
Greece	34,1	37,7	42,9	45,1	39,9	31,9	35,3	45,7
Spain	8,5	11,0	11,5	11,5	16,8	25,4	23,4	23,6
France	5,5	6,8	8,4	11,0	11,7	14,6	16,8	17,7
Ireland	11,4	16,3	19,3	16,1	16,8	21,4	19,3	18,0
Italy	9,8	9,9	11,3	10,7	13,2	17,5	15,3	20,3
Luxembourg	5,2	7,0	9,2	14,3	12,9	12,3	10,7	13,3
Netherlands	4,8	5,1	5,5	5,2	5,9	10,8	12,5	8,9
Austria	4,5	7,5	7,5	8,3	7,0	13,5	14,6	15,5
Portugal	15,5	17,7	15,1	15,5	14,6	15,0	17,7	19,4
Finland	8,0	9,2	8,2	9,2	9,8	13,2	15,1	13,9
Sweden	10,5	10,6	11,5	11,6	12,5	17,9	23,4	19,3
UK	15,0	15,6	17,9	16,9	15,1	21,5	21,5	21,1
EU 15	8,4	9,2	10,7	11,1	11,2	14,9	15,4	16,2

Otro estudio estadístico interesante en relación con los mercados públicos es el realizado también por la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea: “Improving and automation of statistical data collection on public procurement in Belgium, Denmark, France, Ireland, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Netherlands, Poland, Spain, and the UK”, cuya versión final es de septiembre de 2006.

IV.- Contratos en la Unión Europea sujetos a normativa comunitaria.

Los contratos celebrados por las Instituciones de la Unión Europea y por los distintas Administraciones públicas de los 27 países miembros que están sujetos a la Directiva comunitaria 2004/18/CE son los siguientes:

a) 133.000 EUR, respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios distintos de los contemplados en el tercer guión de la letra b) adjudicados por los poderes adjudicadores que sean una de las autoridades gubernamentales centrales que figuran en el anexo IV;

b) 206.000 EUR

– respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores distintos de los contemplados en el anexo IV;

– respecto de los contratos públicos de suministro adjudicados por los poderes adjudicadores mencionados en el anexo IV y que operen en el sector de la defensa, cuando dichos contratos tengan por objeto productos distintos de los contemplados en el anexo V;

– respecto de los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador y que tengan por objeto servicios de la categoría 8 del anexo II A, servicios de telecomunicaciones de la categoría 5 cuyas posiciones en el CPV sean equivalentes a los números de referencia CPC 7524, 7525 y 7526 y/o servicios que figuren en el anexo II B.

c) 5.150.000 EUR, respecto de los contratos públicos de obras.

En el Derecho comunitario europeo se entiende por «contratos públicos» los contratos onerosos y 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.

Son «contratos públicos de obras» los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I de la Directiva 2004/18/CE o de una obra, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador. Una «obra» es el resultado de

un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.

Son «contratos públicos de suministro» los contratos públicos distintos de los de obras cuyo objeto sea la compra de productos, su arrendamiento financiero, su arrendamiento o su venta a plazos, con o sin opción de compra.

Un contrato público cuyo objeto sea el suministro de productos y, de forma accesoria, obras de colocación e instalación se considerará un «contrato público de suministro».

Son «contratos públicos de servicios» los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II de la Directiva 2004/18/CE.

Un contrato público que tenga por objeto al mismo tiempo productos y servicios de los contemplados en el anexo II se considerará un «contrato público de servicios» cuando el valor de los servicios en cuestión sea superior al de los productos incluidos en el contrato.

La «concesión de obras públicas» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

La «concesión de servicios» es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

Contratos excluidos o reservados

Están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE los siguientes contratos públicos:

- Los contratos públicos declarados secretos o que afecten a los intereses esenciales de un Estado.
- Los contratos públicos celebrados en virtud de normas internacionales.
- Los contratos públicos relativos a los servicios siguientes: la adquisición o el arrendamiento de edificios ya existentes; la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión; los servicios de arbitraje y de conciliación; la compra, venta y transferencia de instrumentos financieros; los servicios prestados por los bancos centrales; los contratos de trabajo; los servicios de I+D que no pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador o que no estén totalmente financiados por éste.
- Los contratos públicos de servicios adjudicados en virtud de un derecho exclusivo.
- Las concesiones de servicios.

V.- Las discriminaciones y las prácticas proteccionistas en la adjudicación de los contratos administrativos.

Como hoy exigen tanto las normas comunitarias europeas como las normas de los 27 países miembros de la Unión que las incorporan a sus derechos internos, la contratación debe estar abierta al mercado y a la participación de cualquier empresa interesada con independencia de su localización en cualquier Estado europeo. Sin embargo, constituye una tendencia generalizada en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea (y, en general, en todos los Estados, desarrollados o no) el sustraer de la competencia al sector de los contratos públicos. Los poderes públicos adjudicadores, ya se trate de Administraciones centrales, regionales o locales, o de entidades instrumentales dependientes de las mismas, favorecen, con carácter general, a la hora de adjudicar contratos, a las empresas nacionales. Históricamente, el problema ha sido endémico en ámbitos como el de la defensa nacional, las telecomunicaciones, la energía y los transportes.

Los fundamentos de las actitudes proteccionistas de las Administraciones los encontramos, en primer lugar, en el trascendente papel que desarrolla la contratación pública en muchos sectores de la economía moderna ¹⁰. En este sentido, pueden señalarse como paradigmáticos muchos sectores de la alta tecnología, como los del equipamiento médico y de telecomunicación, los cuales dependen en gran medida de la contratación pública ¹¹.

Los contratos públicos, conforme han ido apareciendo nuevas necesidades y aspiraciones en el seno de la sociedad, han sido utilizados por los poderes públicos no sólo como un medio para comprar bienes o servicios, y cumplir sus funciones más económicamente, sino también como instrumento privilegiado de intervención en la vida económica, política y social de los distintos países ¹².

Las prácticas proteccionistas en el sector de la contratación pública encuentran su explicación en muchos casos en razones estratégicas, en el estímulo del dinamismo productivo, en ayudar a la reconversión en ciertos sectores, en el apoyo del empleo en las industrias en declive, o como medio para favorecer el impulso económico de las regiones menos desarrolladas en los distintos países ¹³, para compensar a comunidades locales cercanas a industrias públicas ambientalmente perjudiciales, para apoyar a industrias nacientes de alta tecnología, etc..

¹⁰ MATTERA, A., *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento* (traducción al castellano por CORA ZAPICO LANDROVE), Civitas, Madrid, 1991, p. 386.

¹¹ MORO, D., “Liberalization of Public Contracts or European Public Tenders?”, *Journal of Regional Policy*, vol. 9, n. 4 (1989), p. 547.

¹² TURPIN, C., *Government Contracts*, Harmondsworth, 1972, cap. 9 y WEISS, F., “The law of public procurement in EFTA and the EEC; The legal framework and its implementation”, *Yearbook of European Law* 1987, págs. 59 y ss.

Véase también MATTERA, A., *El mercado único europeo...*, *op. cit.*, p. 386., y, del mismo autor, “Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des Etats”, *Revue du marché unique européen*, nº 3 (1993), págs. 5 y ss.

¹³ Véase, en este sentido, KILTY, B. y O’DULACHAIN, C., “Discrimination of Foreign Supplies in Public Contracts -The Irish Experience-”, en AAVV, *Effects of EC Law on the European Construction Industry*, International Bar Association, Londres, 1990, págs. 77 y ss.

Son también razones de las prácticas proteccionistas en los contratos públicos, como se deriva de los estudios encargados al respecto por la Comisión Europea, los obstáculos de orden psicológico, como la fuerza de los usos, la confianza en la fiabilidad de las producciones y técnicas nacionales, las relaciones de negocios, los vínculos financieros, razones de prestigio nacional, un cierto espíritu gremial y de solidaridad, las influencias, etc.. E incluso razones de comodidad o conservadurismo, en el sentido de no romper vínculos tradicionales con empresarios nacionales.

Pero, frente a estos argumentos, hay que hacer mención también a la otra parte presente en los contratos públicos, es decir, los empresarios que contratan con la Administración. Pues bien, ante las discriminaciones que frecuentemente se producen en las adjudicaciones de los contratos, las empresas suelen mostrarse remisas a llevar a los poderes adjudicadores a los tribunales nacionales e incluso a defender sus intereses ante dichos compradores públicos en el marco de procedimientos precontenciosos, por temor a perder la oportunidad de obtener contratos en el futuro.

Por otra parte, tampoco contribuye a fomentar la aplicación eficaz de las Directivas la falta de dinamismo de las empresas para presentarse como candidatos en licitaciones abiertas a la competencia en Estados miembros distintos del suyo. Aunque es preciso tener en cuenta que si bien la magnitud de algunos contratos puede incitar a competir a las grandes empresas, dotadas de capacidad económica y técnica adecuada, no es menos cierto que perjudica a las pequeñas y medianas empresas.

Además, otro factor distorsionante lo constituye la existencia de repartos del mercado, tácitos o regulados, en determinados sectores económicos.

En este sentido, resulta interesante comentar el supuesto planteado recientemente en España y resuelto por una Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 5 de junio de 2006 (recurso

590/2005). En el asunto se planteó la posible ilegalidad de un acuerdo celebrado entre determinadas empresas de transporte de enfermos en ambulancia. En la citada Resolución el Tribunal fue contundente al considerar que las empresas actuaron de forma contraria a derecho repartiéndose el mercado de la contratación pública:

“La infracción de la LDC por los Estatutos de la Agrupación se pone de manifiesto, en primer lugar, por la redacción de su artículo 20 que, bajo el título «Objeto», afirma: «El objeto de la Agrupación, auxiliar de las actividades que desarrollen los socios, será la contratación del servicio público de transporte de enfermos en ambulancia con las Administraciones Públicas u otras entidades privadas y su posterior distribución o reparto entre sus socios». Esta previsión demuestra que la Agrupación se constituye para obtener contratos con las Administraciones públicas, a través de los correspondientes procedimientos de adjudicación, así como con entidades privadas y, una vez captados, proceder a su reparto entre las empresas que la integran para su ejecución. De este modo evitan la competencia entre ellas en los referidos procedimientos de adjudicación, sustituyendo ese procedimiento selectivo por un reparto pactado de antemano.

Este objeto de la Agrupación se ve confirmado y desarrollado en el artículo 14 de sus Estatutos cuando afirma, bajo el título «Garantías», lo siguiente:

«Los socios tendrán derecho al trabajo, aun cuando no se adjudicase a la Agrupación la concesión del transporte, en el actual término de actuación del socio.

Sí se ganaran todas las concesiones, con respecto a la zona de la provincia de Orense, se obliga a respetar el trabajo entre los socios, en atención a su actual término de actuación.

Sí no fuesen adjudicadas alguna de esas concesiones, de tal manera que un socio con una zona de actuación actual quedara sin trabajo, se le garantizará de algún modo, que se dispondrá según las circunstancias de cada caso.

Sí se ampliasen las zonas de actuación por un mayor número de concesiones, el reparto sería equitativo con el trabajo actual o zonas actuales».

Con este pacto los miembros de la Agrupación están acordando la forma de distribuirse el trabajo de transporte en ambulancia en la provincia de Orense cuando se adjudican las concesiones e incluso cuando no se produce dicha adjudicación. Se prevé que cuando la adjudicación no es total se le reconozca el derecho al trabajo a la empresa miembro de la Agrupación en su término de actuación, que cuando se ganen todas las concesiones se garantice el trabajo en el término de actuación de cada empresa, que cuando alguno de los integrantes se quede sin trabajo por falta de adjudicación a la Agrupación se establezca un sistema de compensación y que cuando se amplíen zonas de actuación se repartan en proporción al trabajo actual o zonas actuales. Por lo tanto, el resultado de este acuerdo es que las empresas de ambulancias se van a repartir el trabajo adjudicado a través de los concursos administrativos sin competir entre ellas al presentarse a ellos y con independencia del resultado real y efectivo del propio concurso o procedimiento de adjudicación.

Este sistema de reparto del mercado de transporte en ambulancias en el territorio de Orense tiene una especial relevancia porque, tal como se afirma en el apartado 20, 30 y 40 de los Hechos Probados de esta Resolución la Agrupación de Ambulancias de Orense es adjudicataria de la mayoría de los servicios de transporte de enfermos en ambulancia. De modo que el resto de los servicios no adjudicados a la Agrupación se pueden calificar de residuales.

El acuerdo colusorio examinado se completa con las previsiones de los artículos 6, 7 y 10 de los Estatutos de la Agrupación. En estos artículos se establece que para ser socio de la Agrupación o para incorporarse a ella o para transmitir el derecho de socio es necesario que se adopte un acuerdo en la Asamblea por unanimidad, por lo que basta con que un miembro de la Agrupación esté en contra de una nueva incorporación o de una transmisión de la condición de socio para que no se pueda producir. La clara y patente acreditación de este extremo se encuentra en la situación padecida por el denunciante de este expediente, Ambulancias Xinzo S.L., que intentó en reiteradas ocasiones incorporarse a la Agrupación sin conseguirlo.

El acuerdo descrito es, en sí mismo, constitutivo de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia, suponiendo en particular lo previsto en el apartado c) de ese precepto, que se refiere al reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. Resulta incontestado que con lo pactado entre las empresas de ambulancias de Orense se pretende repartir entre ellas el trabajo que resulte de las contrataciones con las Administraciones públicas y con entes privados, con independencia en el primer caso del resultado de los procedimientos de adjudicación y utilizando como instrumento la constitución de una Agrupación de Interés Económico (AIE)”.

Un caso similar al que nos ocupa fue objeto de enjuiciamiento por parte del mismo Tribunal en su Resolución de 25 de octubre de 2000, que fue confirmada por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 14 de febrero de 2006. El caso consistió en que varias empresas constituyeron una Agrupación de Interés Económico para repartirse la ejecución de los servicios adjudicados por la Administración pública con independencia del resultado de los concursos a los que se presentaban individualmente aquéllas. Se trataba, por tanto, de supuestos análogos porque en ambos casos se repartía el trabajo procedente de las adjudicaciones de contratos de las Administraciones públicas, sin que el concurso cumpliera su función de asegurar la competencia entre las empresas que se presentan. Sobre esta cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo citada afirmó: “Pero, sin perjuicio de ello, no puede dejar de señalarse que los pactos estaban encaminados expresamente a repartirse de antemano la ejecución de un programa de gran relevancia en el mercado de programas sociales para la tercera edad sin competencia entre ellas y con exclusión de las restantes, lo que incide de manera clara e incontestable, al menos, en el reparto o compartimentación del mercado y en el mantenimiento o refuerzo de la posición de las empresas sancionadas en el mercado”.

VI.- Los Acuerdos y Tratados celebrados por la Unión Europea con Chile y México y sus previsiones sobre contratación pública.

1.- El Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Chile.

El Acuerdo de Asociación UE-Chile se firmó el 18 de noviembre de 2002 en Bruselas. Sus objetivos son establecer una Asociación política y económica entre las Partes basada en la reciprocidad, el interés común y la profundización de sus relaciones en todos los ámbitos de su aplicación.

Antes de llegar al Acuerdo hubo 10 Rondas de Negociaciones. La entrada en vigor parcial se produjo el 1 de febrero de 2003 (el Título IV Contratación Pública entró en vigor en este momento) la entrada en vigor plena se produjo el 1 de marzo de 2005.

El Acuerdo contempla un listado de exclusiones:

- a) Los contratos adjudicados en virtud de:
 - i) un acuerdo internacional destinado a la ejecución o explotación conjunta de un proyecto por las partes contratantes;
 - ii) un acuerdo internacional relacionado con el estacionamiento de tropas; y
 - iii) el procedimiento particular de una organización internacional;
- b) los acuerdos no contractuales o cualquier forma de asistencia y contratación pública realizada en el marco de programas de asistencia o cooperación;
- c) los contratos para:
 - i) la adquisición o arrendamiento de tierras, edificios existentes u otros bienes inmuebles o los derechos correspondientes;
 - ii) la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de material de programación por emisoras de radiodifusión y contratos de tiempos de emisión;
 - iii) servicios de arbitraje y conciliación;

- iv) contratos laborales; y
- v) servicios de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad remunere la totalidad del servicio; y
- d) los servicios financieros.

Cada Parte se asegurará de que las contrataciones públicas de sus entidades cubiertas por el Título del Acuerdo referido a la contratación pública se realicen de forma transparente, razonable y no discriminatoria, otorgando el mismo trato a los proveedores de cualquiera de las Partes y asegurando el principio de una competencia abierta y efectiva.

La tabla siguiente recapitula los umbrales a partir de los cuales las empresas chilenas tienen acceso a ese mercado público según el tipo de entidad y de acuerdo al tipo de compra. Es decir las empresas chilenas pueden participar solo cuando el valor de la compra de ese llamado supera el umbral indicado.

	Bienes	Servicios	Obras
Entidades a nivel central	130.000 DEG 2 153.196 €	130.000 DEG	5.000.000 DEG
Entidades a nivel sub-central y organismos de derecho público	200.000 DEG 235.687 €	200.000 DEG	5.000.000 DEG
Entidades que operan en el sector empresarial	400.000 DEG 471.374 €	400.000 DEG	5.000.000 DEG

1 US\$ equivale a 0.678866 DEG al día 22 de junio del 2006. El valor diario de un “Derecho Especial de Giro” se publica diariamente en el portal electrónico del FMI, www.imf.org/external/np/fin/rates/rms_sdrv.cfm

El término equivalente de los Derechos Especiales de Giro (DEG) en inglés es “Special Drawing Rights” (SDR)

El Acuerdo Chile - Unión Europea, (Título IV), determina que las empresas chilenas pueden participar en todo concurso de licitación como lo harían exactamente las empresas europeas, salvo determinadas excepciones estipuladas en el mismo documento: el ámbito de aplicación y cobertura del Título IV será aplicable a las leyes, reglamentos, prácticas o procedimientos relativos a toda contratación realizada

por las entidades de las Partes de mercancías y servicios, incluidas las obras públicas, a reserva de las condiciones especificadas por cada una de las Partes indicadas en los Anexos XI, XII y XIII del Acuerdo Chile–Unión Europea.

En cuanto a los procedimientos de licitación (artículo 143 del Acuerdo), son los siguientes:

1. Las entidades adjudicarán sus contratos públicos mediante procedimiento de licitación abierta o restringida, con arreglo a sus procedimientos nacionales, de conformidad con el presente Título y de manera no discriminatoria.

2. A los efectos del presente Título, se entenderá por:

a) procedimiento de licitación abierta, los procedimientos en los que pueda presentar una oferta cualquier proveedor interesado;

b) procedimientos de licitación restringida, los procedimientos en los que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 144 y otras disposiciones pertinentes del presente Título, sólo se invite a presentar ofertas a los proveedores que cumplan con los requisitos de calificación establecidos por las entidades.

3. No obstante, en casos específicos y sólo en las condiciones establecidas en el artículo 145, las entidades podrán recurrir a un procedimiento distinto de los procedimientos de licitación abierta o restringida a los que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, en cuyo caso las entidades podrán optar por no publicar un anuncio de la contratación pública prevista y podrán consultar a los proveedores de su elección y negociar los términos del contrato en cuestión con uno o varios de ellos.

4. Las entidades tratarán las ofertas de forma confidencial. En particular, no facilitarán información destinada a ayudar a participantes determinados a situar sus ofertas en el nivel de las de otros participantes.

En los procedimientos de licitación restringida, las entidades podrán limitar el número de proveedores cualificados a los que invitarán a presentar ofertas, de manera coherente con el funcionamiento eficiente del procedimiento de contratación, siempre que seleccionen al número máximo de proveedores nacionales y proveedores de la otra Parte y que lleven a cabo la selección de manera justa y no discriminatoria y en función de los criterios indicados en el anuncio de contratación pública o en los documentos de licitación.

Las entidades que mantengan listas permanentes de proveedores cualificados podrán seleccionar a proveedores incluidos en dichas listas a los que se invitará a presentar ofertas, en las condiciones previstas en el párrafo 7 del artículo 146. Cualquier selección deberá ofrecer oportunidades equitativas a los proveedores incluidos en las listas.

Otros procedimientos recoge el artículo 145. Siempre que el procedimiento de licitación, no se utilice para evitar la máxima competencia posible o proteger a proveedores nacionales, las entidades podrán adjudicar contratos mediante procedimientos distintos de la licitación abierta o restringida en las circunstancias y condiciones siguientes, cuando proceda:

- a) cuando no se hayan presentado ofertas o solicitudes de participación adecuadas en respuestas a un procedimiento de contratación pública anterior, a condición de que los requisitos del procedimiento de contratación pública inicial no se hayan modificado sustancialmente;
- b) cuando, por razones técnicas o artísticas o por cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos exclusivos, el contrato sólo pueda ser ejecutado por un determinado proveedor y no haya una alternativa o un sustituto razonable;
- c) cuando, por razones de extrema urgencia debida a acontecimientos imprevisibles para la entidad, los bienes o servicios no se pudieran obtener a tiempo mediante los procedimientos de licitación abierta o restringida;

d) para entregas adicionales de bienes o servicios por el proveedor original, si un cambio de proveedor obligase a la entidad a adquirir equipos o servicios que no cumplan los requisitos de compatibilidad con el equipo, el software o los servicios existentes;

e) cuando una entidad adquiera prototipos o un primer producto o servicio que se fabrique o provean a petición suya en el curso y para la ejecución de un determinado contrato de investigación, experimentación, estudio o desarrollo original;

f) cuando servicios adicionales no incluidos en el contrato inicial, pero sí en los objetivos de los documentos de licitación original, se consideren necesarios, por circunstancias imprevisibles, para completar los servicios allí descritos. En cualquier caso, el valor total de los contratos adjudicados para la presentación de servicios complementarios no podrá superar el 50% del importe del contrato principal;

g) para nuevos servicios consistentes en la repetición de servicios similares y para los que la entidad haya indicado en el anuncio correspondiente al servicio inicial que podrían utilizarse procedimientos de licitación distintos del procedimiento abierto o restringido para la adjudicación de contratos para esos nuevos servicios;

h) en el caso de contratos adjudicados al ganador de un concurso de diseño, siempre que este concurso se haya organizado de manera coherente con los principios del presente Título; en caso de haber varios candidatos ganadores, todos ellos deberán ser invitados a participar en las negociaciones; y

i) para bienes cotizados adquiridos en un mercado de materias primas y para compras de bienes realizadas en condiciones excepcionalmente ventajosas obtenidas exclusivamente a muy corto plazo en el caso de ventas inhabituales y no para adquisiciones de rutina de proveedores regulares.

Las Partes asegurarán que, siempre que las entidades tengan que recurrir a un procedimiento distinto de la licitación abierta o restringida en función de las circunstancias establecidas en el párrafo 1, dichas entidades deberán mantener un registro o preparar un informe escrito en el que se justifique específicamente la adjudicación del contrato en virtud de dicho párrafo.

Las condiciones para participar en un procedimiento de contratación pública deberán limitarse a las que sean esenciales para asegurar que el proveedor potencial tenga la capacidad de cumplir con los requisitos de la contratación pública y de ejecutar el contrato de que se trate.

En el proceso de calificación de los proveedores, las entidades no establecerán discriminación alguna entre proveedores nacionales y proveedores de la otra Parte.

Una Parte no podrá condicionar la participación de un proveedor en una contratación pública a que a dicho proveedor se le hayan adjudicado previamente uno o más contratos por una entidad de esa Parte o a que el proveedor tenga experiencia previa de trabajo en el territorio de esa Parte.

Las entidades reconocerán como proveedores cualificados a todos los proveedores que cumplan con los requisitos de participación en una contratación pública determinada. Las entidades basarán sus decisiones de calificación exclusivamente en los requisitos de participación que se hayan especificado por anticipado en los anuncios o documentos de licitación.

Las entidades podrán establecer listas permanentes de proveedores cualificados siempre que se respeten las normas siguientes:

- a) las entidades que establezcan listas permanentes asegurarán que los proveedores puedan solicitar la calificación en todo momento;

b) todo proveedor que haya solicitado convertirse en proveedor cualificado deberá ser informado por las entidades interesadas de la decisión adoptada al respecto;

c) a los proveedores que soliciten participar en una contratación pública proyectada y que no figuren en la lista permanente de proveedores cualificados se les dará la posibilidad de participar en dicha contratación pública mediante la presentación de los certificados y otros medios de prueba equivalentes solicitados a los proveedores que figuran en la lista;

d) cuando una entidad que opere en el sector de los servicios públicos utilice un anuncio sobre la existencia de una lista permanente como anuncio de una contratación pública prevista, como se dispone en el párrafo 7 del artículo 147, a los proveedores que soliciten participar y no figuren en la lista permanente de proveedores cualificados también se les tendrá en cuenta para dicho procedimiento, siempre que haya tenido tiempo suficiente para completar el proceso de calificación; en este caso, la entidad contratante iniciará sin demora los procedimientos de calificación, el proceso y el tiempo necesario para la calificación de los proveedores no se deberán utilizar para dejar fuera de la lista de proveedores a proveedores de la otra Parte.

2.- El TLC suscrito entre la Unión Europea y México.

El Tratado de Libre Comercio UE-México es un conjunto de reglas que los países miembros de la Unión Europea y México acuerdan para vender y comprar productos y servicios. También es un acuerdo que crea los mecanismos para dar solución a las diferencias que siempre surgen en las relaciones comerciales entre las naciones.

El 14 de julio de 1998 inició formalmente la negociación comercial con el establecimiento del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino. Del 30 de septiembre al 2 de octubre se realizó una reunión preparatoria en México para acordar el programa de trabajo y estructura de la negociación.

Se llevaron 9 rondas de negociación, el 25 de noviembre del 1999 concluyó la ronda de negociación del TLCUEM.

El TLCUEM fue enviado por el Ejecutivo Federal a la consideración del H. Senado de la República el 29 de febrero de 2000 como parte integrante del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre México y la Unión Europea. El Acuerdo fue aprobado el 20 de marzo de 2000.

El Título III del Tratado se dedica a las “Compras del Sector Público”, que no incluye: acuerdos no contractuales ni forma alguna de asistencia gubernamental, incluso acuerdos de cooperación, transferencias, préstamos, infusiones de capital, garantías, incentivos fiscales y abasto gubernamental de bienes y servicios otorgados a personas o a gobiernos estatales, provinciales y regionales; y la adquisición de servicios de agencias o depósitos fiscales, los servicios de liquidación y administración para instituciones financieras reglamentadas, ni los servicios de venta y distribución de deuda pública.

Se reconoce el principio de trato nacional y no discriminación: “en lo que respecta a todas las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativas a compras gubernamentales cubiertas por este título, cada Parte concederá de forma inmediata e incondicional a los productos, servicios y proveedores de la otra Parte, un trato no menos favorable que el otorgado a sus productos, servicios y proveedores nacionales”.

En lo que respecta a todas las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativas a compras gubernamentales cubiertas por este título, cada Parte se asegurará de que sus entidades no den a un proveedor establecido localmente un trato menos favorable que el otorgado a otro proveedor establecido localmente, en razón del grado de afiliación extranjera o propiedad de una persona de la otra Parte; y sus entidades no discriminen en contra de proveedores establecidos localmente en razón del país de producción del producto o servicio a suministrarse, siempre que el país de producción sea la otra Parte.

Estas disposiciones de los párrafos 1 y 2 no aplicarán a los aranceles aduaneros u otros cargos de cualquier tipo, impuestos o en conexión con la importación, al método de percepción de tales derechos y cargos, a los demás reglamentos y formalidades de importación, ni a las medidas que afectan al comercio de servicios, aparte de las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativas a las compras gubernamentales cubiertas en este título.

En lo que se refiere a las reglas y procedimientos de compras el acuerdo se remite a acuerdos preexistentes: México aplicará los procedimientos de compras establecidos en el TLCAN y la UE los procedimientos del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC. Para garantizar el respeto del principio de no discriminación, transparencia y eficacia se prevé la posibilidad para los proveedores de impugnar presuntas infracciones de la autoridad contratante, la obligación de las partes de intercambiar información (estadísticas anuales de compras, leyes y reglamentos relevantes; información adicional sobre adjudicación de contratos) y de cooperar a fin de garantizar que la información sobre compras gubernamentales (en particular sobre invitaciones a participar) sea comparable entre las dos partes en términos de calidad y accesibilidad.

En cuanto a las entidades públicas, el acuerdo se refiere, en lo que concierne México, a compras efectuadas por entidades del gobierno federal y empresas gubernamentales, mientras quedan excluidas las compras efectuadas por entidades del nivel sub-federal. Para la Unión Europea, están liberalizadas las compras efectuadas por entidades del gobierno central de la Comunidad Europea (Consejo de la UE y Comisión Europea) y de los Estados Miembros así como las empresas gubernamentales —excluido el nivel sub-central—. Estas entidades son las mismas incluidas en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (para la UE) y en el TLCAN (para México).

La apertura de las licitaciones a proveedores de la otra parte concierne contratos para la compra de bienes y servicios. Todos los bienes están cubiertos, con la única exclusión de las compras estratégicas

de la Secretaria de Defensa Nacional y Marina de México y de los Ministerios de Defensa de los Estados Miembros de la UE. Para servicios y servicios de construcción el acuerdo aplica a aquellos explícitamente listados por las partes (anexos VIII y IX).

México y la UE establecieron algunas excepciones a la liberalización de sus mercados de compras públicas. Así, por ejemplo, México se reservó el derecho de abrir gradualmente a los operadores europeos las compras efectuadas por PEMEX y la Comisión Federal de Electricidad, desde un 55% del valor total de los contratos anuales en el año 1 —desde la entrada en vigor del acuerdo— hasta el 100% a partir del año 8. Para el sector farmacéutico, la liberalización del sector de compras públicas de medicamentos que no estén patentados en México no aplicará hasta 2008.

Además de estas exclusiones transitorias, también se previeron exclusiones permanentes: así, para México, la disciplina de compras de Gobierno no aplica a los servicios públicos así como a los servicios de transporte (terrestre, marítimo, aéreo) de telecomunicaciones y postal etc.; para la UE están excluidas las compras efectuadas en el marco de programas de ayuda en beneficio de países terceros, compras de productos agrícolas en relación con programas de apoyo agrícola, compras efectuadas por las entidades centrales en conexión con actividades en los campos de agua potable, energía, transporte y telecomunicaciones, etc..

Finalmente, la obligación de otorgar a proveedores de la otra parte trato no menos favorable que el reconocido a proveedores nacionales sólo aplica a contratos que exceden ciertos valores, que para México coinciden con el valor actualizado de los umbrales establecidos en el TLCAN y para la UE con los vigentes en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC.

Se estableció un importante mecanismo de solución de controversias con procedimientos claros y expeditos, siendo la primera vez que la UE incorporaba estas disciplinas en un tratado comercial. Se concede prioridad a la conciliación (primero se celebrarán consultas, a través del

Comité Conjunto, el cual tomará una decisión en 30 días; sólo posteriormente se podrá solicitar el establecimiento de un panel arbitral, el cual seguirá un procedimiento ágil y transparente, y cuya decisión será obligatoria. Si la Parte demandada no cumple con esta decisión, la Parte afectada puede suspender beneficios equivalentes. Se conserva el derecho de apelar al mecanismo de solución de controversias previsto en la OMC).

3.- Otros acuerdos y TLC de la Unión Europea.

La Unión Europea tiene una red de acuerdos comerciales, de asociación y cooperación a través del mundo que van desde sus vecinos más próximos de Europa hasta sus socios más lejanos de Asia y el Pacífico.

Las relaciones más intensas las mantiene la UE con sus cuatro vecinos de Europa Occidental: Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein. Todos ellos son miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), han incorporado gran parte de la normativa comunitaria sobre el mercado interior y siguen otras políticas de la UE. Todos, salvo Suiza, participan junto a la UE en el Espacio Económico Europeo (EEE).

La Unión Europea y los países de los Balcanes Occidentales han creado un «proceso de estabilización y asociación» que –además de Croacia y la Antigua República Yugoslava de Macedonia– incluye a Albania, Bosnia y Herzegovina, Serbia y Montenegro. Mientras que el objetivo final es el ingreso futuro en la UE, a estos países se les han concedido libre acceso al mercado comunitario y reciben ayuda de la UE para programas nacionales de reforma. En una próxima fase podrán negociar «acuerdos de estabilización y asociación» con la Unión como los celebrados por Croacia y la Antigua República Yugoslava de Macedonia, antes de su eventual solicitud de ingreso en la Unión Europea.

Rusia, Ucrania, Moldova y la mayoría de los países del Cáucaso y Asia Central mantienen acuerdos comerciales, de cooperación política, protección del medio ambiente y cooperación en el ámbito

científico y cultural con la Unión. La UE está preparando con Rusia, su mayor vecino, un sistema completo de cooperación en numerosos sectores.

Estos países también se benefician del programa comunitario de ayuda Tacis, dotado con 3.140 millones de euros en el período 2000-2006. Este programa financia proyectos de reforma institucional, redes de infraestructura, desarrollo del sector privado, protección del medio ambiente y economía rural.

En virtud del «proceso de Barcelona», la UE se ha comprometido a crear una zona de libre comercio con sus vecinos mediterráneos en 2010. Dicha zona incluye a los países árabes del Mediterráneo Meridional y Oriental más Israel y los Territorios Palestinos. El comercio se está liberalizando entre la Unión y cada uno de sus socios mientras que estos últimos están tomando medidas para incrementar los intercambios entre ellos. Por ejemplo, en 2004, Egipto, Marruecos, Jordania y Túnez firmaron el Acuerdo de Agadir, que establece el libre comercio entre estos países.

En Oriente Medio, la UE ha negociado un acuerdo de libre comercio con los seis países del Consejo de Cooperación del Golfo (Bahrén, Kuwait, Omán, Qatar, Arabia Saudí y los Emiratos Árabes Unidos). La UE también está apoyando los esfuerzos de reconstrucción en Iraq.

La asociación transatlántica con los Estados Unidos es un elemento central de las relaciones exteriores de la UE. El comercio y la inversión fluyen a través del Atlántico a un ritmo de casi 1 000 millones de euros diarios. Washington ha apoyado desde hace tiempo la integración europea. La UE y los EE.UU. comparten muchos valores e intereses comunes, aunque a veces haya diferencias de énfasis y planteamiento entre ellos.

Dado el volumen de este comercio bilateral (los EE.UU. reciben el 25 % de las exportaciones de la UE y le envían el 20 % de sus importaciones).

En 2004, la UE lanzó con Canadá dos iniciativas innovadoras para profundizar en sus relaciones. Una es la creación de una agenda de asociación UE-Canadá para cooperar en cuestiones globales y la otra es la negociación de un nuevo acuerdo para incrementar el comercio y las inversiones entre las dos partes.

Aunque China y Japón son sus principales socios comerciales en Asia, la UE mantiene desde hace más tiempo relaciones con la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN). La relación empezó en 1972 y se formalizó en el acuerdo de cooperación de 1980. La ASEAN tomó la iniciativa de ampliar sus relaciones con la UE en el marco del proceso denominado ASEM (cumbre euroasiática), en el que también participan Japón, China y Corea del Sur. ASEM celebra una cumbre cada dos años.

En los últimos años, la UE ha intensificado sus relaciones con Japón. El plan de acción UE-Japón, adoptado en 2001, amplía los campos de cooperación bilateral más allá del comercio y la inversión para incluir asuntos políticos y culturales. Europa se ha convertido en la fuente principal de inversión directa extranjera en Japón y en el principal receptor de la inversión japonesa exterior, superando a los Estados Unidos y a China.

A medida que la UE y China han ido adquiriendo protagonismo político en la esfera mundial, sus relaciones han ganado en dinamismo en los últimos años y se han centrado más en el diálogo político, los acuerdos sectoriales y los intercambios institucionales. En el sector comercial, China es actualmente el segundo socio comercial de la UE fuera de Europa, por detrás de los Estados Unidos y por delante del Japón. La UE es una de las principales fuentes de inversión extranjera en China.

La UE es el principal socio comercial e inversor extranjero en la India. Desde la primera cumbre, celebrada en junio de 2000, las relaciones entre ambas partes han prosperado y hoy no sólo tratan de intercambios comerciales sino también de diálogo político, cumbres empresariales, cooperación cultural y proyectos comunes de investigación.

China y la India han decidido participar en Galileo, el sistema de navegación por satélite de la Unión Europea. Estos países asiáticos manifiestan así su voluntad de ir más allá de las meras relaciones comerciales con la Unión Europea.

El sistema Galileo, que será operativo en 2008, ofrecerá una alternativa concreta al sistema global de posicionamiento por satélites (GPS) de los EE.UU. Galileo se utilizará fundamentalmente para el posicionamiento de vehículos y otros modos de transporte, así como en la investigación científica, la ordenación del territorio y el control de las catástrofes. También tendrá aplicaciones en la administración que sólo serán accesibles para los Estados miembros de la Unión.

Por lo que se refiere a las relaciones con América Latina, la Unión Europea es el segundo socio comercial más importante de América Latina, su fuente principal de inversión extranjera directa y el primer donante de ayuda al desarrollo de la región.

Cada dos años, la UE y todos los países latinoamericanos y caribeños celebran una cumbre regional bilateral sobre un amplio abanico de temas políticos, económicos, científicos, tecnológicos, culturales y sociales. Hoy todos los países latinoamericanos, individualmente o en grupo, mantienen relaciones con la Unión a través de acuerdos comerciales, de asociación o de cooperación.

La UE ha negociado un acuerdo de asociación con Mercosur (Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay) que incluye la creación de una zona de libre cambio entre las dos regiones.

A finales de 2003, la UE celebró dos acuerdos de cooperación y diálogo político separados, uno con la Comunidad Andina y otro con América Central. El próximo paso será negociar acuerdos de asociación con ambas regiones.

Como hemos analizado, la Unión Europea tiene ya acuerdos de asociación (incluidos acuerdos de libre cambio) con México y Chile, firmados en 1997 y 2002, respectivamente.

VII.- Las relaciones entre la Unión Europea y América Latina.

Desde los años 60, la UE ha establecido y promovido vínculos con América Latina, aunque es desde la entrada en la Comunidad Europea de España y Portugal en 1986 cuando se empezaron a intensificar las relaciones.

Para facilitar la discusión de temas de interés común, los países de América Latina crearon, en 1986 (inicialmente con 6 miembros, en la actualidad con toda América Latina), un foro de consulta política llamado el Grupo de Río, que hoy en día es el principal interlocutor regional frente a terceros países o grupos de países como la Unión Europea. Las reuniones de alto nivel entre la UE y el Grupo de Río constituyen un foro de diálogo político y es uno de las principales plataformas de las relaciones entre estas dos regiones. La última Cumbre UE – Grupo de Río se realizó en Luxemburgo del 26 – 27 de mayo del 2005.

Desde 1990 se han intensificado las relaciones entre la Unión Europea y América Latina en los planos regional, subregional y bilateral (Mercosur, Comunidad Andina, Grupo de San José, Grupo de Río), por efecto de diversos factores positivos:

- Los progresos alcanzados por la región en democracia, derechos humanos, procesos de paz en el ámbito de la lucha contra la droga, etc..
- Una amplia convergencia de puntos de vista en una serie de temas primordiales (valores culturales, integración regional, seguridad y defensa, etc.).
- La voluntad común de intensificar los intercambios económicos y comerciales y de beneficiarse de oportunidades comerciales recíprocas.

La consolidación de estas relaciones tiene tres implicaciones: la instauración de un diálogo político permanente, las acciones de cooperación regional y el establecimiento de relaciones comerciales continuas y diferenciadas según las subregiones y los países.

La primera cumbre entre los Jefes de Estado de América Latina y el Caribe (ALC) y la UE se llevó a cabo en Río de Janeiro en junio de 1999. El objetivo de esta cumbre fue reforzar el entendimiento político, económico y cultural entre las regiones, para promover el desarrollo de un partenariado estratégico UE – ALC.

La segunda cumbre UE – ALC se realizó en Madrid del 17 – 18 de mayo del 2002, y enfatizó el progreso en los tres pilares principales de las relaciones: el diálogo político, relaciones económicas y financieras (inclusive comercio y capital), y cooperación en varias áreas.

Una tercera cumbre UE – ALC se llevó a cabo en Guadalajara (México) el 28 de mayo del 2004. En esta cumbre se logró establecer una línea común de políticas, enfocando en tres temas: cohesión social, multilateralismo e integración regional.

La cuarta cumbre UE – ALC fue en Viena (Austria) en mayo del 2006.

En la Cumbre de Viena el 12 de mayo de 2006, el Perú asume la Presidencia de los países de América Latina y el Caribe por un período de dos años hasta la próxima Cumbre Presidencial entre esta región y la Unión Europea que tuvo lugar en Lima en el 2008.

La cooperación de la UE hacia América Latina se define en una estrategia regional, elaborada por la Comisión Europea y aprobada por el Consejo de la Unión Europea. La estrategia vigente es la del período 2002 – 2006, pero una nueva estrategia para el período 2007 – 2013 está por aprobarse.

Para más información sobre las relaciones entre la Unión Europea y América Latina: http://europa.eu.int/comm/external_relations/latam/index.htm

Capítulo Cuarto: **La aplicación de los principios generales del tratado CE a todos los contratos públicos**

I.- La ausencia de previsiones específicas en el Tratado CE sobre la contratación pública.

En el capítulo primero hemos comprobado cómo el sector de la contratación pública tiene gran importancia económica y social en la Unión Europea y también cómo constituye una tendencia generalizada en todos los Estados miembros de la Unión el sustraer a los contratos públicos de la competencia comunitaria. En efecto, las cifras de los intercambios intracomunitarios en la materia, es decir, los contratos adjudicados por un Estado a empresas procedentes de otro Estado comunitario, representan porcentajes mínimos.

A pesar de esta trascendencia económica de los contratos públicos y de la importancia que su apertura a la libre competencia tiene para la consecución del mercado interior en la Comunidad, el Tratado originario de la Comunidad Económica Europea no contenía referencias explícitas sobre los mismos. El hecho no deja de producir extrañeza, si bien se comprende mejor al situarnos en los orígenes de las Comunidades Europeas, momento en que la trascendencia que posteriormente adquirió dicho sector era poco imaginable y en el que la complejidad de la materia y las considerables diferencias entre los distintos sistemas nacionales de contratación pública (en algunos países, por influencia francesa, se conocía la figura de los contratos administrativos, que se regían por sus propias reglas de Derecho administrativo, mientras que en otros Estados, la mayoría, en la contratación de las Administraciones Públicas se aplicaban las mismas normas que regían para los contratos entre particulares, es decir, las normas del Derecho civil) imposibilitaron llegar a un acuerdo.

Ni siquiera en las reformas posteriores del Tratado de la Comunidad Europea¹⁴ se han introducido previsiones específicas sobre la contratación pública, salvo el artículo 163 del Tratado que, tras fijar como objetivo de la Comunidad “fortalecer las bases científicas y tecnológicas de la industria europea y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional”, indica que ésta apoyará los esfuerzos de cooperación de las empresas, permitiéndoles la plena utilización de las potencialidades del mercado interior de la Comunidad, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional¹⁵.

Sin embargo, la falta de previsiones específicas en el Tratado de la Comunidad sobre la apertura de la contratación pública no ha tenido mayor importancia, puesto que los grandes principios inspiradores del Tratado de la Comunidad Europea son enteramente aplicables a la contratación pública, como ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas ocasiones.

¹⁴ Las principales reformas del Tratado de Roma de 1957, texto fundamental cuyo valor en el Derecho comunitario es equivalente al de las Constituciones en los Derechos nacionales, han sido las llevadas a cabo a través del Acta Única Europea de 1986, del Tratado de la Unión Europea de 1992 (también conocido como Tratado de Maastricht), del Tratado de Ámsterdam de 1997 y del Tratado de Niza de 2001.

¹⁵ Artículo 163 Tratado de Roma (antiguo artículo 130 F):

“1. La Comunidad tiene como objetivo fortalecer las bases científicas y tecnológicas de su industria y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional, así como fomentar todas las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos del presente Tratado.

2. A tal fin, la Comunidad estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación fijándose, en especial, como objetivo, permitir a las empresas la plena utilización de las potencialidades del mercado interior, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación.

3. Todas las acciones de la Comunidad que se realicen en virtud del presente Tratado, incluidas las acciones de demostración, en el ámbito de la investigación y del desarrollo tecnológico se decidirán y se ejecutarán de conformidad con lo dispuesto en el presente título”.

II.- Los principios generales de la contratación pública como imprescindible elemento unificador del Derecho público de los contratos. Su reconocimiento en el ordenamiento jurídico comunitario.

Los principios generales de la contratación pública se presentan como un necesario elemento unificador que aporta claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho comunitario europeo de los contratos. Como podrá comprobarse a continuación –y hemos analizado en las lecciones 2 y 3–, estos principios, basados en reglas comunitarias de naturaleza constitucional –recogidas en el Tratado de la Comunidad Europea y en el Proyecto de Constitución Europea– son hoy el fundamento de todo el Derecho público sobre contratos de las Administraciones.

En una lúcida doctrina, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha destacado que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado (el artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE fija el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos)¹⁶, sino también a todos los

¹⁶ Reza así el citado precepto: “La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos que no estén excluidos en virtud de las excepciones previstas en los artículos 10 y 11 y en los artículos 12 a 18 y cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

a) 162 000 EUR, respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios distintos de los contemplados en el tercer guión de la letra b) adjudicados por los poderes adjudicadores que sean una de las autoridades gubernamentales centrales que figuran en el anexo IV; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por dichos poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, la presente disposición sólo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo V;

b) 249 000 EUR

– respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores distintos de los contemplados en el anexo IV;

– respecto de los contratos públicos de suministro adjudicados por los poderes adjudicadores mencionados en el anexo IV y que operen en el sector de la defensa, cuando dichos contratos tengan por objeto productos distintos de los contemplados en el anexo V;

– respecto de los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador y que tengan por objeto servicios de la categoría 8 del anexo II A, servicios de telecomunicaciones de la categoría 5 cuyas posiciones en el CPV sean equivalentes a los números de referencia CPC 7524, 7525 y 7526 y/o servicios que figuren en el anexo II B.

c) 6 242 000 EUR, respecto de los contratos públicos de obras”.

contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal.

Así, el Tribunal europeo, tras comprobar cómo las Directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, “a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado”¹⁷. La sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, *Parking Brixen GMBH*, resulta muy ilustrativa cuando concluye que “pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”.

En la Sentencia *Parking Brixen GMBH* se analiza por el Tribunal europeo si la adjudicación de la gestión de unos aparcamientos públicos de pago constituye un contrato público de servicios o bien una concesión de servicios públicos a la que deben aplicarse las normas de la competencia, en particular la obligación de igualdad de trato y de transparencia. Una vez decidida por el Tribunal que se trataba de una concesión de servicios relativa a la gestión de un servicio público local (en el contrato en cuestión la retribución del prestador de servicios no procedía de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de

¹⁷ Sentencia *CEI y Bellini*, de 9 de julio de 1987, Asuntos 27 a 29/86, Rec. 1987, F.J. 15, p. 3373. Véanse también las sentencias de 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria y Telefonadress*, C 324/98, Rec. p. I 10745, apartado 60, y de 21 de julio de 2005, *Coname*, C 231/03, Rec. p. I 0000, apartado 16.

retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos¹⁸), se estudió por el Tribunal si la adjudicación de la misma sin licitación pública previa era compatible con el Derecho comunitario, en particular con los principios de libre prestación de servicios, libre competencia y prohibición de discriminación y las consecuentes obligaciones de igualdad de trato y de transparencia, así como con el principio de proporcionalidad, en caso de que recayese en una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de un municipio, dándose la circunstancia de que el capital social de dicha sociedad anónima pertenecía en su totalidad al municipio en el momento de la adjudicación. Pues bien, para el máximo intérprete del Derecho comunitario europeo:

“El artículo 12 CE proclama la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad. Entre las disposiciones del Tratado aplicables más específicamente a las concesiones de servicios públicos cabe destacar, en particular, el artículo 43 CE, cuyo primer párrafo prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, y el artículo 49 CE, conforme a cuyo primer párrafo quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los artículos 43 CE y 49 CE constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato (véase la sentencia de 5 de diciembre de

¹⁸ En este sentido, el artículo 1, apartado 4, 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 (que no resultaba de aplicación cuando se produjeron los hechos del caso de autos), establece que la «“concesión de servicios” es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

1989, Comisión/Italia, C 3/88, Rec. p. 4035, apartado 8). La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad constituye igualmente una expresión específica del principio general de igualdad de trato (véase la sentencia de 8 de octubre 1980, *Überschär*, 810/79, Rec. p. 2747, apartado 16). En la jurisprudencia relativa a las directivas comunitarias en materia de contratación pública, el Tribunal de Justicia ha precisado que el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad (véase en este sentido la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C 87/94, Rec. p. I 2043, apartados 33 y 54). De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad.

Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en este sentido la sentencia *Teleaustria y Telefonadress*, antes citada, apartados 61 y 62).

Corresponde a la autoridad pública concedente apreciar, bajo el control de los tribunales competentes, la adecuación de las modalidades de licitación a las particularidades de cada concesión de servicios públicos. Sin embargo, la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos como la que es objeto del caso de autos no responde a los requisitos de los artículos 43 CE y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Además, el artículo 86 CE, apartado 1, establece que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 CE y 81 CE a 89 CE, ambos inclusive.

De lo anterior se desprende que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia” (fundamentos jurídicos 47 a 52).

Como es conocido, en nuestros días se aprecia una notable aproximación en la regulación jurídica de los contratos públicos en los diferentes ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea, impulsada por la aprobación de toda una serie de Directivas comunitarias sobre los contratos de obras, suministros y servicios, y sobre procedimientos de recurso en la adjudicación de los contratos. Pues bien, con estas normas comunitarias se pretende garantizar el respeto en la contratación pública de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, los cuales, en mayor o menor medida según los países y el momento político, económico y social, se han visto con frecuencia seriamente comprometidos. En consecuencia, en los países miembros de la Unión lo que persigue como objetivo básico la normativa sobre contratación pública es asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. El motivo de ello es claro: al elaborar las Directivas comunitarias sobre contratos se pretende conseguir un marco común apropiado para todos los Estados. Y esos Estados parten de situaciones completamente diversas: en algunos países se conoce la figura de los contratos administrativos (España, Francia, Bélgica), pero en la mayoría de ellos no (Gran Bretaña, Alemania). En éstos, los contratos que celebra la Administración no difieren para nada de los contratos

privados. Los valores a defender por la legislación sobre contratos son los de transparencia, no discriminación y objetividad ¹⁹.

Las Directivas sobre contratos públicos recogen de forma destacada estos principios generales aplicables en la adjudicación de los contratos ²⁰. Así, la Directiva 2004/18/CE, sobre contratos del sector público, establece en su artículo 2 que “los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia”. Por su parte, la Directiva 2004/17/CE, sobre contratos en los sectores especiales, señala en su artículo 10 que “las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán con transparencia”.

III.- Los principios de Derecho originario europeo aplicables a la contratación administrativa: la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y las normas sobre la competencia.

La decisiva jurisprudencia del TJCE a la que anteriormente se hacía referencia ha interpretado las normas comunitarias y ha declarado plenamente aplicables a la contratación pública varios de los preceptos angulares del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ²¹.

¹⁹ PIÑAR MAÑAS, J.L.: «El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 50.

²⁰ Acerca de las nuevas Directivas, puede verse FERNÁNDEZ GARCÍA, Y., “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo”, *RAP* 166 (2005), págs. 281 y ss.; PIGNON, S., “Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation de marchés publics”, *Actualité Juridique-Droit Administratif* n° 26 (2004), págs. 1410 y ss.; y URÍA FERNÁNDEZ, F., “Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas”, *RAP* 165 (2004), págs. 300 y ss.;

²¹ Véase MICHEL, N., “La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence”, *Revue du Marché Unique Européen*, n° 3 (1994), págs. 135 y ss.

El Tribunal ha enjuiciado, sobre la base de los parámetros del Tratado, supuestos de prácticas nacionales de contratación que no estaban sujetas a las Directivas sobre contratos públicos²². Por ejemplo, en el Asunto 45/87, Comisión contra Irlanda, se le planteó al Tribunal la aplicación de la Directiva 71/305 a un contrato público de obras adjudicado por un servicio público de distribución de agua —por tanto, era un contrato público en uno de los denominados “sectores excluidos”—²³. El Tribunal, tras declarar que dicho contrato quedaba claramente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (de acuerdo con el tenor del artículo 3.5 de la misma), aplicó, sin embargo, al supuesto en cuestión el artículo 28 del Tratado CE (libre circulación de mercancías), de forma que zanjó el litigio declarando que Irlanda había incumplido sus obligaciones derivadas del Tratado al permitir la inclusión, en el anuncio de licitación del contrato, de una cláusula que discriminaba a todos aquellos participantes que no fuesen a utilizar materiales irlandeses²⁴. A su vez, en el Asunto C-3/88, Comisión contra Italia, en el que se discutía sobre una normativa italiana que reservaba únicamente a las sociedades en que el Estado tuviera una participación mayoritaria la posibilidad de celebrar convenios en materia de realización de sistemas informáticos por cuenta de la Administración Pública, el Tribunal, antes de plantearse la posible violación de la Directiva 77/62/CEE, apreció que, con dicha normativa, Italia incumplía las obligaciones que le incumben en

²² Un análisis detallado de esta jurisprudencia comunitaria, así como, en general, del Derecho comunitario de la contratación pública y su influencia sobre el ordenamiento jurídico español puede encontrarse en MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mc-Graw Hill, Madrid, 1996 y *Nuevo régimen de la contratación administrativa. Comentarios al RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2000.

²³ Los contratos en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones no han sido objeto de regulación comunitaria hasta la aprobación de la Directiva 90/531/CEE, de 17 de septiembre de 1990, posteriormente sustituida por la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993 y más tarde por 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.

²⁴ Sentencia de 22 de septiembre de 1988, Rec. 1988, págs. 4929 y ss. La empresa que había resultado discriminada en el procedimiento de adjudicación del contrato era la empresa española Uralita, en cuya oferta, que era la mejor desde el punto de vista económico, se proponía la utilización de materiales fabricados en España.

virtud de los artículos 43 y 49 del Tratado CE (que establecen el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios) ²⁵.

Asimismo, el Tribunal ha insistido en la necesidad de que las Directivas sobre contratos públicos se interpreten de manera conforme con los principios del Tratado ²⁶. Así, en el Asunto Du Pont de Nemours (C-21/88), el Tribunal declaró que el artículo 30 del Tratado CEE se opone a una normativa nacional que reserve a las empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional un porcentaje de los contratos públicos de suministro. Sin embargo, el Gobierno italiano había alegado el artículo 26 de la Directiva 77/62, que podía amparar dicha normativa. Frente a ello, el Tribunal señaló que no se puede interpretar la Directiva en el sentido de que autoriza la aplicación de una legislación nacional cuyas disposiciones infrinjan las del Tratado ²⁷.

Entre los principios del Tratado de la Comunidad Europea aplicables a la contratación pública sobresale, en primer lugar, la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 12 del Tratado). Esta exigencia es considerada por el Tribunal como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia de 22-6-1993, asunto C-243/89).

Según reiterada jurisprudencia europea, el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que ese trato esté justificado objetivamente ²⁸. Como recuerda el alto Tribunal europeo, el principio general de la igualdad

²⁵ Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Rec. 1989, F.J. 6 a 16, págs. 4035 y ss.

²⁶ Sentencia de 20 de marzo de 1990, Rec. 1990, F.J. 16 a 18, págs. I-889 y ss. Véase al respecto VAN GERVEN y GILLIAMS, "La aplicación en los Estados miembros de las Directivas sobre contratos públicos", *Gaceta Jurídica de la CEE*, nº 96 (1991), p. 309 (traducción al español del "Rapport général", cuya versión original se encuentra en *FIDE*, 14 Congrès, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, págs. 333 y ss.).

²⁷ Sentencia de 20 de marzo de 1990, Rec. 1990, F.J. 16 a 18, págs. I-889 y ss.

²⁸ Sentencia TJCE de 14 de diciembre de 2004, Arnold André, C 434/02, Rec. p. I 0000, apartado 68.

de trato, del cual la prohibición de discriminar a alguien por su nacionalidad no es sino una expresión específica, es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario ²⁹. Además, el Tribunal ha precisado que el principio de igualdad de trato prohíbe no sólo “las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad (...), sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado” ³⁰.

En la Sentencia *Storebaelt*, el Tribunal tuvo ocasión de precisar el alcance del principio de igualdad de trato en cuestiones de contratación pública, al afirmar, por un lado, que el cumplimiento del principio de igualdad exige que todas las proposiciones sean conformes a las prescripciones del pliego de condiciones con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas ³¹ y, por el otro, que, cuando una entidad adjudicadora toma en consideración una modificación introducida en las ofertas iniciales de un solo licitador, este último goza de una ventaja sobre sus competidores, lo que viola el principio de igualdad de trato de los licitadores y menoscaba la transparencia del procedimiento ³². El Tribunal concluyó que “el procedimiento de comparación de las ofertas debía respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispusieran de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas” ³³. El Tribunal precisó pues en esta jurisprudencia sobre la aplicación de las directivas que el principio de igualdad

²⁹ Sentencia TJCE de 8 de octubre de 1980 en el asunto 810/79, *Überschär*.

³⁰ Sentencia TJCE de 13 de julio de 1993 en el asunto C-330/91, *Commerzbank*. Véase también la Sentencia de 3 de febrero de 1982, asuntos acumulados 62 y 63/81, *Secco y Desquenne*.

³¹ Sentencia de 22 de junio de 1993 en el asunto C-243/89, *Storebaelt*, apartado 37. Véase también la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1998, T-203/96, *Embassy Limousines and Services*.

³² Para un análisis de los procedimientos de adjudicación de los contratos, véase el excelente trabajo de GIMENO FELIÚ J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003.

³³ Sentencia de 25 de abril de 1996 en el asunto 87/94, *Bus Wallons*.

de trato entre licitadores no depende de una posible discriminación por motivos de nacionalidad u otros criterios de distinción.

En un asunto más reciente, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión ha aplicado también con lucidez el principio de igualdad de trato. En concreto, en la Sentencia del TPI de 17 de marzo de 2005 (asunto T-160/03), resolvió el Tribunal una demanda de indemnización del perjuicio supuestamente sufrido como consecuencia de irregularidades en el procedimiento de licitación de un proyecto financiado por el programa TACIS («Proyecto FDRUS 9902 – Agricultural extension services in South Russia»). El contrato en cuestión se adjudicó a una empresa uno de cuyos responsables participó en la evaluación y selección de las ofertas en la licitación.

La dura sentencia del Tribunal contra la Comisión Europea realiza un completo análisis del desarrollo del procedimiento de licitación y concluye que en el desarrollo del mismo no se respetó el principio de igualdad de trato de los licitadores, principio que responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos y es el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia de 22-6-1993, asunto C-243/89). No cabe duda para el Tribunal de que este principio de igualdad, la búsqueda de una buena gestión financiera de los fondos comunitarios y la prevención del fraude hacen que sea muy criticable que se adjudique un contrato a una empresa cuyo responsable ha participado en la evaluación y selección de las ofertas en la licitación, supuesto que está perseguido por el Derecho penal de varios Estados miembros (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 1999, *Ismeri Europa/Tribunal de Cuentas*, T 277/97, Rec. p. II 1825, apartado 112).

Tras descubrir un conflicto de intereses entre un miembro del comité de evaluación y uno de los licitadores, incumbía a la Comisión preparar y adoptar, con toda la diligencia debida y basándose en todos los datos pertinentes, su decisión sobre el desarrollo del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate. Dicha obligación se derivaba de los principios de buena administración y de igualdad de

trato. La Comisión está obligada, en efecto, a velar en cada fase de un procedimiento de licitación por el respeto de la igualdad de trato y, en consecuencia, por la igualdad de oportunidades entre todos los licitadores (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, Rec. p. I 0000, apartado 108, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de febrero de 2000, ADT Projekt/Comisión, T 145/98, Rec. p. II 387, apartado 164).

Sin embargo, en el asunto comentado la Administración contratante (la Comisión), tras descubrir un conflicto de intereses entre un miembro del comité de evaluación y uno de los licitadores, no adoptó con diligencia medidas inmediatas. Se violaron así los principios de buena administración y de igualdad de trato (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1999, New Europe Consulting y Brown/Comisión, T 231/97, Rec. p. II 2403, apartado 41).

Ya en su decisión de 22 de abril de 2002 (decisión 834/2001/GG), el Defensor del Pueblo Europeo había advertido que “según las buenas prácticas administrativas, en los procedimientos de licitación la Administración debe atenerse a las normas establecidas para tales procedimientos. Por ello, el Defensor del Pueblo considera que, al permitir a los participantes en la licitación incluir los honorarios de expertos dentro de los gastos reembolsables, la Comisión no se atuvo a las reglas aplicables a la licitación ni al objetivo perseguido por dichas reglas. Ello constituye un caso de mala administración”.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de octubre de 2001 (asuntos acumulados C-19/00), el Tribunal analizó las posibilidades de resolución de un concurso para adjudicar un contrato público de obras, en el que la entidad contratante había especificado que, “con arreglo a los criterios de adjudicación (distintos del precio), el contrato será adjudicado al licitador competente que haya presentado la oferta que se considere más ventajosa para la [entidad adjudicadora] en términos de coste y de calidad técnica” y

cuando los tres licitadores que han presentado las ofertas más bajas son contratistas de competencia notoria y han presentado ofertas de reconocida calidad técnica y cuando los precios de los tres licitadores más económicos no presentan diferencias sustanciales. En estos casos, ¿está obligada la entidad adjudicadora a adjudicar el contrato al empresario que haya ofertado el precio más bajo o, por el contrario, está facultada la entidad adjudicadora para adjudicar el contrato al licitador que haya presentado la oferta con el segundo precio más bajo sobre la base del dictamen profesional de su ingeniero-asesor, que señala que el coste final del contrato para la entidad adjudicadora será probablemente menor si el contrato se adjudica al licitador que ha ofertado el segundo precio más bajo que si el contrato se adjudica al licitador que ha ofertado el precio más bajo?

Para el TJCE, “los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54). (...) Resultaría incompatible con el artículo 29 de la Directiva 71/305 en su versión modificada un criterio de adjudicación en la medida en que implicase la atribución a la entidad adjudicadora de una libertad incondicional de elección para la adjudicación a un licitador del contrato de que se trate. La mera circunstancia de que un criterio de adjudicación verse sobre un dato que sólo se conocerá con precisión después de la adjudicación del contrato no puede interpretarse en el sentido de que confiere a la entidad adjudicadora dicha libertad incondicional”.

Otro principio importante que el Tribunal de Luxemburgo ha aplicado con firmeza en el ámbito de la contratación pública es el de la libre circulación de mercancías (artículo 28 del TCE)³⁴. La libertad de circulación de mercancías constituye el principal título habilitador de la intervención comunitaria en el campo de la contratación pública y, por

³⁴ Véase la STJCE de 20-3-1990, C-21/88.

consiguiente, es un obligado punto de referencia para la interpretación de las legislaciones, tanto nacionales como comunitaria, sobre la materia, así como para la integración de sus lagunas e insuficiencias.

Como se señaló anteriormente, también son de aplicación en el ámbito de la contratación pública el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad (artículos 43 y siguientes del TCE). Estos preceptos, según el Tribunal de Luxemburgo, obligan a eliminar no sólo las discriminaciones ostensibles, en razón de la nacionalidad, sino también cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (STJCE de 5-12-1989, C-3/88). En este asunto se cuestionó por la Comisión ante el Tribunal la adecuación al Tratado de determinadas normas de un Estado miembro (Italia) que reservaban a sociedades de cuyo capital es único titular el sector público o en las que éste posee una participación pública mayoritaria algunos contratos públicos de suministros en el sector de la informática. El Tribunal, en su sentencia, recordó su jurisprudencia que, en base a los artículos 43 y siguientes del Tratado, a los que considera una expresión particular del principio de igualdad de trato del artículo 7, prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles sino también las encubiertas, y la aplicó al caso concreto ya que: “(...) las Leyes y Decretos-Leyes controvertidos, aunque indistintamente aplicables a cualquier sociedad italiana o extranjera, favorecen principalmente a sociedades italianas (...)”.

En la sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen GMBH*, el TJCE concluyó que la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos no respondía a los requisitos de los artículos 43 CE y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

El Tribunal ha subrayado además la importancia de los principios y normas que se derivan del Tratado y ha precisado, en particular, que las directivas de contratación pública tienen por objeto, por una parte, «facilitar la realización en el interior de la Comunidad de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios» y, por

otra parte, «garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras y de suministros»³⁵.

Junto a los anteriores preceptos, desarrollan asimismo una importante función en el campo de los contratos públicos las normas sobre la competencia, principalmente la prohibición de acuerdos contrarios a la competencia y de abuso de posiciones dominantes.

El régimen que se deriva para los contratos públicos de las disposiciones pertinentes del Tratado de la Comunidad puede resumirse en las obligaciones siguientes: fijación de las normas aplicables a la selección del contratista de la Administración, publicidad adecuada relativa a la intención de otorgar un contrato y a las normas que rigen la selección para permitir un control de la imparcialidad a lo largo de todo el procedimiento, convocatoria real de los operadores potencialmente interesados o con capacidad para garantizar el cumplimiento de las tareas en cuestión, respeto del principio de igualdad de trato de la totalidad de los participantes a lo largo de todo el procedimiento y adjudicación con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios³⁶.

En definitiva, la jurisprudencia del alto Tribunal Europeo que ha aplicado los grandes principios de Tratado a los contratos públicos ha tenido decisivos efectos para el respeto de los principios de publicidad, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos por las distintas Administraciones públicas europeas.

³⁵ Sentencias de 10 de marzo de 1987, en el asunto 199/85: Comisión contra Italia, y de 17 de noviembre de 1993 en el asunto 71/92: Comisión contra España.

³⁶ Véase el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final].

Capítulo Quinto: Desarrollo y evolución de la normativa comunitaria europea sobre contratos públicos

I.- La ausencia de previsiones específicas en el Tratado CE sobre la contratación pública.

El sector de la contratación pública tiene gran importancia económica y social en la Unión Europea, pero lamentablemente constituye una tendencia generalizada en todos los Estados miembros de la Unión el sustraer a los contratos públicos de la competencia comunitaria. En efecto, las cifras de los intercambios intracomunitarios en la materia, es decir, los contratos adjudicados por un Estado a empresas procedentes de otro Estado comunitario, representan porcentajes mínimos.

A pesar de esta trascendencia económica de los contratos públicos y de la importancia que su apertura a la libre competencia tiene para la consecución del mercado interior en la Comunidad, el Tratado originario de la Comunidad Económica Europea no contenía referencias explícitas sobre los mismos. El hecho no deja de producir extrañeza, si bien se comprende mejor al situarnos en los orígenes de las Comunidades Europeas, momento en que la trascendencia que posteriormente adquirió dicho sector era poco imaginable y en el que la complejidad de la materia y las considerables diferencias entre los distintos sistemas nacionales de contratación pública (en algunos países, por influencia francesa, se conocía la figura de los contratos administrativos, que se regían por sus propias reglas de Derecho administrativo, mientras que en otros Estados, la mayoría, en la contratación de las Administraciones Públicas se aplicaban las mismas normas que regían para los contratos entre particulares, es decir, las normas del Derecho civil) imposibilitaron llegar a un acuerdo.

Ni siquiera en las reformas posteriores del Tratado de la Comunidad Europea ³⁷ se han introducido previsiones específicas sobre la contratación pública, salvo el artículo 163 del Tratado que, tras fijar como objetivo de la Comunidad “fortalecer las bases científicas y tecnológicas de la industria europea y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional”, indica que ésta apoyará los esfuerzos de cooperación de las empresas, permitiéndoles la plena utilización de las potencialidades del mercado interior de la Comunidad, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional ³⁸.

Sin embargo, la falta de previsiones específicas en el Tratado de la Comunidad sobre la apertura de la contratación pública no ha tenido mayor importancia, puesto que los grandes principios inspiradores del Tratado de la Comunidad Europea son enteramente aplicables a la contratación pública, como ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas ocasiones. Entre estos principios destacan la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y las normas sobre la competencia.

³⁷ Las principales reformas del Tratado de Roma de 1957, texto fundamental cuyo valor en el Derecho comunitario es equivalente al de las Constituciones en los Derechos nacionales, han sido las llevadas a cabo a través del Acta Única Europea de 1986, del Tratado de la Unión Europea de 1992 (también conocido como Tratado de Maastricht), del Tratado de Ámsterdam de 1997 y del Tratado de Niza de 2001.

³⁸ Artículo 163 Tratado de Roma (antiguo artículo 130 F):

“1. La Comunidad tiene como objetivo fortalecer las bases científicas y tecnológicas de su industria y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional, así como fomentar todas las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos del presente Tratado.

2. A tal fin, la Comunidad estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación fijándose, en especial, como objetivo, permitir a las empresas la plena utilización de las potencialidades del mercado interior, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación.

3. Todas las acciones de la Comunidad que se realicen en virtud del presente Tratado, incluidas las acciones de demostración, en el ámbito de la investigación y del desarrollo tecnológico se decidirán y se ejecutarán de conformidad con lo dispuesto en el presente título”.

II.- Las primeras Directivas sobre la materia. Razones del incumplimiento generalizado de sus disposiciones.

Pese a la vigencia en el ámbito de la contratación pública de los preceptos del Tratado que establecen las grandes libertades comunitarias, las instituciones comunitarias eran conscientes de la necesidad de adoptar unas medidas de carácter positivo que aseguraran unas condiciones fundamentales de igualdad para la participación en los contratos públicos en todos los Estados miembros y una transparencia de los procedimientos de adjudicación de dichos contratos, de forma que se pudiera velar mejor por la observancia de los principios establecidos en el Tratado de la Comunidad Europea.

Se plantearon entonces varias opciones o proposiciones para intentar eliminar las discriminaciones en la contratación pública en los distintos Estados de la Comunidad. Finalmente, el modelo por el que se optó, esto es, adoptar una directiva para los contratos públicos de obras y otra para los contratos públicos de suministro, es de inspiración alemana. En efecto, en este ordenamiento existía una reglamentación, principalmente referida a la fase de formación de los contratos, separada para los contratos de obras y de suministros. En otros países, como España o Francia, existe tradición de una sola norma legal que regula con carácter general toda la contratación de las Administraciones Públicas (en España la Ley de Contratos del Estado de 1965, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y la Ley de Contratos del Sector Público de 2007).

Surgieron así las Directivas del Consejo 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministro, respectivamente. El objetivo de estas Directivas era coordinar los procedimientos nacionales de formalización de los contratos públicos, introduciendo en ellos un mínimo de normas comunes, que debían ser cumplidas en todos los procedimientos de adjudicación a los que fuesen aplicables. Principalmente, estas normas comunes pretendían garantizar una publicidad comunitaria suficiente para el de-

sarrollo de una competencia efectiva entre los operadores económicos de todos los Estados miembros, prohibir las especificaciones técnicas que tuviesen un efecto discriminatorio y, por último, aplicar criterios objetivos de participación y de adjudicación de los contratos.

Sin embargo, desde los primeros momentos a partir de su aprobación, las Directivas sobre contratos públicos, tanto la de “obras” como la de “suministros”, empezaron a ser sistemáticamente incumplidas en los distintos Estados miembros de la Comunidad.

En parte, esta circunstancia se basó en la crítica situación económica mundial que se vivió a comienzos de los años setenta, motivada sobre todo por la crisis del petróleo. En el ámbito de la contratación pública, la crisis económica dio lugar a que los distintos Gobiernos protegieran a sus debilitadas empresas nacionales frente a las empresas extranjeras. Por otra parte, las Directivas sobre contratos públicos de los años 70 presentaban serias carencias técnicas, aparte de que excluían de su ámbito de aplicación importantes sectores (producción, distribución y transporte de agua y energía, transportes y telecomunicaciones).

III.- La “segunda generación” de Directivas y sus sucesivas reformas.

Será a partir del año 1985, con la aprobación del “Libro Blanco” de la Comisión para la consecución del mercado interior (fuertemente impulsado por el presidente de la Comisión Europea el francés J.DELORS) y la entrada en vigor, el 1 de julio de 1987, del Acta Única Europea, cuando se dé un decisivo paso adelante de cara a la apertura a la libre concurrencia de la contratación pública comunitaria. Desde este momento, la Comunidad adoptó, con la vista puesta en el horizonte del gran mercado único de 1992, numerosas medidas encaminadas a potenciar los principios de no discriminación, transparencia, objetividad y publicidad en la preparación y adjudicación de los contratos públicos.

La labor normativa del Consejo desarrollando el “Libro Blanco” comenzó con la reforma, en 1988 y 1989, de las Directivas clásicas sobre los contratos de suministros y obras. Posteriormente vieron la luz la Directiva 90/531, sobre los contratos en el ámbito de los sectores anteriormente excluidos (es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones), y la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios.

Ya en los años 90, en aras de una mayor racionalidad y claridad, el Consejo aprobó en 1993 una serie de Directivas que refunden aquellas Directivas con sus posteriores modificaciones. Estos nuevos textos codificados son las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre contratos de suministros, obras y en los “sectores especiales”. Con la aprobación de estas Directivas el Consejo pretendió unificar en lo posible toda la normativa sobre contratación pública. Estos textos (con las modificaciones introducidas por las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 97/52/CE, de 13 de octubre de 1997, y por la Directiva del Consejo 98/4/CE), son los que han estado vigentes en la materia hasta la aprobación de las Directivas de contratos de 2004.

Si las Directivas de los años 70 pretendían, paralelamente a la eliminación de las restricciones, la coordinación de los procedimientos nacionales sobre preparación y adjudicación de los contratos, respetando, en lo posible, los procedimientos y las prácticas en vigor en los Estados miembros, las Directivas de los años 90 han supuesto una superación de aquella perspectiva, al afirmarse la exigencia de la mejora y la extensión de las garantías previstas por las Directivas.

IV.- La última generación de Directivas sobre contratos: 2004/17/CE, sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales y 2004/18/CE sobre contratos del sector público.

Tras un largo período de tramitación, en 2004 fueron aprobadas las nuevas Directivas comunitarias sobre contratación pública, que se publicaron en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 30 de abril de 2004 (serie L 134-1). Se trata 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.

Las nuevas normas tienen por objeto refundir la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa en varias Directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos.

Pues bien, las disposiciones de las Directivas de 2004 son el resultado del debate lanzado por el Libro Verde sobre los contratos públicos adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, y persiguen un triple objetivo de modernización, simplificación y mayor flexibilidad del marco jurídico que existe sobre este tema: modernización para tener en cuenta nuevas tecnologías y las modificaciones del entorno económico; simplificación para que los textos actuales sean más fácilmente comprensibles para los usuarios, de modo que los contratos se adjudiquen de perfecta conformidad con las normas y principios que regulan la materia y que las empresas implicadas puedan conocer mejor sus derechos; y flexibilidad de los procedimientos para responder a las necesidades de los compradores públicos y operadores económicos.

Las Directivas prestan una especial atención a los procedimientos electrónicos de adjudicación de los contratos, que constituyen una técnica en expansión que pasa a ser definida y regulada a nivel europeo, estableciéndose normas específicas a fin de garantizar que se desarrollan dentro del pleno respeto de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia.

Las “nuevas técnicas electrónicas de compra” —en el lenguaje de las Directivas de 2004— deberán en todo caso ser utilizadas “dentro del respeto de las normas establecidas en la presente Directiva y de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. En

la medida en que así ocurra, la presentación de una oferta por un licitador, en particular en caso de una nueva licitación para la aplicación de un acuerdo marco o para poner en práctica un sistema dinámico de adquisición, podrá adoptar la forma de catálogo electrónico de dicho licitador” (Considerando 12 de la Directiva 2004/18/CE).

La Directiva citada recoge una definición comunitaria de las subastas electrónicas y las delimita mediante normas específicas a fin de garantizar que se desarrollan dentro del pleno respeto de los principios de igualdad de trato, de no discriminación y de transparencia. El recurso a las subastas electrónicas permite a los poderes adjudicadores pedir a los licitadores que presenten nuevos precios, revisados a la baja, y cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, mejorar asimismo elementos de la oferta distintos del precio. Para garantizar el respeto del principio de transparencia, establece la Directiva que sólo sean objeto de subasta electrónica los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, sólo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes. En cambio, aquellos aspectos de las licitaciones que impliquen la valoración de elementos no cuantificables no deben ser objeto de subastas electrónicas (por ejemplo, contratos de servicios cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual).

Los nuevos textos comunitarios han obligado a una nueva e importante reforma de las legislaciones nacionales sobre contratos. En este sentido, los Estados miembros de la Unión tenían de plazo para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE hasta el 31 de enero de 2006. Este plazo ha sido incumplido por varios países, entre ellos España.

V.- Análisis del contenido de la Directiva sobre contratos públicos de suministros, obras y servicios.

El principio esencial que informa las Directivas comunitarias sobre contratación pública es el de garantizar la igualdad de oportunidades entre las empresas nacionales y no nacionales organizando una competencia lo más eficaz posible. Este principio se aplica mediante disposiciones que se encuentran en el texto de la Directiva 2004/18 y que son aplicables a los contratos públicos de suministro, obras y servicios de valor superior a determinados umbrales (133.000 y 206.000 euros respecto de los contratos públicos de suministro y servicios; 5.150.000 euros respecto de los contratos públicos de obras):

– **procedimientos de adjudicación de los contratos:** Se contemplan como procedimientos normales de adjudicación de los contratos el abierto y el restringido, considerando como excepcional el procedimiento negociado. En cuanto a los supuestos -rigurosamente tasados- en que los poderes adjudicadores podrán recurrir al procedimiento negociado, se distingue entre aquellos en que hará falta la publicación de un anuncio de licitación, y los casos en que se permite adjudicar los contratos sin publicación previa de un anuncio;

– **criterios para la adjudicación de los contratos:** se permite optar entre:

- el precio más bajo, o
- la oferta más ventajosa (criterio que incluye varios elementos como precio, plazo de suministro, rentabilidad, características medioambientales –novedad introducida por la Directiva 2004/18-). El poder adjudicador deberá precisar la ponderación relativa de cada criterio.

– **especificaciones técnicas:** las especificaciones técnicas exigidas (facilitadas obligatoriamente a las empresas interesadas) deben definirse con respecto a las normas nacionales derivadas de las normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos y a normas internacionales, bien en términos de rendimiento o de exigencias funcionales, en particular, en el ámbito medioambiental (por ejemplo, las etiquetas ecológicas europeas). Las características incluirán los

niveles de actuación sobre el medio ambiente, el diseño, la evaluación de la conformidad, la propiedad de empleo, la seguridad o las dimensiones, el aseguramiento de la calidad y los métodos de producción. Cuando se trate de contratos públicos de obras, incluirán también las condiciones de ensayo, control y recepción, así como las técnicas de construcción.

– **normas de publicidad y transparencia:** Los contratos públicos cuyo importe supere los umbrales de la Directiva estarán sujetos a una obligación de información y transparencia a lo largo de todo el procedimiento. Dicha obligación se materializa en la publicación de anuncios de información redactados según los formularios normalizados de la Comisión. Existen diferentes tipos de anuncios:

- Anuncio relativo a la publicación de un anuncio de información previa (facultativo).
- Anuncio de información previa (facultativo).

Tras el envío del anuncio relativo a la publicación de un anuncio de información previa, el propio poder adjudicador publicará este anuncio en su «perfil de comprador» o lo enviará a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. La publicación de este anuncio será obligatoria cuando el poder adjudicador desee acortar los plazos de recepción de las ofertas.

- Anuncio de licitación o anuncio de concurso (obligatorios).

El propio poder adjudicador podrá publicar este anuncio en el ámbito nacional y deberá enviarlo para su publicación, que será gratuita. El anuncio se publicará en toda su extensión en una lengua oficial de la Unión, mientras que en las demás lenguas oficiales se traducirá un resumen.

- Anuncio sobre los contratos adjudicados y sobre los resultados de los concursos (obligatorios).

Los anuncios enviados por los poderes adjudicadores a la Comisión podrán transmitirse por medios tradicionales o electrónicos. En SIMAP (sistema de información sobre contratos públicos) se pueden encontrar modelos de formularios y precisiones sobre las modalidades de transmisión.

Los poderes adjudicadores informarán cuanto antes sobre las decisiones adoptadas en relación con la adjudicación de un contrato, incluso en caso de renuncia. Respecto de todo contrato, elaborarán un informe escrito detallado y, cuanto antes, comunicarán:

- a todos los licitadores descartados, las razones por las que se ha desestimado su oferta;
- a todos los licitadores que hayan presentado una oferta válida, las ventajas de la oferta seleccionada y el nombre del operador económico elegido.

Los intercambios y el almacenamiento de información entre los diferentes agentes de un contrato garantizan la integridad de los datos y la confidencialidad. Los poderes adjudicadores no conocerán el contenido de las ofertas hasta que expire el plazo previsto para su presentación. La utilización de medios electrónicos, no discriminatoria, permite acelerar los procedimientos. Los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas permiten utilizar la firma electrónica, garantizan la autenticidad, la integridad y la confidencialidad de los datos, y permiten descubrir los posibles fraudes.

– **Prohibiciones para contratar con la Administración:** Podrá ser excluido de la participación en un contrato público todo operador económico:

- que se encuentre en estado de quiebra, de liquidación, de cese de actividades o de intervención judicial, o que sea objeto de un procedimiento de este tipo;
- que haya sido juzgado culpable de un delito que afecte a su moralidad profesional;
- que haya cometido una falta profesional grave (por ejemplo, declaraciones falsas);
- que no haya cumplido sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la seguridad social o sus obligaciones tributarias.

– **Igualdad entre los medios electrónicos y los tradicionales:** En materia de intercambio de información, la nueva Directiva pone al mismo nivel los medios electrónicos y los tradicionales. Deja que

los agentes del contrato elijan los medios de comunicación que van a utilizar durante los procedimientos. Cuando se utilicen medios electrónicos, el poder adjudicador podrá acortar los plazos de recepción de las ofertas.

La Directiva 2004/18 regula una nueva técnica de compra: el sistema dinámico de adquisición, que se apoya exclusivamente en medios de comunicación electrónicos.

Además, establece las subastas electrónicas, a las que los poderes adjudicadores podrán recurrir para adjudicar determinados contratos. Antes de proceder a la subasta electrónica, los poderes adjudicadores realizarán una primera evaluación de las ofertas. Simultáneamente, por medios electrónicos, invitarán a participar a los licitadores admitidos. En la invitación se precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta y, en su caso, el número de fases. Se indicará, asimismo, la fórmula matemática en virtud de la cual se establecerán las clasificaciones automáticas; en dicha fórmula se integrará la ponderación de los criterios de adjudicación. A lo largo de cada una de las fases, los participantes conocerán su clasificación respectiva con relación a los demás participantes, cuya identidad desconocerán. La subasta electrónica finalizará, bien en la fecha y a la hora fijadas previamente, bien cuando haya transcurrido un determinado plazo tras la presentación de la última oferta, bien cuando concluyan todas las fases de la subasta.

VI.- Los procedimientos de adjudicación de los contratos en la Directiva 2004/18. El nuevo procedimiento del diálogo competitivo.

La Directiva 2004/18 contempla como procedimientos normales de adjudicación de los contratos el abierto y el restringido, considerando como excepcionales el procedimiento negociado y el diálogo competitivo.

Procedimientos abiertos son aquellos en los que cualquier operador económico interesado puede presentar ofertas.

Procedimientos restringidos son los procedimientos en los que todo operador económico puede solicitar su participación y en los que únicamente los operadores económicos invitados por los poderes adjudicadores pueden presentar ofertas.

Procedimientos negociados son los procedimientos en los que los poderes adjudicadores consultan con los operadores económicos de su elección y negocian las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. En cuanto a los supuestos -rigurosamente tasados- en que los poderes adjudicadores podrán recurrir al procedimiento negociado, se distingue entre aquellos en que hará falta la publicación de un anuncio de licitación, y los casos en que se permite adjudicar los contratos sin publicación previa de un anuncio.

Pero la Directiva 2004/18 establece un nuevo procedimiento: el diálogo competitivo, al que los poderes adjudicadores podrán recurrir en el caso de contratos complejos, cuando no puedan definir solos las soluciones técnicas a sus necesidades o no puedan elaborar la estructura jurídica y financiera de un proyecto. Los grandes proyectos de infraestructuras parecen prestarse a este tipo de diálogo. Los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de licitación que incluya los criterios de adjudicación. El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta y siete días. A continuación, los poderes adjudicadores invitarán a los candidatos seleccionados (tres como mínimo), al mismo tiempo y por escrito, a dialogar. Se iniciará el diálogo, que podrá desarrollarse en varias fases, y continuará hasta la definición de las soluciones (técnicas o financiero-jurídicas). Los poderes adjudicadores garantizarán la igualdad de trato y protegerán la información confidencial. Al término del diálogo, los candidatos presentarán su oferta definitiva, que podrán precisar sin modificar los elementos fundamentales del contrato. Los poderes adjudicadores adjudicarán el contrato en función de los criterios de adjudicación fijados y sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa.

El nuevo procedimiento responde a un objetivo de flexibilización, una preocupación tradicional del Derecho comunitario de la

contratación pública. Como tal, se expresó ya en el Libro Verde de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 (“Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”) y posteriormente en la Comunicación de la misma de 11 de marzo de 1998 (“La contratación Pública en la Unión Europea”), en la que se destacaba que “en los contratos especialmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo en el ámbito de la alta tecnología, los compradores saben cuál son sus necesidades pero no saben previamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos resulta necesaria una discusión del contrato y un diálogo entre compradores y proveedores (...) Los procedimientos de derecho común previstos por las Directivas ‘clásicas’ sólo dejan un margen muy reducido para la discusión a lo largo del procedimiento de adjudicación, por lo que son considerados como demasiado rígidos para este tipo de actuaciones”.

Ha sido finalmente la Directiva 2004/18/CE la que ha introducido por primera vez la figura del diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación. En su considerando 30, explica los supuestos para los que este procedimiento está concebido: cuando a los poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos les resulte objetivamente imposible definir los medios para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones financieras y jurídicas que ofrezca el mercado (lo que ejemplifica “en la ejecución de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada”) y siempre “que la utilización de procedimientos abiertos o restringidos no permita la adjudicación de dichos contratos”. Señala también la cautela esencial que deberá observarse, de manera que el recurso a este procedimiento no restrinja o falsee la competencia, “especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas o imponiendo nuevos elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa”.

El artículo 29 de la Directiva concreta los supuestos de aplicación del procedimiento “en el caso de contratos particularmente

complejos”, que a su vez se definen en el artículo 11.1.c) por la incapacidad objetiva del poder adjudicador, bien para definir los medios técnicos ni siquiera mediante especificaciones técnicas formuladas en términos de rendimiento o exigencias funcionales, bien para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto y “cuando el poder adjudicador considere que el uso de los procedimientos abierto o restringido no permite la adjudicación del contrato”.

En cuanto al desarrollo del procedimiento se estructura en torno al anuncio de licitación y la definición de sus necesidades en el mismo o en un documento descriptivo; el diálogo entre el poder adjudicador y los licitadores; la determinación de una solución e invitación a presentar una oferta final; y la evaluación de las ofertas y selección de la económicamente más ventajosa (apartados 2 a 7 del artículo 29). El citado precepto introduce por lo demás determinadas cautelas relativas a la confidencialidad de las soluciones propuestas (apartado 3, segundo párrafo) y a que las precisiones, aclaraciones y ajustes sobre las ofertas finales de los licitadores o sobre la seleccionada no podrán modificar elementos sustanciales de aquella de tal modo que se falsee la competencia (apartados 6, párrafo segundo y 7, párrafo segundo). En fin, se prevé la posibilidad de premios y pagos para los participantes en el diálogo (apartado 8).

En relación con el diálogo competitivo, el legislador comunitario no ha querido imponer a los Estados la forzosa incorporación a su ordenamiento nacional, al igual que ha ocurrido en lo que se refiere a las exigencias de simplificación en la contratación y uso de medios electrónicos (subasta electrónica, acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación y centrales de contratación).

VII.- El impulso europeo en la introducción de medios telemáticos en los procedimientos de licitación.

La introducción de medios electrónicos y telemáticos en la contratación pública ha venido impulsada en los países comunitarios por la acción de la Unión Europea. No podía ser de otra manera, puesto

que en toda la evolución reciente de la normativa nacional sobre contratación ha jugado un papel absolutamente decisivo el Derecho comunitario sobre contratos, cuya adecuación al ordenamiento interno ha exigido la mayoría de las numerosas modificaciones legislativas que se han aprobado en la materia en los últimos años. El Derecho europeo ha desarrollado desde los años 70 un decisivo papel en la unificación de los procedimientos de contratación en los Estados miembros de la Unión Europea y de nuevo lo va a jugar en los próximos años para el progresivo establecimiento de la contratación pública electrónica.

Como señalaba la Comisión Europea en su Comunicación de 26 septiembre de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el papel de la administración electrónica en el futuro de Europa ³⁹, las operaciones tradicionales de contratación pública son largas y dilatadas, y consumen muchos recursos. Por eso, la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC en la terminología comunitaria ⁴⁰) en la contratación pública puede mejorar la eficacia, calidad y relación coste / eficacia de estos contratos.

En efecto, el sector de las compras de bienes y servicios por las Administraciones públicas y sus organismos o entidades dependientes o vinculadas se muestra como especialmente indicado para el uso de las TIC ⁴¹.

³⁹ COM (2003), 567 final. En la citada Comunicación se define la administración electrónica o «eGovernment» como la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en las Administraciones públicas, asociada a cambios en la organización y nuevas aptitudes del personal.

⁴⁰ El término TIC cubre un amplio abanico de servicios, aplicaciones, tecnologías, equipos y programas informáticos, es decir, herramientas como la telefonía e Internet, el aprendizaje a distancia, la televisión, los ordenadores, las redes y los programas necesarios para emplear estas tecnologías. Como es conocido, estas tecnologías están transformando radicalmente las estructuras sociales, culturales y económicas generando nuevos comportamientos ante la información, el conocimiento, la actividad profesional, etc..

⁴¹ Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 19 de noviembre de 2004: «Retos para la sociedad de la información europea con posterioridad a 2005» [COM (2004) 757 final - no publicada en el Diario Oficial].

Por ello, en el nuevo marco estratégico “i2010 – Sociedad de la información europea 2010-”, que promueve una economía digital abierta y competitiva y hace hincapié en las TIC en tanto que impulsoras de la inclusión y la calidad de vida, la contratación pública se plantea como un sector clave a promover para conseguir que los servicios prestados sean mejores, más accesibles y más rentables ⁴².

Sin embargo, más allá de las buenas declaraciones de intenciones, en la Unión Europea no se han aprobado unas disposiciones claras y decididas para el desarrollo de la contratación pública electrónica hasta la aprobación de las Directivas de contratación de 2004. Este paquete legislativo, para cuya incorporación al Derecho nacional los Estados disponían de plazo hasta el 31 de enero de 2006, ya incluye normas específicas relativas a la tramitación electrónica de los procesos de licitación y ha representado un hito para la difusión de la contratación pública electrónica en Europa.

Ahora bien, las Directivas 2004/17 y 2004/18 no han ido todo lo lejos que se podía esperar en su implantación de medios electrónicos en los procedimientos de contratación y, como hemos comprobado anteriormente, ni siquiera han querido imponer una adaptación forzosa de estos medios a los diversos sistemas nacionales, sino que dejan a los Estados miembros la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan recurrir a aquellas.

Por lo demás, de las dos grandes fases de desarrollo de la contratación pública electrónica, las normas europeas se han quedado casi exclusivamente en la primera de ellas, referida a la difusión de los procedimientos de licitación por vía electrónica, sin contemplar más que en pocos supuestos la segunda e imprescindible fase en la que se regulen los intercambios de información entre el poder adjudicador y licitadores y contratistas por medios electrónicos.

⁴² Véase DOMÍNGUEZ-MACAYA, J., “La econtratación, una nueva -y necesaria- forma de entender la contratación”, *Contratación Administrativa Práctica*, nº 53 (2006), págs. 34 y ss.

En fin, el Plan de Acción eEuropa 2005 ⁴³ preveía la tramitación por los Estados miembros de una gran parte de la contratación pública por medios electrónicos antes de finalizar el año 2005 ⁴⁴, pero el objetivo no ha sido cumplido.

VIII.- La Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicio y su regulación de la contratación pública electrónica.

La Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación en los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, dedica una parte esencial de sus previsiones a introducir sistemas efectivos de licitación electrónica en la contratación pública europea.

La preocupación de las instituciones comunitarias por la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito de la contratación pública tiene su origen en el Informe Bangemann ⁴⁵. En este informe, emitido a instancias del Consejo Europeo, los contratos públicos figuraban entre los ámbitos del sector público en que era prioritario aplicar las tecnologías de la información. Y en el Libro Verde de la Comisión sobre “La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro” de 27 de noviembre de 1996 ⁴⁶, se advertía de que era “hora de que la política comunitaria de contratación pública mire al futuro y recoja todas las posibilidades que ofrece el progreso tecnológico”. En este sentido, se afirmaba que en comparación con el sistema actual en soporte de papel, los procedimientos serían más transparentes, más abiertos al diálogo con los contratistas y mucho más eficaces. Con base a este Libro Verde y a la posterior Comunicación sobre la Contratación

⁴³ Aprobado por el Consejo Europeo de Sevilla en junio de 2002.

⁴⁴ Comunicación de la Comisión COM (2002)263, de 28 de mayo de 2002.

⁴⁵ Europa y la sociedad global de la información: recomendaciones al Consejo Europeo de Corfú, Bruselas, 26.5.94.

⁴⁶ COM (96) 583 final.

Pública en la Unión Europea, de 11 de marzo de 1998, la Comisión formuló en el año 2000 la propuesta [COM (2000) 275 final] que es el origen de la Directiva 2004/18⁴⁷.

La Directiva 2004/18, sobre contratos del sector público, señala en el apartado 12 de su larga exposición de motivos⁴⁸ las ventajas de la utilización de técnicas electrónicas en la contratación administrativa ya que “permiten ampliar la competencia y mejorar la eficacia del sistema público de pedidos, en particular mediante el ahorro de tiempo y dinero que entraña la utilización de las mismas”. Por ello los poderes adjudicadores pueden utilizar técnicas electrónicas de compra, “siempre que su utilización se realice dentro del respeto de las normas establecidas en la presente Directiva y de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia”.

Ante la expansión de los sistemas electrónicos de compra, la Directiva se plantea fijar unas normas adecuadas que permitan a los poderes adjudicadores sacar el máximo provecho de las posibilidades que estos sistemas ofrecen. Además, la norma regula las “subastas electrónicas”, un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, y los “sistemas dinámicos de adquisición”, que son un procedimiento totalmente electrónico.

El legislador comunitario era consciente de la necesidad de un enfoque comunitario que integre la dimensión del mercado interior, algo fundamental para evitar la potencial fragmentación del mercado de la contratación debida a la incompatibilidad de los sistemas y las normas de contratación pública electrónica en Europa y para prevenir los desequilibrios de desarrollo económico debida a la difusión más lenta de las nuevas tecnologías en ciertos países o regiones⁴⁹.

⁴⁷ Véase al respecto GALLEGO CÓRCOLES, I., “Contratación pública electrónica”, en AAVV, *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 226 y ss.

⁴⁸ Fruto de su adopción por consenso, la Directiva incluyó en su redacción definitiva 51 considerandos, para 84 artículos.

⁴⁹ *Comunicación sobre el papel de la Administración electrónica (e-government) en el futuro de Europa*. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. COM (2003) final.

IX.- Las subastas electrónicas.

Una de las principales novedades de la Directiva 2004/18 es la regulación de las subastas electrónicas. La definición de la figura se recoge en el artículo 1.7 de la norma: “Una ‘subasta electrónica’ es un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos”.

El considerando 14 de la Directiva 2004/18 plantea la necesidad de salvaguardar los principios de igualdad de trato y transparencia, por lo que resulta “conveniente prever que las subastas electrónicas sólo afecten a contratos de obras, de suministro o de servicios para los que las especificaciones puedan establecerse de manera precisa. Tal puede ser el caso, en particular, de los contratos recurrentes de suministros, obras y servicios. Con la misma finalidad, conviene prever también que la clasificación respectiva de los licitadores pueda establecerse en cada momento de la subasta electrónica”; y “para garantizar el respeto del principio de transparencia, conviene que sólo sean objeto de subasta electrónica los elementos que puedan ser sometidos a una evaluación automática por medios electrónicos, sin intervención ni evaluación del poder adjudicador, es decir, sólo los elementos que sean cuantificables, de modo que puedan expresarse en cifras o en porcentajes. En cambio, aquellos aspectos de las licitaciones que impliquen la valoración de elementos no cuantificables no deben ser objeto de subastas electrónicas. Por consiguiente, no deben ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de obras y determinados contratos de servicios cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras”.

En cuanto a los objetivos de la figura, la exposición de motivos de la Directiva precisa que: “El recurso a las subastas electrónicas permite a los poderes adjudicadores pedir a los licitadores que presenten nuevos precios, revisados a la baja, y cuando el contrato se adjudique a

la oferta económicamente más ventajosa, mejorar asimismo elementos de la oferta distintos del precio”.

La regulación de las subastas electrónicas está en el artículo 54 de la Directiva.

La subasta electrónica se basará:

- bien en el precio, cuando el contrato se adjudique al precio más bajo;
- bien en el precio o en el valor de los elementos de las ofertas, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa.

El pliego de condiciones incluirá la siguiente información:

- los elementos cuantificables (cifras o porcentajes) a los que se refiere la subasta y las diferencias mínimas que se exigirán para pujar;
- el desarrollo de la subasta y las especificaciones técnicas de conexión.

Antes de proceder a la subasta electrónica, los poderes adjudicadores realizarán una primera evaluación de las ofertas. Simultáneamente, por medios electrónicos, invitarán a participar a los licitadores admitidos. En la invitación se precisará la fecha y la hora de comienzo de la subasta y, en su caso, el número de fases. Se indicará, asimismo, la fórmula matemática en virtud de la cual se establecerán las clasificaciones automáticas; en dicha fórmula se integrará la ponderación de los criterios de adjudicación. A lo largo de cada una de las fases de la subasta electrónica, los poderes adjudicadores comunicarán a todos los licitadores de forma continua e instantánea como mínimo la información que les permita conocer en todo momento su respectiva clasificación. De igual modo, podrán comunicar otros datos relativos a otros precios o valores presentados, siempre que ello esté contemplado en el pliego de condiciones, anunciando también el número de participantes en la fase en que se halle la subasta. No obstante, conforme al artículo 54.6, en ningún caso podrán divulgar la identidad de los licitadores durante el desarrollo de la subasta electrónica.

La subasta electrónica finalizará, bien en la fecha y a la hora fijadas previamente, bien cuando haya transcurrido un determinado plazo tras la presentación de la última oferta, bien cuando concluyan todas las fases de la subasta.

Ahora bien, la incorporación de las subastas electrónicas al Derecho nacional es facultativa para los Estados. El apartado 1 del artículo 54 de la Directiva establece que los Estados miembros “podrán” prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores apliquen subastas electrónicas. Eso sí, cuando se decida incorporar la figura, la Directiva establece unas condiciones comunes con el objetivo de garantizar que la subasta electrónica se desarrolle dentro del pleno respeto de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

X.- Los contratos públicos en los denominados “sectores excluidos”, “especiales” o de “servicio público”.

Los contratos celebrados en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones habían estado tradicionalmente excluidos de la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos de obras y de suministros. Esta exclusión encontraba su justificación más importante en que algunos organismos con actividades en dichos sectores eran de derecho público, mientras que otros eran de derecho privado (por ejemplo, en España encontrábamos en estos sectores a empresas privadas, a empresas nacionalizadas de ámbito nacional, a empresas públicas puras, a empresas participadas por el Estado, con o sin mayoría de capital, a entes de Derecho público que actúan en régimen de Derecho privado, etc.). Además, el mismo concepto de entidad pública varía considerablemente en los distintos Estados. Por otra parte, las entidades que operan en estos sectores no suelen efectuar convocatorias de licitación a escala europea, principalmente debido al carácter cerrado de los mercados en los que actúan, donde predominan las concesiones por las autoridades nacionales de derechos especiales o exclusivos para el suministro, o la explotación de redes para la prestación de servicios.

Sin embargo, para la consecución de los objetivos comunitarios, singularmente un verdadero mercado común entre los países miembros, sin fronteras interiores, en el que estén garantizadas la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, era imprescindible abrir la contratación pública también a estos sectores. Por ello, tras costosas negociaciones en el seno del Consejo (al principio se consideró necesario establecer 2 directivas diferentes, una referente a los sectores del agua, energía y transportes y otra a las telecomunicaciones), en 1990 se aprobó la Directiva 90/531/CEE, de 17 de septiembre, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de obras y de suministros en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Con posterioridad, y al igual que ocurrió respecto a los contratos públicos de obras y de suministros, el Consejo decidió aprobar un texto único que recogiera toda la normativa comunitaria sobre los contratos públicos en los denominados “sectores excluidos”. Así, la Directiva 93/38/CEE recogió prácticamente en su totalidad las disposiciones de la Directiva 90/531/CEE, con las procedentes adaptaciones para incluir los contratos públicos de servicios, que no estaban incluidos en la Directiva 90/531.

Con la aprobación de estas normas se produjo un salto cualitativo en la apertura de la contratación, desde el momento en que no sólo deben ser aplicadas por las Administraciones públicas, sino también por determinadas empresas privadas. Ahora bien, como consecuencia de las dificultades para alcanzar un consenso sobre las normas a exigir en el ámbito de la contratación en los denominados “sectores excluidos”, el Consejo optó al final por establecer un sistema cuya principal característica es la flexibilidad, frente a la rigidez de las Directivas sobre contratos de obras, suministros y servicios.

Pues bien, estas normas han sido posteriormente derogadas por 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. Respecto del ámbito de actividades cubierto cabe resaltar que dejan de estar sometidas a la ley

las actividades desarrolladas en el sector de las telecomunicaciones, al constituir un sector liberalizado, y se incorpora a la misma el sector de los servicios postales.

Cabe resaltar que la Directiva 2004/17 incorpora nuevas técnicas de contratación basadas fundamentalmente en el uso de los medios electrónicos y de las comunicaciones aplicados a los procedimientos de adjudicación de los contratos, conservando la necesaria aplicación de los principios derivados del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas de igualdad de trato, del que el principio de no discriminación no es sino una expresión concreta, de reconocimiento mutuo y de proporcionalidad, así como en el principio de transparencia.

El ámbito subjetivo de la Directiva se proyecta sobre las entidades públicas y privadas, pues no se aplica sólo a los “organismos de Derecho público” (los cuales entran dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 2004/18), sino que también obliga a las entidades que, sin ser poderes públicos ni empresas públicas, “gocen de derechos especiales o exclusivos” concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.

La nueva normativa se aplicará únicamente a los contratos cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.278.000 euros en el caso del contrato de obras, o de 422.000 euros en el de los contratos de suministro y servicios.

En cuanto a los procedimientos de adjudicación de los contratos, la Directiva distingue los procedimientos abierto, restringido y negociado, recogidos ya en la Directiva de contratos del sector público, si bien introduce la novedad de no establecer supuestos concretos para la utilización del procedimiento negociado con publicidad, por el que podrá optar libremente la entidad adjudicadora. Se prevé también la posibilidad de acudir, en determinados supuestos tasados, a un procedimiento sin publicidad previa y se regula el denominado concurso de proyectos.

La Directiva 2004/17 se diferencia sustancialmente de la Directiva 2004/18 por los notables poderes discrecionales dejados a los entes adjudicadores, de los cuales la manifestación más importante es la libertad de elección de los procedimientos de adjudicación (abiertos, restringidos o negociados).

XI.- La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la evolución y desarrollo del Derecho comunitario de la contratación pública.

En el desarrollo del Derecho europeo de la contratación pública ha desempeñado un papel decisivo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya jurisprudencia sobre la materia, aplicando los grandes principios del Tratado de la Comunidad Europea, unida a las Directivas aprobadas por el legislador comunitario, ha contribuido a formar un verdadero “corpus iuris” sobre contratos públicos ⁵⁰. La propia Directiva 2004/18/CE reconoce en el considerando primero de su exposición de motivos que “la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2”.

La jurisprudencia del Alto Tribunal Europeo que ha aplicado los grandes principios de Tratado (prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, libre circulación de mercancías, derecho de

⁵⁰ Véase MORENO MOLINA, J.A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, *Revista de Administración Pública* nº 151 (2000), páginas 319 y siguientes.

establecimiento, libre prestación de servicios) a los contratos públicos ha tenido decisivos efectos para el respeto de los principios de publicidad, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos por las distintas Administraciones públicas europeas. Incluso se puede decir que sus consecuencias han ido más allá que las propias Directivas comunitarias en la materia, cuyo campo de aplicación ha sido más limitado al establecer siempre unos altos umbrales económicos de aplicación.

En efecto, el Tribunal ha insistido en el carácter instrumental de las Directivas con respecto a los principios básicos del Tratado que afectan a la contratación pública, a la vez que ha destacado la necesidad de que las Directivas sobre contratos públicos se interpreten de manera conforme con los principios del Tratado.

Por lo demás, es importante resaltar cómo en los últimos años han sido muy numerosas las sentencias del TJCE sobre contratos públicos (se pueden consultar las sentencias, junto a los autos y las bien fundamentadas conclusiones de los Abogados Generales del Tribunal en la página web <http://www.curia.europa.eu/es/index.htm>, clicando en jurisprudencia, formulario de búsqueda). Estos pronunciamientos jurisprudenciales tienen su origen en litigios planteados a través de las principales vías de recurso abiertas ante el máximo órgano judicial europeo, todas las cuales son aptas para plantear pretensiones relativas a adjudicaciones de contratos públicos: recursos de incumplimiento planteados por la Comisión Europea contra los distintos Estados por incumplimiento de las normas comunitarias sobre contratos; cuestiones prejudiciales de interpretación y validez de las directivas comunitarias sobre contratación pública y solicitudes de indemnización por perjuicios sufridos como consecuencia del comportamiento culpable de instituciones europeas o administraciones nacionales en el marco de licitaciones públicas.

XII.- El sistema único de clasificación de los contratos públicos en la Unión Europea.

1.- Introducción y antecedentes al sistema vigente.

En 1996, la Comisión Europea aprobó una recomendación relativa a la utilización del Vocabulario Común de Contratos Públicos (Common Procurement Vocabulary, CPV) para describir el objeto de los contratos.

En ese momento, las Directivas europeas sobre contratación pública utilizaban 4 nomenclaturas distintas para la descripción del objeto del contrato en los anuncios, las obligaciones estadísticas y la definición del ámbito de aplicación:

- La CPA, Clasificación Estadística de Productos por Actividades en la Comunidad Económica Europea (que se estableció en 1993 a fin de armonizar las estadísticas económicas).
- La NACE, Nomenclatura Estadística de Actividades Económicas en la Comunidad Europea, muy vinculada a la CPA.
- La CPC, Clasificación Central de Productos de Naciones Unidas.
- La NC (nomenclatura combinada).

Todas estas nomenclaturas tienen una clara finalidad estadística.

Mediante el Libro verde “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro” la Comisión pedía a todos los interesados que se pronunciasen sobre la oportunidad de generalizar el uso del CPV. El Comité Económico y Social de la Unión Europea se pronunció al respecto mediante un dictamen que se aprobó por unanimidad el 28 de mayo de 1997 postulando la necesidad de simplificar el marco jurídico comunitario, adaptarlo a la era electrónica, subrayando las dificultades de acceso a la información existentes.

A tenor de dicho proceso de consulta, la Comisión mediante la comunicación “La contratación pública en la Unión Europea”

proponía a los órganos de contratación para que se sirvieran del CPV y de los formularios normalizados en la redacción de sus anuncios y para que utilizaran, para transmitirlos, las posibilidades ofrecidas por las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones.

Desde 1996, se utiliza el CPV –una adaptación de la nomenclatura CPA destinada a describir el objeto de los contratos públicos– de forma sistemática en todos los anuncios que se publican en el Suplemento al Diario Oficial de las Comunidades Europeas con arreglo a las directivas, tanto para identificar el objeto de los contratos como para la traducción automática en todas las demás lenguas oficiales comunitarias, convirtiéndose así en el criterio esencial de búsqueda en la selección e identificación de oportunidades de contratos por los posibles licitadores.

Se empezó así a utilizar el CPV, que se compone de un vocabulario principal que forma su núcleo, ya que define el objeto del contrato, y de un vocabulario suplementario que permite introducir datos cualitativos adicionales. El vocabulario principal se desglosa en una estructura jerárquica de cinco niveles, mientras que el complementario sólo cuenta con dos. A cada Código le corresponde un enunciado que describe los suministros, obras o servicios en todas las demás lenguas oficiales.

Pero el CPV no disponía de fundamento jurídico alguno, pues ningún reglamento había definido con precisión normas que rigiesen su creación o actualización.

2.- El establecimiento de un sistema único de clasificación de los contratos públicos en la Unión Europea.

Las Directivas vigentes sobre contratos públicos en la Unión Europea han reemplazado las cuatro nomenclaturas que se utilizaban para clasificar los productos y servicios por una única nomenclatura: el CPV.

Esta nomenclatura constituye una evolución y mejora de las nomenclaturas CPA y NACE, en el sentido de que se adecua mejor al carácter específico del sector de la contratación pública.

El Reglamento CE nº 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, aprobó el Vocabulario Común de los Contratos Públicos (CPV), creando pues un sistema de clasificación aplicable a todos los contratos públicos a escala comunitaria europea. Este Reglamento fue modificado por el Reglamento nº 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que resulta aplicable desde el 15 de septiembre de 2008.

Se utilizó como instrumento jurídico el reglamento por su carácter de norma jurídica obligatoria para todos los Estados desde el momento de su entrada en vigor (frente a las directivas que son normas jurídicas que requieren de la aprobación en cada país de una norma nacional que las incorpore al derecho interno), de forma que así el establecimiento de un sistema de clasificación de los contratos públicos no requería transposición por parte de los Estados miembros.

El Reglamento 2195/2002 incluyó unos cuadros de correspondencia entre el CPV y la CPA, la CPC de la ONU, la NACE y la NC.

Con el fin de que los usuarios se familiarizaran con un sistema de clasificación único, antes de hacerlo obligatorio en todos los Estados miembros de la Unión Europea, se contempló que el inicio de la aplicación del Reglamento 2195/2002 fuese precedido de un período de adaptación de un año.

3.- Las ventajas de un sistema único de clasificación.

Hay que valorar muy positivamente el establecimiento de un sistema único de clasificación para todos los contratos públicos de la Unión Europea. Sin duda, ha contribuido a garantizar una mayor información y una mayor transparencia en los procesos de licitación pública.

Se han creado así unas condiciones de fácil acceso a la lectura y comprensión de las informaciones en materia de contratos públicos, ya que el CPV permite comparar inmediatamente los datos de los anuncios de licitación cualquiera que sea la lengua de publicación original.

El sistema único es también muy positivo para las empresas europeas, ya que no introduce nuevas obligaciones, sino que pone a disposición de las mismas una nueva referencia común y plurilingüe que les facilita el acceso a los anuncios de contrato. También, el CPV permite que las empresas encuentren con mayor precisión las oportunidades de contratos que les interesen, lo que les ha abierto nuevos mercados.

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que en la Unión Europea se han aprobado unos formularios comunes para la publicación de los anuncios de los contratos y para distintos documentos del procedimiento de selección de licitadores y de adjudicación de los contratos: los establecen la Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE. También las Directivas de 2004 (la 2004/17 y la 2004/18) recogen en sus anexos los formularios normalizados.

Asimismo, en la Unión Europea se han simplificado las reglas de publicidad adaptándolas al mismo tiempo a los medios electrónicos a través del Sistema de Información sobre los Contratos Públicos (SIMAP), iniciado por la Comisión en colaboración con los Estados miembros. La utilización de los formularios normalizados y el recurso al vocabulario común sobre los contratos públicos ha facilitado notablemente el acceso a la información y ha contribuido a una mayor transparencia de las licitaciones.

En el ámbito de las relaciones internacionales existen y se desarrollan diversas nomenclaturas, por lo que la Unión Europea ha propuesto a terceros países en el ámbito de las negociaciones de la OMC la aplicación de este un único sistema de clasificación de los contratos públicos (CPV), por la simplificación que comporta su adopción y la transparencia en información que aporta.

4.- El funcionamiento del CPV europeo.

El CPV establece un sistema de clasificación único de los contratos públicos, con objeto de unificar las referencias utilizadas por los órganos de contratación y las entidades adjudicadoras para describir el objeto de los contratos.

El CPV se compone de un vocabulario principal y un vocabulario suplementario.

El CPV vocabulario principal sirve para definir el objeto de un contrato y el vocabulario suplementario para añadir información cualitativa adicional. El vocabulario principal se basa en una estructura arborescente de códigos de hasta 9 dígitos (un código de 8 dígitos más un dígito de verificación) que corresponden a un enunciado que describe los suministros, obras o servicios objeto del contrato.

Divisiones, identificadas por los dos primeros dígitos del código (XX000000-Y);

Grupos, identificados por los tres primeros dígitos del código (XXX00000-Y);

Clases, identificadas por los cuatro primeros dígitos del código (XXXX0000-Y);

Categorías, identificadas por los cinco primeros dígitos del código (XXXXX000-Y);

Cada uno de los tres últimos dígitos aporta un grado mayor de precisión dentro de cada categoría.

Un noveno dígito sirve para verificar los dígitos precedentes.

El vocabulario suplementario podrá utilizarse para completar la descripción del objeto del contrato. Lo constituye un código alfanumérico, al que corresponde un enunciado que permite aportar mayores precisiones sobre la naturaleza o el destino específicos del bien que va a adquirirse.

5.- La obligatoriedad del uso de la clasificación CPV en los formularios normalizados.

El uso del CPV es obligatorio en la Unión Europea desde el 1 de febrero de 2006.

El CPV, aprobado por el Reglamento (CE) nº 2195/2002, está en uso desde el 16 de diciembre de 2003.

La versión del CPV que figura en los anexos del Reglamento (CE) nº 2195/2002 fue modificada por última vez por el Reglamento nº 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, que resulta aplicable desde el 15 de septiembre de 2008.

Esta versión del CPV es la versión en vigor para:

- Rellenar los formularios de anuncios de licitación
- Buscar oportunidades comerciales en TED
- Encontrar anuncios de licitación en los archivos de TED

6.- Aplicación práctica del CPV.

¿Cómo rellenar los formularios de anuncios de licitación con el CPV?

Los poderes adjudicadores deben tratar de encontrar el código que mejor se ajuste a la adquisición prevista. Si bien en algunas ocasiones los poderes adjudicadores pueden tener que elegir entre diversos

códigos, es importante que seleccionen un único código para el título del anuncio de licitación. Si el CPV fuera inexacto, los poderes adjudicadores deberán referirse a la división, grupo, clase o categoría que mejor describa su adquisición prevista (un código más general que puede reconocerse fácilmente porque tiene más ceros).

Por ejemplo:

El poder adjudicador prevé la adquisición de un servicio de transporte por carretera diseñado para dispositivos frágiles de alta tecnología:

Códigos que pueden ser objeto de interés

- 60000000 Servicios de transporte terrestre y servicios de transporte por tuberías
- 60000000 Servicios de transporte terrestre y servicios de transporte por tuberías
- 60100000 Servicios de transporte terrestre
- 60110000 Servicios de transporte terrestre de pasajeros
- [...]
- 60120000 Servicios de transporte terrestre de mercancías
- 60121000 Transporte ferroviario de mercancías
- [...]
- 60122000 Servicios de transporte de carga por carretera
- 60122100 Servicios de transporte de carga por carretera en vehículos especializados
- 60122110 Servicios de transporte en vehículos refrigerados
- 60122120 Servicios de transporte en vehículos cisterna
- 60122130 Servicios de transporte en vehículos para productos a granel
- 60122140 Servicios de transporte en vehículos para carga en contenedores
- 60122150 Servicios de transporte en vehículos de mudanza
- 60122160 Servicios de transporte de seguridad
- 60122161 Servicios de automóviles blindados
- 60122170 Servicios de transporte médico
- 60200000 Servicios de transporte por tuberías
- [...]

La entidad deberá buscar en el CPV 60122100 «Servicios de transporte de carga por carretera en vehículos especializados», dado que no hay ningún código incluido abajo que cumpla con su necesidad específica. A continuación, puede hacer que el código 60122100 sea más exacto utilizando un código del vocabulario suplementario. En este caso, podría ser X009-9 «Conducción por la izquierda», si la entidad es inglesa, irlandesa, chipriota o maltesa.

¿Cómo buscar oportunidades comerciales con el CPV en TED?

TED (Tenders electronic daily) da acceso a todos los contratos publicados a nivel europeo.

Gracias a su código numérico, el CPV puede utilizarse para buscar oportunidades comerciales en la Unión Europea superando la barrera lingüística.

Las empresas que busquen oportunidades de contratos en Ted deberán fijarse en dos tipos de códigos CPV: aquellos que mejor describan su cartera de productos, servicios o actividades de construcción; las divisiones, grupos, clases y categorías que estén situados encima de los códigos que mejor reflejen dichas actividades.

7.- La aplicación del vocabulario común se rige por las Directivas europeas sobre contratación pública.

En las Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos vigentes (la 2004/18, sobre contratos del sector público y la 2004/17, sobre contratos en los sectores especiales, esto es, el agua, la energía, los transportes y los servicios postales), las nomenclaturas del CPV se utilizan para la descripción del objeto del contrato en los anuncios de licitación, para la publicidad de los procedimientos de adjudicación, para las obligaciones estadísticas y para la definición del ámbito de aplicación.

XIII.- El futuro próximo del Derecho comunitario de los contratos públicos.

A nivel comunitario europeo la aprobación de las Directivas de 2004 se enmarca en un ambicioso paquete legislativo, en el que junto a las citadas Directivas, que refunden la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa hasta ahora en varias Directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos, se han aprobado el Reglamento (CE) n° 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV) [Diario Oficial L 340 de 16.12.2002] ⁵¹, la Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos (Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE), la Directiva 2005/51/CE de la Comisión de 7 de septiembre de 2005 por la que se modifican el anexo XX de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el anexo VIII de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública y el contravalor de los umbrales previstos por las Directivas de contratación pública aplicables a los contratos públicos a partir del 1 de enero de 2004 [Diario Oficial C 95 de 20.4.2004].

A ello hay que sumar que el Derecho europeo de los contratos públicos ha dado lugar más recientemente a la trascendente Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los

⁵¹ Que fue modificado posteriormente por el Reglamento n° 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007.

procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos y el Reglamento (CE) nº 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos ⁵², que por cierto ha creado confusión al Gobierno español que lo ha incorporado al ordenamiento interno ⁵³ ignorando la eficacia inmediata y aplicabilidad directa de este tipo de norma comunitaria.

Asimismo se ha publicado en el DOUE de 15 de marzo de 2008 el Reglamento (CE) nº 213/2008 de la Comisión de 28 de noviembre de 2007, que modifica el Reglamento (CE) no 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), y las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los procedimientos de los contratos públicos, en lo referente a la revisión del CPV. Y están en proceso de elaboración por las instituciones comunitarias unas directivas sobre los contratos de concesiones, sobre los contratos públicos de defensa ⁵⁴ y otra directiva –si bien ésta mucho más compleja por su objeto– sobre

⁵² Téngase en cuenta también la Decisión de la Comisión de 1 de febrero de 2008 relativa a la revisión de los límites contemplados en el artículo 157, letra b), y en el artículo 158, apartado 1, del Reglamento (CE, Euratom) no 2342/2002 sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero (2008/102/CE).

⁵³ Por medio de la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre, por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir del 1 de enero de 2008 (corrección de errores publicada en el BOE nº 30, de 4 de febrero de 2008).

Hay que tener en cuenta que la disposición adicional decimocuarta de la Ley 30/2007 y la disposición final tercera de la Ley 31/2007 (como habían señalado anteriormente la disposición adicional segunda de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y la disposición final tercera de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones), establecen que las cifras que en lo sucesivo se fijen por la Comisión Europea y se publiquen por Orden del Ministro de Hacienda, sustituirán a las que figuran en el texto de la misma.

⁵⁴ Con fecha 5 de diciembre de 2007, la Comisión presentó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en los ámbitos de la defensa y la seguridad [COM(2007) 766 final].

Sobre las peculiaridades de estos importantes, tanto cuantitativa como cualitativamente, contratos, puede verse el Libro verde “Los contratos públicos de defensa” (COM/2004/0608 final).

colaboración público-privada⁵⁵, sobre la que muy difícilmente se va a poder alcanzar un consenso comunitario por las diferentes posturas de los Estados miembros de la Unión al respecto —lo que contrasta con la incorporación al texto español de la LCSP del contrato típico y administrativo de colaboración público-privada, definido en el artículo 11 y limitada su aplicabilidad en el apartado 2 del precepto y en el artículo 118⁵⁶—.

La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. La CPP está presente en los transportes, la salud pública, la educación, la seguridad, la gestión de los residuos y la distribución de agua o de energía. De acuerdo con el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final], la CPP se caracteriza:

- por la duración de la relación entre los socios;
- el modo de financiación del proyecto;
- el papel de los socios en la definición, la concepción, realización, aplicación y financiación;
- la distribución de los riesgos.

⁵⁵ Ver el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final], la Comunicación de la Comisión dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM(2005) 569 final) sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, y el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones» (2007/C 51/05).

⁵⁶ Frente a la indeterminación inicial de su configuración inicial, en la tramitación parlamentaria de la Ley 30/2007 se precisó el carácter subsidiario del contrato, al que sólo cabrá acudir cuando para satisfacer las necesidades colectivas las administraciones no puedan acudir a un contrato de concesión de obras públicas, de servicios, de obra, de suministro o de gestión de servicios públicos.

Acerca de la nueva figura contractual puede verse CHINCHILLA MARÍN, C. (2006), “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *REDA* 132 (2006), págs. 609 y ss. y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2006), “Contrato de colaboración público-privada”, *RAP* 170, págs. 22 y ss.

El desarrollo de la CPP forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.

La Comisión Europea presentó el 15 de noviembre de 2005 una Comunicación dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM(2005) 569 final) sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.

La colaboración público-privada es una figura que está siendo cada vez más utilizada en ordenamientos europeos -principalmente en los anglosajones- y que en España ha incorporado la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Esta norma crea un nuevo contrato típico de colaboración público-privada, que permite el reparto de riesgos entre la Administración y el contratista y que la financiación sea anticipada por el sector privado. La norma opta por una definición muy amplia y difusa del tipo contractual, que se pretende incorporar a la legislación española a pesar de que la Directiva comunitaria en la materia todavía no ha sido aprobada ⁵⁷. En este sentido, hubiera sido más conveniente

⁵⁷ El artículo 11 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público define como contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado “aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”.

En estos contratos, la contraprestación a percibir por el contratista colaborador de la Administración consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

esperar a que se apruebe la regulación europea sobre la figura limitarse en la Ley española a realizar una aproximación meramente conceptual que delimite sus perfiles frente al resto de los contratos típicos⁵⁸.

En este punto, debe llamarse la atención sobre la cada vez mayor extensión del Derecho comunitario de la contratación pública, que sobre todo merced a la avanzada jurisprudencia del Tribunal europeo de Justicia conquista progresivamente más parcelas en su afán de poder someter a principios y reglas comunes a todos los contratos públicos. Así, de la tradicional preocupación por las fases preparatorias y de adjudicación del contrato, ha pasado a contemplar la previsión de condiciones especiales de ejecución del contrato (las disposiciones de la Directiva 2004/18 al respecto han sido incorporadas por el artículo 102 LCSP), a imponer obligaciones sobre el pago a los contratistas y a los subcontratistas (Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, incorporada al Derecho español por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre), sobre duración de los contratos, régimen de las prórrogas y sobre modificaciones del contrato (para limitar notablemente su uso –como ha recogido el artículo 202 de la LCSP–, tras las observaciones al anteproyecto de LCSP de la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea emitidas el 12 de diciembre de 2006, en las que rechazaba la compatibilidad con el Derecho comunitario de la posibilidad de modificar el contrato por “necesidades nuevas”).

⁵⁸ Véase en este sentido URÍA FERNÁNDEZ, F., “Primeras impresiones en relación con el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Diario La Ley* nº 6435 (2006), p. 4.

Capítulo Sexto: **El control del cumplimiento del derecho comunitario de los contratos públicos.**

I.- La falta de mecanismos efectivos de control del cumplimiento de la normativa comunitaria sobre contratos públicos.

Toda la completa normativa comunitaria aprobada por las Instituciones comunitarias a partir de los años 70 y encaminada a la apertura de la contratación pública quedaba, sin embargo, en la práctica seriamente amenazada por la falta de medios de control eficaces para los supuestos de infracción del Derecho comunitario en la materia.

En efecto, las Directivas sobre contratos públicos de obras, suministros, servicios y “sectores especiales” (como hemos visto en la lección 7 del Master), contienen exclusivamente normas sustantivas que disciplinan los procedimientos de contratación con el objetivo siempre puesto en la realización de los principios de transparencia y no discriminación. De esta forma, ante la ausencia de normas que específicamente contemplasen mecanismos de garantía, control y cumplimiento de estas Directivas, como por lo demás es la regla general para la aplicación del Derecho comunitario, correspondía, por un lado, a los propios Estados miembros asegurar ese control y, por otro, a las instituciones comunitarias, Comisión y Tribunal de Justicia, vigilar el cumplimiento efectivo de las Directivas.

Sin embargo, por diversas razones, estos procedimientos de control no funcionaban por regla general, o lo hacían de modo insuficiente.

En primer lugar, los poderes adjudicadores seguían cometiendo numerosas irregularidades en la adjudicación de los contratos públicos, ya fuese por desconocimiento de la normativa comunitaria o por mala fe. La mayoría de estas irregularidades se producían antes de que el contrato fuera adjudicado. Así, entre las prácticas fraudulentas detectadas por la Comisión de las Comunidades Europeas

destacaban: el fraccionamiento deliberado de los contratos para escapar de los umbrales de aplicación de las Directivas; las informaciones incompletas y erróneas facilitadas a las empresas interesadas; la introducción en los pliegos de condiciones de cláusulas discriminatorias; el incumplimiento de las normas de publicidad; recurso abusivo a la contratación directa (Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 1992, Comisión contra España); incumplimiento de las normas en el ámbito técnico —por ejemplo imponiendo especificaciones técnicas que favorecen a la producción nacional (denunciado en la STJCE de 22 de septiembre de 1988, Comisión contra Irlanda)—; incumplimiento de las normas en materia de selección (exigiendo pruebas abusivas o exorbitantes, no previstas en las Directivas, etc.); incumplimiento de las normas en materia de adjudicación (utilizando sesgadamente el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, utilizando criterios de adjudicación desconocidos por los licitadores, etc.); introducción de modificaciones importantes de los pliegos de condiciones que permiten eliminar determinadas ofertas; no observancia del procedimiento a seguir para las ofertas anormalmente bajas; no consideración por parte del poder adjudicador de una evaluación objetiva de las ofertas, etc..

En definitiva, subsistían —y de hecho todavía persisten— tendencias generalizadas en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea, de índole proteccionista, que llevaban a que las entidades contratantes favorecieran a las empresas nacionales. Si a ello unimos que las empresas que tenían que hacer frente a las discriminaciones solían mostrarse remisas a llevar a los compradores públicos a los tribunales nacionales, por temor a perder la oportunidad de obtener contratos en el futuro, la situación se presentaba como difícilmente superable.

Además de lo anterior, hay que resaltar que los distintos Estados miembros de la Comunidad Europea no disponen de legislaciones homogéneas garantizadoras de las normas comunitarias de contratación. En efecto, existen al respecto grandes diferencias entre los distintos países, tanto por lo que se refiere a las vías de control internas de las Administraciones públicas como a las jurisdiccionales.

En relación con las primeras, hay que indicar que si bien todos los Estados miembros de la Comunidad prevén recursos administrativos en materia de adjudicación de los contratos públicos, los poderes de actuación de las instancias administrativas competentes varían sustancialmente en los distintos ordenamientos. Así, por ejemplo, la posibilidad de suspensión de la decisión de adjudicación sólo existe en algunos Estados miembros (p.e. en Grecia, Dinamarca y España); la anulación de las decisiones de adjudicación por violación de las reglas obligatorias es posible en algunos ordenamientos, mientras que en otros no se permite si el contrato en cuestión ya está concluido; en fin, la posibilidad de conceder una indemnización directa en favor de las empresas perjudicadas por las instancias administrativas no existe más que en algunos Estados (como España y Dinamarca).

Por otra parte, los efectos jurídicos y procedimentales de las acciones ejercitadas sobre la base de un recurso administrativo varían en los distintos países de la Comunidad: en algunos Estados, es posible, por ejemplo, interponer un recurso administrativo y, al mismo tiempo, un recurso jurisdiccional (así en Bélgica y Portugal), mientras que en otros es obligatorio acudir a la vía administrativa de recurso como requisito previo a la interposición de un recurso jurisdiccional (son los casos de Dinamarca y España).

En cuanto a la vía jurisdiccional, también existen diferencias notables entre los distintos Estados miembros. La razón principal de estas divergencias es que los contratos públicos gozan de distinta naturaleza jurídica en los ordenamientos comunitarios, y así, mientras en unos países estos contratos tienen un carácter puramente privado (Gran Bretaña, Dinamarca, Alemania), en otros gozan de naturaleza pública (Francia, España). Ello da lugar a que las controversias en materia de contratación pública, según las distintas tradiciones jurídicas y evoluciones jurisprudenciales de los Estados, sean conocidas bien por la jurisdicción civil o bien por la jurisdicción administrativa.

A su vez, los poderes de los Tribunales tienen también un alcance diferente en los distintos ordenamientos jurídicos: así, la anulación

de los procedimientos ilegales de adjudicación no puede obtenerse en condiciones similares en todos los Estados miembros; o la posibilidad de adopción de medidas cautelares efectivas no está prevista en algunos Estados, mientras que en otros sólo se admite con carácter excepcional; y otro tanto ocurre con la posibilidad de obtener indemnizaciones por daños y perjuicios, que está sujeta en muchas jurisdicciones a tales imperativos que en realidad es únicamente una posibilidad teórica (no es este último el caso de España, donde está totalmente garantizada tanto la posibilidad de recurrir –vía recursos administrativos y contencioso-administrativos–, como la de obtener medidas cautelares e indemnizaciones de daños y perjuicios ⁵⁹).

Por otra parte, no han funcionado, por insuficientes, los mecanismos puramente comunitarios de control de las Directivas sobre contratos públicos, ya que tan sólo permitían a los órganos comunitarios llegar a constatar que los Estados miembros incumplían las obligaciones derivadas del Tratado, pero sin poder ir más allá.

II.- La aprobación de las Directivas sobre “recursos”:

1.- La Directiva 89/665/CEE, sobre procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de obras y suministros.

Pues bien, a esta preocupante situación intentó poner remedio la Comunidad a través de las Directivas conocidas como de “recursos”: la Directiva del Consejo 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso

⁵⁹ El sistema español de responsabilidad administrativa consagrado por la Constitución (artículo 106.2) y en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículos 139 a 146), es de los más avanzados que existen en el Derecho comparado. Se reconoce responsabilidad por los daños y perjuicios causados a los ciudadanos tanto por el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos.

en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, y la Directiva del Consejo 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (los denominados sectores especiales o de servicio público).

El punto de partida evidente de estas Directivas se pone de manifiesto desde los primeros Considerandos de la Directiva 89/665/CEE, donde se señala que “las directivas comunitarias en materia de contratos públicos (...) no contienen disposiciones específicas que permitan garantizar su aplicación efectiva”, ya que “los actuales mecanismos destinados a garantizar dicha aplicación, tanto en el plano nacional como comunitario, no permiten siempre velar por el respeto de las disposiciones comunitarias, en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse”.

Así pues, teniendo en cuenta que la apertura de los contratos públicos a la competencia comunitaria “necesita un aumento sustancial de las garantías de transparencia y de no discriminación y que resulta importante, para que tenga efectos concretos, que existan medios de recurso eficaces y rápidos en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales que transpongan dicho Derecho” (Considerando 3º), el Consejo decidió aprobar estas Directivas sobre “recursos”.

La importancia de la aprobación de las Directivas era, pues, evidente y, además, se pueden considerar como una concreción de la obligación que el artículo 10 del Tratado CE impone a los Estados miembros de crear vías judiciales de recurso efectivas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones comunitarias derivadas del propio Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad.

Pues bien, la primera de estas Directivas, la 89/665/CEE, impone como principal obligación a los Estados la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar que las decisiones de los poderes

adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (artículo 1.1).

A tal efecto, los Estados deben velar para que los procedimientos de recurso que establezcan prevean los poderes necesarios:

1. para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, “medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados” (artículo 2.1.a);
2. para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, “incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión” (artículo 2.1.b);
3. para conceder “una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción” (artículo 2.1.c).

Por lo que se refiere a las medidas cautelares, la propia norma analizada (artículo 2.1.a) expresamente menciona a continuación, como supuesto más típico de las mismas, “las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores”. Sin embargo, la Directiva no limita las medidas provisionales a la suspensión, de manera que podrán adoptarse cualquier tipo de medidas.

En cuanto a los criterios a utilizar para la adopción o no de medidas cautelares, la Directiva precisa que “los Estados miembros podrán determinar que el organismo responsable (...) pueda tener en cuenta las consecuencias probables de dichas medidas para todos los intereses que puedan verse perjudicados, así como el interés general, y decidir no concederlas cuando las consecuencias negativas pudieran superar sus ventajas. La decisión de no conceder estas medidas provisionales no prejuzgará los demás derechos reivindicados por la

persona que solicite tales medidas”. En definitiva, la Directiva maneja una dualidad de criterios para adoptar la decisión: el balance entre los beneficios y perjuicios que derivan de la medida y la valoración del interés de los terceros y el interés general.

En lo que respecta a España, pese a que la mayoría de la doctrina coincidió en señalar que las exigencias de la Directiva 89/665/CEE, salvo claro está el procedimiento de actuación de oficio de la Comisión, ya se encontraban perfectamente incorporadas a nuestro Derecho interno, por lo que no hacía falta adoptar ninguna medida para dar cumplimiento a las disposiciones de la Directiva, el TJCE se encargó de demostrar lo contrario.

2.- La Directiva 92/13/CEE, sobre “recursos” en los “sectores excluidos”.

Por lo que se refiere a la Directiva de “recursos” en los denominados sectores especiales (92/13/CEE), es preciso resaltar, en primer lugar, la similitud de los objetivos que persigue en relación con la Directiva 89/665/CEE: garantizar la correcta aplicación de las Directivas sobre contratos públicos, estableciendo a tal efecto remedios efectivos y rápidos.

Como ha observado el propio Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los trabajos preparatorios y las propias disposiciones de las Directivas 89/665 y 92/13/CEE “muestran que el legislador comunitario, sensible a la diversidad de los Derechos nacionales y preocupado por preservar en lo posible el principio de seguridad jurídica, ha dado preferencia en primer lugar a los recursos anteriores a la celebración del contrato. Al decidir que los efectos de un recurso sobre un contrato ya celebrado los establezca el Derecho nacional, y al permitir que un Estado miembro limite dichos efectos a la concesión de una indemnización de daños y perjuicios a la persona perjudicada, ha admitido que un Estado excluya, a nivel nacional, la anulación de un contrato en vigor” (Auto de 22 de abril de 1994, Comisión contra Bélgica).

Sin embargo, la Directiva 92/13/CEE ofrece interesantes novedades en los medios que instrumenta para garantizar el respeto de la normativa comunitaria sobre contratos, novedades que los Estados miembros tenían que adaptar a su derecho interno antes del 1 de enero de 1993 (España disponía de plazo hasta el 30 de junio de 1995, aunque no la incorporó al Derecho español hasta la aprobación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre).

En primer lugar, la Directiva, teniendo en cuenta las características específicas de determinados ordenamientos jurídicos, permite a los Estados la elección entre diferentes opciones de efectos equivalentes en lo referente a los poderes de las instancias de recurso.

Una de estas opciones incluye el poder de intervenir directamente en los procedimientos de formalización de los contratos de las entidades contratantes. Esta opción coincide con las medidas previstas en la Directiva 89/665/CEE, a saber: previsión de los poderes necesarios para adoptar “medidas provisionales para corregir la presunta violación o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados”, para “anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, el anuncio periódico indicativo (...) o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de formalización del contrato en cuestión” y para “conceder una indemnización de daños y perjuicios a las personas perjudicadas por la violación” (artículo 2.1, apartados a), b) y d) de la Directiva 92/13/CEE).

La segunda opción, sin embargo, constituye una de las principales novedades de la Directiva de 1992 al establecer el poder de ejercer una presión indirecta efectiva sobre las entidades contratantes con el fin de que éstas remedien cualquier violación o de que se abstengan de cometerlas. En concreto, el artículo 2.1.c) de la Directiva 92/13/CEE señala que consiste en la adopción de “medidas distintas a las consideradas en las letras a) y b) (medidas provisionales y anulación de las decisiones ilegales) que tengan por objeto corregir la violación comprobada e impedir que se causen perjuicios a los intereses afectados;

en particular, emitir una orden de pago de una cantidad determinada en caso de que la infracción no sea corregida o evitada”.

Por lo tanto, cada Estado miembro podrá elegir cualquiera de las dos opciones, pero siempre en modo que quede garantizada la plena efectividad de las Directivas sustantivas que establecen la apertura de la contratación pública.

Pero además la Directiva precisa que los Estados miembros podrán efectuar dicha elección bien para el conjunto de las entidades contratantes, o bien para categorías de entidades definidas a partir de criterios objetivos, salvaguardando en todo caso la eficacia de las medidas establecidas con el fin de impedir que se cause un perjuicio a los intereses afectados (artículo 2.1.c), párrafo 2º).

Sin embargo, tanto la segunda opción como el sistema de relaciones que se puede dar entre ambas alternativas no están nada claros y han sido criticados con razón por la doctrina.

En cuanto a la responsabilidad que pueden exigir los perjudicados por una infracción de la normativa sobre contratación pública, la Directiva 92/13 va más allá que la 89/665/CEE, al disponer que cuando una persona interponga una demanda por daños y perjuicios por los gastos habidos en la preparación de una oferta o la participación en un procedimiento de formalización, “únicamente se le exigirá que pruebe que ha habido violación del Derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este derecho, y que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación” (apartado 7 del artículo 2). Esta previsión podría jugar un importante papel de cara a estimular las acciones por daños de los participantes agraviados en procedimientos de adjudicación de contratos, en los supuestos en que los costes de preparación de las ofertas sean altos.

Por último, también es una novedad de la Directiva 92/13/CEE la previsión de un sistema de certificación del cumplimiento del ordenamiento comunitario en materia de contratos públicos (artículos 3 a

7), que persigue estimular el cumplimiento de las Directivas y garantizar la transparencia en la contratación.

La Directiva se limita a definir las características esenciales del sistema de certificación, remitiendo para la fijación de las modalidades de su funcionamiento a las normas de los distintos Estados miembros.

En los certificados, emitidos por personas independientes y cualificadas, se hará constar que los procedimientos de formalización de contratos de una determinada entidad adjudicadora se ajustan, hasta el momento de emisión del certificado, al derecho comunitario en la materia, y las entidades contratantes que obtengan el certificado podrán darle al mismo publicidad a nivel comunitario (a través del DOCE).

3.- La reforma de las Directivas de recursos.

Tras una compleja y discutida tramitación, ha sido ya aprobada por el Parlamento y el Consejo Europeo la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

El objetivo manifestado por la Comisión en la elaboración de la propuesta de reforma de las llamadas Directivas «Recursos» era animar a las empresas comunitarias a que liciten en cualquier Estado miembro de la Unión, dándoles la seguridad de que, llegado el caso, podrán entablar recursos eficaces cuando consideren que se lesionan sus intereses en el marco de procedimientos de adjudicación de contratos. Este refuerzo de la eficacia de los recursos precontractuales incitará a los órganos de contratación a dar mejor publicidad a sus contratos y a sacarlos a licitación en beneficio de todas las partes interesadas.

La nueva Directiva plantea la modificación de las dos Directivas relativas a los recursos en el ámbito de la contratación pública, tanto la Directiva 89/665/CEE, como la Directiva 92/13/CEE.

Las modificaciones propuestas por la reforma de las Directivas de recursos introducen normas coordinadas destinadas a clarificar y mejorar la eficacia de las disposiciones vigentes sobre los recursos precontractuales entablados en el marco de procedimientos formales de adjudicación de contratos o en el marco de contratos de adjudicación directa. Otras tienen por objeto, por una parte, reorientar el mecanismo corrector que puede activar la Comisión hacia los casos de infracciones graves, y, por otra, derogar dos mecanismos (el de certificación de las entidades contratantes y el de conciliación) aplicables únicamente en los sectores especiales que no han sido utilizados por las entidades contratantes.

En las Directivas «recursos» se establece una distinción entre, por una parte, los recursos precontractuales, destinados principalmente a corregir a tiempo las infracciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y, por otra, los recursos postcontractuales, que se limitan, por lo general, a la concesión de una indemnización por daños y perjuicios.

Lo que se busca con la modificación de las Directivas «recursos» es, sobre todo, mejorar la eficacia de los recursos a disposición de los operadores económicos en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, que han de ajustarse no sólo a las disposiciones específicas de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, sino también a los principios del Tratado CE, por ejemplo los principios de libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, libertad de establecimiento, y a los principios que de ellos se derivan, como los de igualdad de trato, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Además, este objetivo se inscribe plenamente en el 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. Por último, la mejora de la eficacia de 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 [véase la Comunicación de la Comisión de 28.5.2003, COM(2003) 317 final].

De acuerdo con lo previsto por la Directiva de recursos reformada, cuando un órgano de contratación concluya un procedimiento formal de adjudicación de conformidad con las Directivas relativas a los contratos públicos, deberá suspender la celebración del contrato hasta que haya transcurrido un plazo de al menos diez días civiles a partir de la fecha de notificación de la decisión de adjudicación motivada a los operadores económicos que hayan participado en el procedimiento de adjudicación.

Cuando un órgano de contratación considere que puede adjudicar directamente un contrato cuyo importe sea superior a los umbrales fijados en las Directivas sobre contratos públicos, deberá (excepto en caso de urgencia imperiosa) suspender la celebración del contrato durante un plazo mínimo de diez días civiles, después de haber procedido a darle una publicidad adecuada mediante un anuncio de adjudicación simplificado. Si el órgano de contratación celebra ilegalmente un contrato durante el plazo suspensivo, tal celebración se considerará sin efecto. Las consecuencias de dicha ilegalidad sobre los efectos del contrato serán extraídas por la instancia de recurso competente, si bien para ello será preciso que un operador económico le someta el asunto dentro de un plazo de prescripción de seis meses a partir de la fecha en que se celebró efectivamente el contrato.

El TJCE ya había exigido un recurso específico que impida la celebración del contrato y el comienzo de su ejecución hasta que se produzca su resolución expresa. Así lo señaló en su importante sentencia de 28 de octubre de 1999 (asunto Alcatel):

“Las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, 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, deben interpretarse en el sentido de que 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”.

III.- El incumplimiento de las Directivas de recursos por el Estado español.

En lo que respecta a nuestro país, la doctrina más autorizada, salvo honrosas excepciones como la del Profesor Gimeno Feliú ⁶⁰, coincidía en señalar que las exigencias de la Directiva 89/665/CEE, ya se encontraban perfectamente incorporadas a nuestro Derecho interno, por lo que entendían que no hacía falta adoptar ninguna medida para dar cumplimiento a las disposiciones de la Directiva ⁶¹.

Por el contrario, la Directiva 92/13/CEE sí preveía mecanismos especiales, por lo que hacía falta adaptar sus disposiciones a nuestro Derecho (España disponía de plazo para ello hasta el 30 de junio de 1995), lo que ocurrió finalmente al aprobar nuestro Parlamento la Ley 48/1998, de 30 de diciembre.

Pues bien, en su sentencia de 28 de octubre de 1999, *Alcatel Austria y otros* (C-81/98, Rec. p. I-7671 (apartado 35), el Tribunal de Justicia declaró que se desprende del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 que los recursos que contempla tienen por objeto las decisiones adoptadas por la entidad adjudicadora cuando éstas han infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las

⁶⁰ *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Civitas, Madrid, 1995 y “Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las reformas legales en contratación pública”, RAP 144 (1997).

⁶¹ Vid. por todos PIÑAR MAÑAS, J. L., “El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria. Especial referencia a la directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero”, *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletines 76, págs. 11 y ss., y 77, págs. 15 y ss.(1992).

normas nacionales, sin que dicha disposición prevea una restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de estas decisiones.

Recordando la jurisprudencia del TJCE, en las Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger presentadas el 13 de junio de 2002, en el asunto C 214/2000, Comisión contra España, se señala que “al exigir que el recurrente demuestre la existencia del perjuicio sufrido y privarle, por consiguiente, de la posibilidad de impugnar un acto que puede serle lesivo, el ordenamiento español no se ha adaptado correctamente a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Directiva sobre recursos. En efecto, dichas disposiciones nacionales no permiten impugnar una decisión que puede tener efectos perjudiciales, por infringir el Derecho comunitario en materia de contratos públicos, en el momento más adecuado. Por ello impiden que el justiciable obtenga las medidas provisionales destinadas a corregir la infracción alegada o a impedir que se causen otros perjuicios en el futuro. La obligación de demostrar la existencia del perjuicio sufrido constituye, por consiguiente, un requisito adicional que no está previsto en la Directiva sobre recursos y que es contrario a ésta”.

En relación con las medidas cautelares, de las Directivas sobre recursos se desprende con claridad que *cualquier decisión ilegal* adoptada por la entidad adjudicadora antes de la celebración del contrato entre la empresa adjudicataria y la entidad adjudicadora puede *no sólo* ser impugnada, *sino* que *además* es posible obtener medidas provisionales antes de la interposición de un recurso sobre el fondo contra la decisión ilegal. En otras palabras, no se trata sólo de poder formular la solicitud de medidas provisionales, sino que es necesario además que el juez al que se acuda pueda acogerla antes de que se interponga cualquier recurso sobre el fondo contra la decisión ilegal. En caso contrario, es manifiestamente imposible alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva sobre recursos, que consiste, en particular, en evitar o corregir las ilegalidades cometidas por la entidad adjudicadora. La necesidad de adoptar medidas urgentes y eficaces se compagina mal con la exigencia de interponer un recurso previo sobre el fondo.

El Tribunal de Justicia confirmó dicha interpretación en su sentencia Comisión/Grecia (sentencia de 19 de septiembre de 1996, C-236/95, Rec. p. I-4459). En dicho asunto, se reprochaba a la República Helénica que no hubiese adaptado correctamente su Derecho nacional a las disposiciones de la Directiva sobre recursos. Aunque reconoció no haber adoptado en el plazo señalado por el dictamen motivado las medidas necesarias para atenerse a la referida Directiva, el Gobierno helénico alegó que entretanto se había adoptado una ley que cumplía las exigencias de la Directiva sobre recursos. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no dejó de subrayar que las disposiciones de dicha ley no adaptaban correctamente el Derecho interno a las de la Directiva sobre recursos. Observó, en particular, que, en relación con la suspensión de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, que se contempla en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva sobre recursos, la disposición de la ley nacional de adaptación, al supeditar la medida de suspensión a la interposición de un recurso de anulación contra el acto administrativo impugnado, no cumplía las exigencias de la Directiva sobre recursos. El apartado 11 de la sentencia Comisión/Grecia, antes citada, precisa más concretamente lo siguiente: «A este respecto, basta señalar que el artículo 52 del Decreto Presidencial n. 18/89 sólo se refiere a los procedimientos de suspensión de la ejecución y presupone la existencia de un recurso principal de anulación del acto administrativo impugnado, mientras que, en virtud del artículo 2 de la Directiva [89/665], los Estados miembros están obligados, más en general, a conferir a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso la facultad de adoptar, *independientemente de cualquier acción previa*, todas las medidas provisionales, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión.». El Tribunal de Justicia observó, además, que la legislación nacional invocada no contenía ningún elemento relativo a la indemnización, prevista en el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva sobre recursos, de las personas perjudicadas en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales de adaptación al citado Derecho.

De la citada sentencia resulta que, en contra de lo que alegó el gobierno español, el Tribunal de Justicia no se limitó a declarar la falta de adaptación del Derecho interno a la Directiva en el plazo fijado por el dictamen motivado, sino que analizó la ley helénica que debía aplicarse y motivó las razones por las que ésta no había adaptado correctamente el ordenamiento nacional a las disposiciones de la Directiva sobre recursos.

El Abogado General propuso pues al TJCE en sus conclusiones en el asunto C 214/00 que declarase que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665, al supeditar la concesión de medidas cautelares a la necesidad de interponer un recurso sobre el fondo contra la decisión ilegal de la entidad adjudicadora.

De los tres motivos que alegaba la Comisión Europea en su recurso contra España, el TJCE acogió en su sentencia de 15 de mayo de 2003 los relativos al ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre contratos y a la previsión legal española que supedita la suspensión de un acto administrativo ilegal al planteamiento de un recurso sobre el fondo contra éste. Sin embargo, el Tribunal rechazó el recurso en lo que se refería a que los actos denominados «de trámite» sólo pueden ser objeto de recurso directo en casos excepcionales. En relación con esta pretensión de la Comisión, el Tribunal concluyó que la normativa española garantiza a los interesados la posibilidad de recurrir no sólo contra los actos definitivos sino también contra los actos de trámite, siempre que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o que produzcan indefensión o un perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Por otro lado, para el TJCE la Comisión no acreditó que esta normativa no garantice una tutela judicial adecuada de los particulares perjudicados por infracciones de las normas pertinentes del Derecho comunitario o de las normas nacionales que adapten el ordenamiento jurídico interno a dicho Derecho.

En definitiva, los Estados miembros han de establecer un régimen que permita la adopción de cualquier tipo de medidas de urgencia,

incluidas las de carácter positivo, destinadas tanto a evitar y corregir como a subsanar las ilegalidades cometidas por la entidad adjudicadora a lo largo del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate. Tal exigencia es incompatible con la de interponer un recurso previo sobre el fondo contra la decisión ilegal.

IV.- Las reformas de la Ley de Contratos para adecuarse a las Directivas de recursos.

El artículo 67 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo medidas para tratar de garantizar los derechos de los licitadores en los procedimientos de contratación administrativa. De este modo, añadió a la Ley de Contratos un nuevo artículo 60 bis con el título de “medidas provisionales” y una nueva disposición adicional decimosexta que se titula “recursos en materia de contratos de las sociedades sujetos a esta ley”. Estas medidas derivan también de las sentencias del TJCE de 15 de mayo y de 16 de octubre de 2003.

La sentencia del TJCE de 15 de mayo de 2003 declara en el considerando 78 que “según se desprende del artículo 1, apartados 1 y 3, de esta Directiva (se refiere a la directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1.989, 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), los procedimientos de recurso que esta incluye tienen que ser, por un lado, eficaces y lo más rápidos posible y, por otro, accesibles a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción”. En el considerando 79 de la misma sentencia se afirma que “en cuanto a este tema, es procedente señalar que, si bien la normativa española establece la posibilidad que se adopten medidas cautelares de carácter positivo, no es necesario considerar que se constituya un sistema de tutela judicial provisional adecuado para corregir de forma eficaz las infracciones eventualmente cometidas por las entidades adjudicadoras,

puesto que por regla general exige la interposición previa de un recurso en cuanto al fondo como condición para la adopción de una medida provisional contra una decisión de la entidad adjudicadora.”

Pues bien, el legislador pretendió adecuar la normativa sobre contratación administrativa a los pronunciamientos judiciales con la adición del nuevo artículo 60 bis sobre “medidas provisionales”, pero no modificó el sistema general de recursos en la fase de licitación y adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas en concordancia con lo ya manifestado en la exposición de motivos de la ley 13/1995, de 18 de mayo, de que no era necesario incorporar el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE, porque la materia de recursos que constituye su objeto era ajena a la legislación de contratos de las administraciones públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro ordenamiento jurídico, en diferentes normas procedimentales y procesales vigentes, ya se ajustaba a su contenido.

La finalidad que se persigue con las medidas provisionales es suspender el procedimiento de adjudicación de un contrato público o cualquier decisión adoptada por un órgano de contratación para corregir una infracción o impedir que se causen perjuicios a los interesados afectados. Por ejemplo, si se excluye del procedimiento de licitación a una empresa esta puede solicitar la suspensión del procedimiento de adjudicación durante el tiempo que se resuelva su recurso, para así evitar que continúe el procedimiento de tal manera que cuando se resuelva el recurso puede suceder que ya este adjudicado el contrato o quizás ejecutado, con lo que el sistema de recursos quedaría desvirtuados perdiendo los recursos su finalidad. Este sistema de medidas provisionales debe ponderar los intereses públicos presentes en la ejecución del contrato, en muchas ocasiones es urgente la contratación para satisfacer una necesidad pública inmediata, y por otra el interés de los particulares que se pueden ver perjudicados por las decisiones de los órganos de contratación.

Del análisis del artículo 60 bis del TRLCAP se deduce en primer lugar que están legitimados para solicitar las medidas provisionales

los los interesados en concurrir a un procedimiento de adjudicación y, en todo caso, los licitadores. Es decir, se excluye a cualquier otro particular que no tenga la condición de licitador o posible licitador, así por ejemplo un empresario que estime que una cláusula del pliego de cláusulas administrativas particulares es ilegal por establecer una limitación a la concurrencia que vulnera el principio de igualdad y que impide que su empresa pueda participar puede solicitar que se suspenda el procedimiento de contratación iniciado, aunque como hemos dicho no haya participado en el procedimiento de licitación. Igualmente, un licitador que no ha sido adjudicatario puede solicitar la suspensión de la adjudicación en cuanto no se revise o se motive las valoraciones efectuadas por la Mesa de contratación. De este modo, podríamos ir citando múltiples supuestos que se pueden dar en la siempre rica casuística sobre contratación administrativa. La solicitud de la medida provisional procederá cuando exista una infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, por lo tanto el licitador deberá acreditar en su escrito dirigido a la Administración que se ha producido una infracción o un perjuicio a los intereses afectados.

Vista la finalidad que se persigue con las medidas provisionales y los legitimados para solicitarlas, interesa fijar el procedimiento. La solicitud podrá formularse con independencia de que se interponga el recurso correspondiente, es decir bien se puede solicitar junto con un recurso o bien se puede solicitar independientemente para que el órgano de contratación rectifique la infracción cometida, la regla general será que se solicite junto con los pertinentes recursos bien contra actos definitivos o contra actos de trámite que de terminen la imposibilidad de continuar con el procedimiento establecido. El plazo para solicitar la adopción de las medidas provisionales será de cinco días a contar desde la fecha de la infracción alegada, debiendo resolverse, de forma motivada, en un plazo de 10 días, entendiéndose denegada en el supuesto de no recaer resolución expresa.

Este procedimiento trata de ser sumario y dar respuesta de manera rápida a la medida solicitada, con ello se pretende cumplir la finalidad de la citada Directiva comunitaria de establecer un sistema que

permita adoptar las medidas provisionales con la mayor brevedad posible y mediante procedimiento de urgencia. Contra la resolución que resuelva sobre la medida provisional no cabrá recurso, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

Si bien con la regulación efectuada por el legislador estatal se ha conseguido el establecimiento de un procedimiento breve para la adopción de las medidas provisionales genera más dudas la imparcialidad de este procedimiento por cuanto la decisión sobre la adopción de las medidas corresponde al mismo órgano que sean competentes para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase. Hubiera sido conveniente que la decisión recayera sobre un órgano independiente que valorara los distintos intereses en conflicto y la supuesta infracción desde una distancia mas lejana que en la que se sitúa el órgano de contratación. En este sentido se pronuncia la Recomendación 2/2004, de 7 de julio, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña al afirmar que: “No se garantiza así una independencia de criterio para la resolución de la infracción alegada. Es cierto que la Directiva 89/665/CEE no fija unas características del organismo que conozca en primera instancia de los recursos en materia de contratación pública ni exige que tenga que ser de carácter jurisdiccional, pero es absolutamente insuficiente la previsión del apartado 5 del artículo 93 de la LCAP que prevé que el empresario licitador, adjudicado ya el contrato y notificada la adjudicación al conjunto de empresas licitadoras, puede solicitar del órgano de contratación un informe que motive las razones por las cuales la empresa no ha estado considerada adjudicataria del contrato.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que cuando el Gobierno del Estado ha querido incorporar alguna tímida medida en la línea de garantizar los derechos de defensa de los licitadores durante el transcurso del proceso de licitación pública, como ha sido la previsión del artículo 87.1 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por Real decreto 1098/2001, de

12 de octubre, según el cual las empresas pueden formular por escrito su reserva u observación ante la propuesta de adjudicación formulada por la mesa de contratación a la proposición del precio más bajo o económicamente más ventajosa, la medida ha aportado una grande confusión. Tanto es así que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda ha tenido que pronunciarse en su informe núm. 25, de 17 de diciembre de 2002, por reconducir la remarcable confusión producida por el mencionado artículo 87.1 del RGLCAP, afirmando que el precepto es de aplicación exclusivamente en la subasta “pero no en el concurso”.

Finalmente señalar que cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos. Mediante el sistema de garantías se trata de poner los denominados contrapesos a las medidas provisionales adoptadas que tienen diversos objetivos: bien evitar o paliar perjuicios posibles, o bien reparar en el futuro los que no pueden ser evitados. Hay que señalar que aunque parece que se trata de medidas que pueden adoptarse facultativamente por el órgano competente para resolver los recursos, deberían ser preceptivas de estimarse que la medida provisional puede ocasionar un perjuicio. Además, la cuantía de la garantía debe tener en cuenta el daño el perjuicio susceptible de ser causado, no la situación económica del licitador. La caución o garantía será admisible en cualquiera de las formas admitidas en Derecho y, en todo caso la medida provisional acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o la garantía esté constituida y acreditada.

En cuanto a la Disposición adicional decimosexta del TRLCAP, también añadida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, estableció que “a efectos de reclamaciones y recursos en relación con los contratos a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y las Telecomunicaciones”.

Por lo que se refiere a la nueva Ley de Contratos del Sector Público, también ha establecido un régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos. La regulación contenida en los artículos 37, 38 y 39 de la Ley 30/2007 resulta muy criticable por sus limitaciones (sólo se aplica a contratos sujetos a regulación armonizada) y por residenciar la resolución del recurso especial en el propio órgano de contratación. Analizaremos más adelante en el Master esta regulación, cuando ya entremos en detalle en el Derecho español y reflexionemos sobre la nueva LCSP.

V.- Los recursos de la Comisión contra los Estados por incumplimiento del Derecho comunitario de los contratos públicos.

La Comisión, en su decisivo papel de garante del funcionamiento y desarrollo del mercado común (el artículo 211 del Tratado CE dispone que la Comisión “velará por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de este mismo Tratado”), si considera que un Estado ha faltado a una obligación que le incumbe en virtud del Derecho comunitario, puede iniciar el procedimiento de incumplimiento tal y como prevé el artículo 226 del Tratado de la Comunidad Europea ⁶²:

“Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado, emitirá un dictamen motivado al respecto ⁶³,

⁶² El artículo 227 del Tratado también permite que cualquier Estado miembro recurra ante el Tribunal de Justicia contra otro Estado miembro si considera que éste ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado.

Sin embargo, los Estados se muestran muy reticentes a hacer uso de este procedimiento, que hasta ahora sólo ha dado lugar a una Sentencia del Tribunal de Justicia (de 4 de octubre de 1979, Asunto 141/78, Francia contra Reino Unido).

⁶³ Según la jurisprudencia del Tribunal, dado que el dictamen motivado, así como todo el procedimiento previo en el marco del recurso por incumplimiento, está destinado a resolver la controversia amigablemente, es necesario que el Estado miembro tenga ocasión de justificar su postura y, en su caso, de rectificar su actitud (Sentencia de 18 de marzo de 1986, Comisión contra Bélgica, Asunto 85/85). Por esta razón, el dictamen debe contener una exposición coherente y detallada de las razones que han llevado a la Comisión a la convicción de que el Estado interesado ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado (Sentencia de 28 de marzo de 1985, Comisión contra Italia, Asunto 274/83, F.J. 21).

después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia”.

Por consiguiente, la Comisión sólo podrá interponer un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia si el Estado miembro de que se trata no se ha atendido al dictamen motivado en el plazo que la Comisión le haya señalado para ello.

El procedimiento del recurso de incumplimiento confiere al Tribunal de Justicia el poder de decidir, en último extremo, si un Estado miembro ha faltado a una de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario. Por lo tanto, las acciones ejercidas sobre la base del artículo 226 del TCE tienen una naturaleza puramente declarativa.

El recurso por incumplimiento ha sido utilizado por la Comisión como vía para hacer cumplir la normativa comunitaria en la adjudicación de contratos públicos. Así, por ejemplo, la Comisión ha interpuesto recursos por incumplimiento contra los Estados miembros en casos como los siguientes: contra Italia, por haber adjudicado el Ayuntamiento de Milán un contrato relativo a la construcción de una instalación de reciclado de residuos sólidos urbanos, omitiendo la publicación de un anuncio del contrato en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*⁶⁴; contra Irlanda, por permitir la inclusión, en la oferta de licitación de un contrato de obras públicas relativo al abastecimiento de agua del distrito de Dundalk, de una cláusula en la que se establece que las conducciones que se utilicen deben haber obtenido un certificado de conformidad con una norma irlandesa⁶⁵; contra Portugal, debido a que el anuncio de licitación publicado por la empresa “Aeroportos e Navegação Aérea”

⁶⁴ Sentencia de 10 de marzo de 1987 (Asunto 199/85), que condenó a Italia por el incumplimiento de la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

⁶⁵ Sentencia de 22 de septiembre de 1988 (Asunto 45/87), que condenó a Irlanda por este motivo.

y relativo al suministro y a la instalación de una central telefónica en el aeropuerto de Lisboa, debía haber sido publicado en el DOCE, de acuerdo con lo dispuesto por la Directiva 77/62/CEE⁶⁶; y contra España, al haber decidido el Rectorado de la Universidad Complutense de Madrid adjudicar por contratación directa las obras que tenían por objeto las obras de ampliación y reforma de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología y de la Escuela de Trabajo Social⁶⁷.

VI.- La adopción de medidas cautelares por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En el campo específico de los contratos públicos, el TJCE ha declarado que “el incumplimiento de una Directiva aplicable a un contrato público constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria”, y que la declaración posterior de un incumplimiento por el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 226 del Tratado, con frecuencia después de la ejecución del contrato, “no podrá eliminar el perjuicio sufrido por el ordenamiento jurídico comunitario y por todos los licitadores excluidos o privados de la posibilidad de participar adecuadamente, respetándose el principio de igualdad de trato” (Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1994, en el Asunto Comisión contra Bélgica). La Comisión, en su condición de guardiana de los Tratados, está facultada pues para incoar un procedimiento sobre medidas provisionales paralelamente a un recurso por incumplimiento vinculado a un procedimiento impugnado de adjudicación de un contrato público.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1991 (Asunto C-247/89), que desestimó finalmente el recurso de la Comisión por considerar que la citada empresa (“Aeroporos”), en su condición de organismo que gestiona servicios de transporte, no estaba incluida, en la fecha de licitación de que se trata (1987), en el ámbito de aplicación de la Directiva 77/62/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro.

⁶⁷ Sentencia de 18 de marzo de 1992 (Asunto C-24/91), que condenó a España por incumplir las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

En el Auto de 31 de enero de 1992, el Presidente del Tribunal de Justicia, como medida cautelar, ordenó la suspensión de un contrato público, que ya estaba adjudicado y en vías de ejecución (se trataba de contrato de concesión del sistema de automatización del juego de la lotería). Para llegar a esta conclusión, el Presidente del Tribunal examinó si concurrían en el caso de autos los requisitos necesarios para acordar una medida cautelar.

Así, en primer lugar, declaró que concurría el “*fumus boni iuris*”⁶⁸, sobre la base de que el propio Tribunal había declarado con anterioridad, en su Sentencia de 5 de diciembre de 1989, que, al reservar únicamente a las sociedades en que el Estado o el sector público tengan, de forma directa o indirecta, una participación mayoritaria o total la posibilidad de celebrar convenios en materia de realización de sistemas informáticos por cuenta de la Administración Pública, “la República italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 52 y 59 del Tratado CEE y de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976”.

Por lo que respecta al “*periculum in mora*”⁶⁹, el auto acogió las alegaciones de la Comisión que señalaban la necesidad de la adopción de medidas provisionales, so pena en caso contrario de que cuando el Tribunal resolviese el litigio principal, el contrato estuviera ya ejecutado, con lo que la futura sentencia, si fuese favorable a la Comisión, quedaría desprovista de toda eficacia.

En fin, en lo tocante a la ponderación de intereses, el Presidente del Tribunal apreció la prevalencia del interés de la Comisión, en su condición de garante de los Tratados, en impedir que se infrinjan las

⁶⁸ El “*fumus boni iuris*” es la apariencia de buen derecho, esto es, el Tribunal debe valorar los argumentos de hecho y de derecho que justifican “a primera vista” la concesión de la medida provisional solicitada.

⁶⁹ Se trata del segundo requisito cuya concurrencia se exige para adoptar una medida cautelar y se refiere a los motivos de urgencia que hacen necesaria dicha medida (un perjuicio grave e irreparable).

normas fundamentales de éstos, sobre el interés del Estado miembro en completar la rápida automatización del juego de la lotería.

A la hora de decidir sobre la adopción o no de medidas cautelares, el TJCE utiliza como un criterio básico la ponderación de los intereses en presencia. Así, por ejemplo, en el asunto Comisión contra Bélgica (C-87/94 R), la Comisión Europea sostenía el incumplimiento del Estado belga ya que había permitido que la “Société régionale wallonne du transport” (SRWT) cometiese diversas irregularidades en la adjudicación de un contrato público de suministro de autobuses de transporte público (en tres años, se debían suministrar más de 300 vehículos). En efecto, la citada sociedad admitió modificaciones efectuadas en una de las ofertas con posterioridad a la apertura de éstas, no excluyó a un licitador que no respondía a los criterios de selección del pliego de condiciones y seleccionó una oferta que tampoco respondía a los criterios del pliego. La demanda de medidas provisionales formulada por la Comisión simultáneamente a la presentación del citado recurso, tenía por objeto que se ordenase al Estado belga que adoptase todas las medidas necesarias para suspender los efectos jurídicos de la decisión de adjudicación de la SRWT, así como todas las medidas necesarias para suspender los efectos jurídicos de los vínculos contractuales establecidos entre dicha sociedad y la sociedad adjudicataria del contrato, hasta que el Tribunal de Justicia pronunciase la sentencia definitiva en el procedimiento principal.

Pues bien, al perjuicio grave e irreparable invocado por la Comisión, el Estado belga opuso el argumento del lamentable estado del parque de autobuses, que incluía numerosos vehículos antiguos. Finalmente, el Presidente del Tribunal de Justicia, tras corroborar documentalmente que el estado de los autobuses en cuestión comprometía efectivamente el imperativo de seguridad que debe regir toda actividad de servicio público (no sin poner de relieve la culpa de la Administración demandada en que se hubiese llegado a esa situación), desestimó la demanda de medidas provisionales “dadas las circunstancias del caso y habida cuenta de la gravedad del riesgo (...), para no contribuir también a la agravación del mismo”.

Capítulo Séptimo:

La problemática del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria europea sobre contratación pública

I.- La interpretación funcional del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre contratos.

Uno de los principales problemas aplicativos de la normativa europea sobre contratación pública ha sido, sin duda alguna, el referido a su ámbito subjetivo de aplicación. ¿Qué entidades están sometidas a las directivas comunitarias de contratos?

En relación con el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos que está detrás de las legislaciones de todos los países europeos en la materia, es preciso resaltar que hasta la aprobación de la Directiva 93/36/CEE, la Directiva comunitaria que estaba en vigor en materia de contratos públicos de suministro (77/62/CEE), contemplaba como poderes adjudicadores «al Estado, a los entes públicos territoriales y las personas jurídicas de Derecho público». Sin embargo, para los Estados miembros que desconociesen esa última noción, lo serían «las entidades equivalentes que se enumeran en el Anexo I». Por su parte, la Directiva 71/305/CEE, sobre contratos públicos de obras, contenía una noción todavía más restrictiva, ya que establecía –artículo 1.b)– que «se consideran poderes adjudicadores al Estado, a las colectividades territoriales y a las personas jurídicas de Derecho público enumeradas en el Anexo I».

En la problemática del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas sobre contratos públicos tuvo ocasión de mediar la Corte de Justicia de Luxemburgo en el importante Asunto *Beentjes* (sentencia de 20 de septiembre de 1988). En concreto, en dicho litigio se le planteó al Tribunal la aplicación o no de la Directiva 71/305 a la adjudicación de los contratos de obras celebrados por un organismo que formalmente no estaba integrado en la Administración del Estado, como era la Comisión local neerlandesa de concentración parcelaria.

En sus alegaciones, el Gobierno de los Países Bajos sostuvo el argumento de que el ámbito subjetivo de la Directiva de 1971 no incluía a un organismo como la Comisión local, ya que ésta no era ni un servicio de la Administración del Estado, ni un servicio administrativo de una colectividad territorial, ni una «de las personas jurídicas de Derecho público enumeradas en el Anexo I (de la Directiva)».

Pues bien, pese a ello, la postura del Tribunal fue contundente:

«El concepto de Estado, en el sentido de esta disposición –artículo 1.b) de la Directiva 71/305–, debe recibir una interpretación funcional. El fin de la Directiva, tendente a la efectiva realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, se vería en efecto comprometido si la aplicación del régimen previsto por la Directiva debiera excluirse por el hecho de que un contrato público de obras fuera adjudicado por un organismo que, a pesar de haber sido creado para desempeñar las tareas que la ley le confiere, no se hallase formalmente integrado en la Administración del Estado.

Por consiguiente, un organismo cuya composición y funciones, como sucede en el caso de autos, están previstas por la ley, y que depende de los poderes públicos tanto por la designación de sus miembros como por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, como por la financiación de los contratos públicos que está encargado de adjudicar, debe considerarse comprendido en el Estado a los efectos de la disposición citada anteriormente, aunque formalmente no constituya una parte integrante de él».

De esta forma, la doctrina del Tribunal, interpretando la noción de Estado a los efectos de la normativa sobre contratación pública, se muestra plenamente en la línea marcada por el mismo en otros ámbitos diferentes. En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha interpretado la noción de «Estado» o de «Administración Pública», se puede extraer la conclusión de que la Corte siempre trata de dar al

concepto de «Estado» un «efecto útil», es decir, el contenido más adecuado para la consecución *hic et nunc* de los objetivos de la normativa de que se trate. En función de este objetivo se podrá o bien interpretar extensivamente el concepto de «Estado», por ejemplo en relación con las ayudas del artículo 87 del TCE (por ayuda pública entiende el TJCE cualquier ventaja económico-financiera otorgada por el Estado, o financiada con cargo a recursos estatales, adopte la forma que sea), con la aplicación de la doctrina del efecto directo de las Directivas comunitarias o, en el tema que nos afecta, en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, o bien, por el contrario, efectuar una distinción según que el Estado actúe en una u otra calidad. Por ejemplo, esto ocurre en relación con la transparencia de las relaciones entre los Estados miembros y las empresas públicas, cuando el TJCE distingue entre el Estado que actúa como autoridad pública y el Estado cuando actúa como propietario; en relación con la recaudación del IVA, distinguiendo entre la calidad de la autoridad pública y la de sujeto pasivo-persona privada; o en relación con el acceso a los empleos públicos en los distintos países miembros de la Comunidad, interpretando la noción de «empleos en la Administración pública» que recoge el apartado cuarto del artículo 39 del Tratado como excepción a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad (los Estados miembros sólo podrán reservar a sus nacionales los empleos o puestos de trabajo ligados a aquellas funciones o actividades que entrañen el ejercicio de potestades públicas o funciones públicas de autoridad). Por lo demás, siempre que, habida cuenta del objetivo subyacente, hay que interpretar ampliamente el concepto de «Estado» —como ocurre en el ámbito de la contratación pública—, se utiliza con carácter general el criterio del control fáctico, de la influencia dominante y de la posibilidad por parte de la autoridad pública de dar instrucciones obligatorias, de cualquier tipo (por la propiedad, la participación económica, la subordinación administrativa o por medio de disposiciones legales).

En consonancia con esta doctrina jurisprudencial, todas las Directivas sobre contratos públicos, aprobadas a partir del año 1993, incluidas las Directivas vigentes 2004/17/CE y 2004/18/CE, incorporan

una definición funcional de «poder adjudicador». Así, estas Directivas consideran como poderes públicos sujetos a la aplicación de la normativa sobre contratos «al Estado, los entes públicos territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público»⁷⁰.

Por lo tanto, las Directivas han conseguido unificar su extensión subjetiva optando por una noción funcional de poder adjudicador.

En cuanto a lo que se considera como organismo de Derecho público, las Directivas señalan que será todo aquel organismo: «creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público».

Por consiguiente, para la determinación de su ámbito subjetivo, las Directivas siguen un criterio mixto, de carácter definitorio y enumerativo. De un lado, enumeran las figuras subjetivas definibles como públicas: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes u organismos; de otro lado, definen lo que para ellas son los organismos de Derecho público atendiendo no a una cláusula general, sino a través de unos índices relevantes: satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil, personalidad jurídica, financiación pública mayoritaria y control público de la gestión.

⁷⁰ Sobre el amplio ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos, puede verse MARTÍN LIZARRAGA, M.M., “La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública”, *Justicia Administrativa*, nº 6 (2000), págs. 15 y ss.

En definitiva, el concepto de ente de Derecho público que proponen las Directivas presenta unos caracteres verdaderamente amplios.

Ahora bien, la definición del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos plantea todavía más dificultades. En efecto, tras la vasta definición de lo que se entiende por organismo de Derecho público a efectos de las Directivas sobre contratos, éstas mismas precisan que en sus Anexos «figuran las listas de organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que reúnen los criterios señalados anteriormente» (señala en concreto el apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE que “en el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo. Los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas”). Estas listas serán lo más completas posibles y podrán ser revisadas por la Comisión, especialmente en función de las notificaciones de los Estados miembros, cuando parezca necesario excluir de los Anexos a los organismos que ya no se correspondan con los criterios que señalan las Directivas o, por el contrario, incluir en estos Anexos a los organismos que respondan a dichos criterios.

En este punto, se plantea un importante problema interpretativo que versa sobre la naturaleza jurídica de los referidos Anexos de las Directivas sobre contratos públicos, ya que se discute si tienen eficacia declarativa o constitutiva. Pues bien, teniendo en cuenta la precisión con la que son definidas las características que deben concurrir en un organismo para poder ser considerado de «Derecho público» a los efectos de las Directivas, y la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sentada en el asunto *Beentjes*, no parece consecuente con los objetivos de las Directivas sostener que un organismo dotado de tales características pueda sustraerse a los efectos de las Directivas si no ha sido incluido en los Anexos, ni, viceversa, que las Directivas se apliquen a organismos privados de tales características, pero comprendidos en los Anexos.

La descripción de lo que las Directivas entienden por organismos de Derecho público es lo suficientemente precisa y específica para permitir la directa identificación de las entidades a las que las normas comunitarias se refieren (en este sentido, las disposiciones de las Directivas sobre contratos públicos a las que nos estamos refiriendo reunirían las características que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas exige para apreciar su efecto directo).

Por lo tanto, la inclusión en los Anexos de las Directivas de un organismo tendría unos efectos bien meramente declarativos o bien de carácter ejemplificativo, pero no efectos constitutivos. Eso sí, dicha inclusión podría constituir una presunción *iuris tantum* de pertenencia a la categoría y de consiguiente sujeción a la normativa comunitaria sobre contratación pública.

Sobre el amplio ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos se pronunció el TJCE en su sentencia de 17 de diciembre de 1998. El pronunciamiento del Alto Tribunal trae causa del recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión con el fin de que se declarase que Irlanda había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al no atenerse a lo dispuesto en la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, y, en particular, al no publicar su licitación para el suministro de fertilizantes al Irish Forestry Board (Coillte Teoranta) –Servicio de Bosques– en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

El 10 de marzo de 1994, el Servicio de Bosques convocó una licitación relativa a un contrato de suministro de fertilizantes por un valor superior a 200.000 euros, correspondiente al período comprendido entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 1995. No mandó publicar el anuncio de licitación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. El 30 de mayo de 1994, el Servicio de Bosques adjudicó el contrato. El 21 de junio de 1994, Connemara Machine Turf Co. Ltd,

empresa cuya oferta no había sido seleccionada, interpuso recurso ante la High Court contra la adjudicación del contrato.

Pues bien, antes de la adjudicación del contrato, la Comisión recibió una denuncia referente al procedimiento de la licitación. Con arreglo al apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 89/665, envió el 30 de junio de 1994 un escrito al Gobierno irlandés. En dicho escrito, la Comisión expresaba sus dudas respecto a la compatibilidad de la adjudicación del contrato con las normas comunitarias en materia de contratos públicos de suministro e indicaba, asimismo, que dicho escrito equivalía al requerimiento conforme al artículo 169 del Tratado. Básicamente, la Comisión alegaba que el Servicio de Bosques, como poder adjudicador, no había mandado publicar la licitación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, conforme a lo dispuesto en la Directiva 77/62 y, en particular, a su artículo 9.

El Gobierno irlandés se opuso mediante escrito de 22 de julio de 1994 a las alegaciones formuladas por la Comisión. Alegó que el procedimiento previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 89/665 no era aplicable, dado que el contrato había sido celebrado antes de la recepción del escrito de la Comisión; que, conforme al supuesto previsto en el apartado 4 del artículo 3 de la Directiva 89/665, la infracción alegada era ya objeto de un recurso interpuesto ante un órgano jurisdiccional nacional irlandés; que, en cualquier caso, el Servicio de Bosques no era un poder adjudicador ni en el sentido de la Directiva 93/36 ni en el de la Directiva 77/62; que Irlanda había adaptado correctamente su Derecho interno a lo dispuesto en las Directivas, y que, ni siquiera en el caso de que existiera una infracción de las normas comunitarias sobre contratos públicos de suministro, sería adecuado un procedimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado, dado que existía otra forma de recurso conforme a lo dispuesto en la Directiva 89/665.

En estas circunstancias, la Comisión interpuso un recurso por incumplimiento, que fue resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1998, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda* (Asunto C-353/96).

Sin discutir formalmente la admisibilidad del recurso, el Gobierno irlandés planteó en primer lugar la cuestión de si puede incoarse un procedimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado, cuando existen otros medios de subsanar un posible incumplimiento, como los previstos en el artículo 3 de la Directiva 89/665. Señaló que al haberse interpuesto un recurso ante la High Court el 21 de junio de 1994, es aplicable en el presente caso el apartado 4 del artículo 3 de dicha Directiva. La posible infracción de las disposiciones aplicables en materia de adjudicación de contratos públicos debe, a su juicio, apreciarse en el marco de dicho recurso. Por otra parte, la referida infracción no se derivaría de un incumplimiento por parte de Irlanda, sino que sería obra del Servicio de Bosques, si se considerara que éste es un poder adjudicador.

Sin embargo, para el Tribunal Europeo el procedimiento particular de la Directiva 89/665 constituye una medida preventiva que no puede contravenir ni sustituir las competencias que corresponden a la Comisión en virtud del artículo 169 del Tratado. Esta última disposición confiere, efectivamente, a la Comisión la facultad discrecional de recurrir al Tribunal de Justicia cuando estime que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado y que dicho Estado no se atiene al dictamen motivado de la Comisión.

Por lo que se refiere a la cuestión de si puede considerarse que Irlanda es responsable del comportamiento del Servicio de Bosques como poder adjudicador, para el TJCE las Directivas en materia de adjudicación de contratos públicos quedarían privadas de efecto útil si el comportamiento de un poder adjudicador no fuera imputable al Estado miembro de que se trate.

Declarada, pues, la admisibilidad del recurso, el Tribunal se pronunció sobre el fondo del asunto.

En este sentido, el Tribunal analizó detenidamente el organismo en cuestión. La creación del Servicio de Bosques en forma de sociedad de Derecho privado fue prevista por el artículo 9 de la Ley de bosques

irlandesa de 1988. A tenor de dicha Ley, el referido Servicio tiene por objeto ejercer las actividades de silvicultura y actividades conexas con carácter comercial y, conforme a las prácticas establecidas en el citado sector, crear y mantener una industria forestal, así como participar con otros en actividades forestales compatibles con los referidos objetivos. Los objetivos del Servicio de Bosques como propietario de doce parques nacionales de acceso gratuito incluyen también el acondicionamiento de instalaciones de carácter recreativo, deportivo, educativo, científico y cultural. De lo anterior resulta, pues, para el Tribunal que fue el Estado quien creó el Servicio de Bosques y le encomendó determinadas tareas de interés general. Corresponde asimismo al Estado la facultad de nombrar a los principales directivos del Servicio de Bosques y de cursar instrucciones al Servicio de Bosques, en particular con el fin de obligarle a respetar las líneas maestras de la política estatal sobre actividades forestales. Por lo demás, el Ministro de Hacienda tiene facultades en materia financiera que le permiten controlar la actividad económica del Servicio de Bosques.

En definitiva, si bien es cierto que ninguna disposición prevé expresamente que el control estatal se extienda específicamente a la celebración de los contratos públicos de suministro por parte del Servicio de Bosques, el Estado puede ejercer dicho control al menos de manera indirecta. En este sentido, el Tribunal recuerda que la coordinación a escala comunitaria de los procedimientos de celebración de contratos públicos de suministro tiene por objeto evitar los obstáculos a la libre circulación de mercancías, y que para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de poder adjudicador debe recibir una interpretación funcional. Debe entonces considerarse que el Servicio de Bosques es una autoridad pública cuyos contratos públicos de suministro están sometidos al control del Estado. De ello se deduce que el servicio de bosques es un poder adjudicador en el sentido de la Directiva 77/62. Por consiguiente, estaba obligado, en el caso de autos, a ordenar la publicación de un anuncio de licitación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

El Tribunal falló, pues, declarando que Irlanda había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 77/62, en su versión modificada por la Directiva 88/295, al no haber ordenado el Servicio de Bosques la publicación de un anuncio de licitación correspondiente a un contrato de suministro de fertilizantes en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Además, el Tribunal de Justicia ha declarado invariablemente que por «organismo de Derecho público» ha de entenderse aquel que reúna los tres requisitos acumulativos que se enuncian en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas sobre contratos. Según el Tribunal de Justicia, el tercer requisito enunciado en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de las Directivas sobre procedimientos enumera criterios alternativos que reflejan la estrecha dependencia de un organismo respecto del Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público. El Tribunal de Justicia aprecia a la luz de dicha jurisprudencia si un organismo debe o no considerarse entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas sobre procedimientos. En el caso en el que recayó la sentencia Comisión/Francia (Sentencia de 1 de febrero de 2001, asunto (C-237/99, Rec. p. I-939), la República Francesa se oponía a que se consideraran organismos de Derecho público, en el sentido de la Directiva 93/37, las sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado, reguladas por los artículos L. 411-1 del Código de la construcción y la vivienda francés. Según la República Francesa, aunque ciertamente concurrían los dos primeros requisitos, no sucedía lo mismo respecto al tercero de los enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de dicha Directiva, en la medida en que dicho organismo no presentaba vínculos suficientemente estrechos con los poderes públicos que pudieran influir en sus decisiones en materia de contratos públicos. El Gobierno francés alegó, por consiguiente, que no cabía considerar que las SA VAM fueran entidades adjudicadoras y que, por tanto, no les eran aplicables los procedimientos de contratación pública de obras. El Tribunal de Justicia no analizó la forma y régimen jurídicos de dichos organismos que se rigen por el Derecho privado, sino que apreció si concurrían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo

1, letra b), de la Directiva 93/37. A este respecto, consideró, contrariamente al Gobierno francés, que el tercer requisito también concurría, en la medida en que la gestión de las SA VAM estaba sujeta a un control de los poderes públicos que les permitía influir en las decisiones de aquéllas en materia de contratos públicos. De igual modo, en la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, el Tribunal de Justicia estimó que una entidad como la Österreichische Staatsdruckerei (ÖS) debía considerarse un organismo de Derecho público y, por consiguiente, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37. El Tribunal de Justicia observó sin embargo que, según la Ley que la creó, dicha entidad posee la calidad de comerciante en el sentido del Código Mercantil, está inscrita en el Registro Mercantil del Tribunal de Comercio de Viena (Austria) y sus actividades se rigen por las normas mercantiles. Asimismo, en la sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, el Tribunal de Justicia declaró que la sociedad anónima ARA, sociedad mercantil de Derecho privado, a la que los municipios de Arnhem y Rheden (Países Bajos) encomendaron tareas en el ámbito de la recogida de basuras y de la vía pública, podía corresponder al concepto de «organismo de Derecho público» y, por consiguiente, ser considerada una entidad adjudicadora, en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, en el caso de que cumpliera los requisitos enunciados en dicho texto. En la referida sentencia, el Tribunal de Justicia precisó que «el tenor del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 92/50 no contiene referencia alguna al fundamento jurídico de las actividades del organismo de que se trate» y que «para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional [...]. Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer».

II.- El reiterado incumplimiento del Derecho comunitario en España por la LCAP y el TRLCAP en lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación. Las sucesivas e inexplicablemente incompletas reformas de la legislación española en la materia.

Hay que resaltar que hasta la aprobación de la Ley 30/2007 (cuyo artículo 3 delimita de forma amplia los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público y que quedan sujetos por tanto a la normativa de contratación) y pese a las sucesivas reformas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas llevadas a cabo en 2003 (Ley 62/2003, de 30 diciembre), 2005 (Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo) y 2006 (Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007), resultaba insuficiente el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa pública sobre contratos. En efecto, de acuerdo con la muy consolidada jurisprudencia del TJCE —que ha llegado a condenar expresamente a nuestro país en diversas ocasiones—, el artículo 1 del TRLCAP (que no se llegó a modificar en las reformas anteriormente citadas) era contrario al Derecho comunitario de los contratos públicos por la no aplicación con carácter general de la normativa pública de contratación por las sociedades mercantiles públicas. En efecto, éstas, al igual que los organismos públicos de la LOFAGE sólo pueden quedar liberados de la aplicación del TRLCAP cuando cumplan los tres requisitos acumulativos que enuncian las Directivas sobre contratos públicos, según los cuales debe ser un organismo creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica, y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho.

A este respecto, el Abogado General Sr. Léger subraya en sus conclusiones en el asunto C-214/2000, Comisión contra España, presentadas el 13 de junio de 2002 que, con arreglo al artículo 1, letra b), de las Directivas sobre procedimientos, la forma y régimen jurídicos de un organismo no constituyen uno de los criterios que permiten calificarlo de organismo de Derecho público o de entidad adjudicadora. Considera, pues, que al excluir, *a priori*, del ámbito de aplicación personal de dicha

Directiva a las entidades cuya forma y régimen jurídicos se rigen por el Derecho privado, los textos legales españoles de adaptación a la Directiva sobre recursos, no se ajustan al concepto de «entidades adjudicadoras» contenido en el artículo 1 de la Directiva sobre recursos y definido en las Directivas sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos y, en particular, en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

En este sentido, en su sentencia de 15 de mayo de 2003 el Tribunal de Justicia rechaza las alegaciones del Gobierno español basadas en el hecho de que, de conformidad con la normativa española aplicable en el caso, a saber, el artículo 1, apartado 3, del TRLCAP, en relación con la disposición adicional sexta de esa misma Ley, las sociedades mercantiles bajo control público están excluidas del ámbito de aplicación personal tanto de la normativa española como de la normativa comunitaria sobre contratos públicos ⁷¹. Más concretamente, para determinar si esta exclusión garantiza una adaptación correcta del Derecho interno al concepto de «entidad adjudicadora» recogido en el artículo 1, apartado 1, 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 (DO L 395, p. 33), el Tribunal de Justicia, al estimar que el ámbito de aplicación personal de esta Directiva coincide, en particular, con el de la Directiva 93/37, hace referencia en la sentencia al alcance del concepto de «organismo de Derecho público» utilizado, en concreto, en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de esta última Directiva. El Tribunal de Justicia recuerda que, conforme a reiterada jurisprudencia, teniendo en cuenta el doble objetivo de apertura a la competencia y de transparencia que persigue la citada Directiva, dicho concepto debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia. Desde esta perspectiva, el Tribunal de Justicia

⁷¹ Véase GARCIA DE ENTERIA “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas”, *REDA* 119, 2003.

declara, en los apartados 54 y 55 de la sentencia Comisión/España, de 15 de mayo de 2003, que, según jurisprudencia reiterada, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad como organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en dicha disposición, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de esta Directiva. Dicha interpretación, que es la única que puede preservar plenamente el efecto útil de la Directiva 93/37, no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la sociedad de que se trate persigue satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el primer guión del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37. Esta conclusión tampoco se puede invalidar por la falta de referencia expresa, en la Directiva 93/37, a la categoría específica de las «empresas públicas», utilizada no obstante en la Directiva 93/38. En efecto, esta última Directiva se adoptó con la finalidad de extender la aplicación de las normas comunitarias sobre contratos públicos a los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, que no estaban comprendidos en otras directivas. Desde esta perspectiva, el legislador comunitario, utilizando los conceptos de «poderes públicos», por un lado, y de «empresas públicas», por otro, adoptó un enfoque funcional, análogo al empleado en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37. De este modo, pudo garantizar la inclusión en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/38 de todas las entidades adjudicadoras que actúen en los sectores regulados por ésta, cuando cumplan determinados criterios, siendo a este respecto indiferentes la forma y el régimen jurídico de dichas entidades.

Posteriormente, con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA), la Comisión Europea volvió a denunciar el incumplimiento español de la Directiva 93/37/

CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no someterse al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva y, más concretamente, a las normas de publicidad previstas en el artículo 11, apartados 2, 6, 7 y 11, y a las disposiciones de los artículos 12, apartado 1, 29, apartado 3, 18, 27 y 30, apartado 4.

Pues bien, en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de octubre de 2003 (asunto C-283/00), el máximo intérprete del derecho comunitario declara que en lo que se refiere al concepto de «necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» que figura en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de la Directiva 93/37, que el mismo pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate⁷². Además, según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas comunitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias *Adolf Truley*, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros*, C-18/01, Rec. p. I-0000, apartado 47). Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o

⁷² Sobre la sentencia véase GARCÍA DE ENTERRÍA E., “Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las administraciones públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 120 (Octubre-Diciembre 2003), páginas 667-677.

mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y Korhonen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas). En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia Korhonen y otros, antes citada, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil.

“Por tanto, habida cuenta de los criterios elaborados por la jurisprudencia, procede examinar la cuestión de si las necesidades de interés general que SIEPSA pretende satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil. Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado. Por tanto, las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado. Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración

Pública. Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos. En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en sí el primer objetivo de esta sociedad. En efecto, de los Estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado. Esta conclusión viene corroborada por el hecho de que, como señaló la Comisión sin ser contradicha por el Gobierno español, SIEPSA registró pérdidas financieras considerables durante los ejercicios 1997 y 1998. A este respecto, es preciso añadir que, con independencia de si existe un mecanismo oficial de compensación de posibles pérdidas de SIEPSA, parece poco probable que ésta haya de soportar los riesgos económicos derivados de su actividad. En efecto, habida cuenta de que la realización de la misión de esta sociedad constituye un elemento fundamental de la política penitenciaria del Estado español, resulta verosímil que, como único accionista, dicho Estado tome todas las medidas necesarias al objeto de evitar una posible quiebra de SIEPSA. En estas circunstancias, existe la posibilidad de que, en un procedimiento

de adjudicación de un contrato público, SIEPSA se guíe por consideraciones distintas a las meramente económicas. Pues bien, precisamente para evitar tal posibilidad, se impone la aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos (en este sentido, en particular, sentencias Adolf Truley, apartado 42, y Korhonen y otros, apartados 51 y 52, antes citadas). Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, como los señalados en los apartados 84 a 92 de la presente sentencia, procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil. De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición. En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad”.

Pero aún tuvo ocasión el TJCE de volver a condenar al Estado español. Siguiendo la doctrina sentada en los fallos anteriormente comentados, el Tribunal declaró en su sentencia de 13 de enero de 2005 que la normativa española incorpora de manera incorrecta el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en el artículo 1, letra b), de las Directivas 93/36 y 93/37, ya que excluye de su ámbito de aplicación a las entidades de Derecho privado, cuando éstas pueden cumplir los requisitos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de dichas Directivas.

En relación con el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos el Tribunal de Justicia de la UE ha condenado pues en varias ocasiones en los últimos años a nuestro país por una incorrecta transposición del Derecho europeo: SSTJCE de 15 de mayo de 2003, 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005.

Tras estas sentencias el Gobierno fue aprobando distintas reformas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que en ningún momento incorporara en todo su alcance la doctrina del TJCE que incluye dentro del concepto de poder adjudicador a determinados entes privados.

Así, la Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social para el año 2004, en su artículo 67, dio una nueva redacción al apartado 1 del artículo 2 del TRLCAP, incluyendo dentro de las prescripciones del mismo no sólo a las Entidades de derecho público no incluidas en el artículo 1, sino también a las Sociedades de derecho privado cuando se den los requisitos comunitarios (que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; que se trate de Entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras Entidades de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras Entidades de Derecho público).

La modificación normativa fue insuficiente al no cubrir todo el posible ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratación pública, al excluir, por ejemplo, a otros Entes privados que no tienen forma societaria, como sucede en el caso de las Fundaciones estatales.

En este sentido, alguna Comunidad Autónoma, como la andaluza, también intentó incorporar el criterio comunitario relativo al ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre contratación pública. Así, el artículo 122 de la Ley 18/2003, de 19 de diciembre, señala: «Las Entidades privadas vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que tengan la condición de poder adjudicador de conformidad con las disposiciones comunitarias, se someterán a la legislación administrativa de contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y de servicios, siempre que la cuantía de los mismos supere

las cifras fijadas en los artículos 135.1, 177.2, 203.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

Otra reforma importante fue la operada por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo. Esta norma, intitulada de “reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública”, incorpora en su título IV una modificación de los artículos 2.2, 3.1.c), 3.1.1), 141.a), 182.a), 210.a) y de la disposición adicional sexta del TRLCAP aprobado por el RDL 2/2000, de 16 de junio ⁷³.

Con la citada norma se incorporaron al ámbito subjetivo de la ley a las fundaciones del sector público para solucionar los problemas derivados de la ausencia de aplicación por estas de las normas contenidas en las Directivas comunitarias sobre procedimiento de adjudicación de los contratos cuando tales fundaciones gestionan proyectos financiados con fondos europeos.

En cuanto a los principios de contratación en el sector público, el RD Ley 5/2005 pretendió reintegrar a la legalidad anterior al 1 de enero de 2004 (en que se había reformado el TRLCAP) a un conjunto de sociedades públicas –de ámbito estatal, autonómico y local– que habían quedado exentas de la obligación legal de ajustar sus contratos a los principios de publicidad y concurrencia, incluyendo en tal supuesto a las fundaciones del sector público. De esta forma, la disposición adicional sexta del TRLCAP quedó redactada del siguiente modo: “Las

⁷³ El RDL 5/2005 redactó el apartado 1 del art. 2 TRLCAP en los siguientes términos: “Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior, las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 236.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.”

sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.”

Por último, la redacción del apartado 1 del artículo 2 fue modificada por el apartado uno de la disposición final cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, precisando el sometimiento a las prescripciones de la Ley de Contratos relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación de “las entidades de derecho público o de derecho privado con personalidad jurídica propia no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior”.

Con esta modificación se pasa a identificar las entidades de derecho privado sometidas a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en base a una definición genérica que recoge los criterios que en las directivas comunitarias de contratos públicos se han venido utilizando para definir a los «organismos de derecho público» en cuanto «poderes adjudicadores».

No obstante, así como los dos primeros elementos utilizados en las normas comunitarias para definir a estos «organismos de derecho público» (creación específica para satisfacer necesidades de interés general no mercantiles, y personalidad jurídica) son incorporados de forma directa y en sus propios términos en el artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el tercer criterio, referido a la necesidad de que exista una vinculación relevante con otro «poder adjudicador», se ha recogido mediante una remisión al artículo 1.3.b) de la misma Ley.

Ahora bien, como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa su Acuerdo adoptado en la reunión de la Comisión Permanente del día 30 de marzo de 2007, por el que se fijan criterios

interpretativos para la aplicación del artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LA LEY 2206/2000), en el contexto del artículo 1.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el criterio de la vinculación -en conjunción con los otros dos que conforman el concepto comunitario de «organismos de derecho público»- cumple una finalidad distinta que en el artículo 2.1:

“mientras que en esta disposición sirve para cerrar el ámbito de aplicación de la ley, incorporando a su disciplina –siquiera sea parcialmente– a las entidades de derecho privado que reúnan las características propias de los «organismos de derecho público», en el artículo 1.3 esos mismos elementos son utilizados para integrar la definición de las entidades de derecho público distintas de los organismos autónomos y de las << Administraciones>> territoriales que deben ser asimiladas a las << Administraciones>> Públicas a efectos de aplicación de la norma. La diferente funcionalidad de uno y otro precepto pudiera, eventualmente, plantear problemas de calificación a la hora de aplicar la cláusula de vinculación, por lo que, considerando la repercusión directa que tiene esta cuestión sobre la delimitación del ámbito de aplicación de la ley, parece conveniente establecer las pautas para una correcta interpretación del artículo.

Los eventuales problemas podrían surgir, especialmente, al fijar el sujeto que constituye el referente para apreciar esa vinculación o, desde otra perspectiva, al determinar la amplitud o extensión con que debe evaluarse la misma. Una interpretación del artículo que sólo tomase en cuenta su estricto tenor literal y se dirigiese de forma deliberada a obtener un resultado restrictivo, podría intentar articular la conclusión de que el artículo 2.1 de la Ley de << Contratos>> de las << Administraciones>> Públicas únicamente sería aplicable a las entidades privadas que dependan de forma directa e inmediata (en un primer grado) de una << Administración>> o entidad de derecho público, y no a aquellas en las que esta dependencia se establezca a través de entidades privadas interpuestas (en segundo o sucesivos grados), que reúnan, a su vez, las características indicadas en este precepto.

Esta aplicación limitativa del artículo 2.1 de la Ley de << Contratos >> de las << Administraciones >> Públicas no puede considerarse viable en nuestro ordenamiento.

En primer término, una interpretación que atienda no sólo al elemento gramatical, sino también a los criterios histórico, sistemático y teleológico a que hace referencia el artículo 3 del Código Civil (LA LEY 1/1889) y que, por tanto, tenga en cuenta, como demanda esta disposición, los antecedentes del precepto, su posición estructural en el ordenamiento y su «espíritu y finalidad», debe dar absoluta preponderancia a las directrices que se desprenden de las disposiciones comunitarias de las que trae causa, las cuales, además de constituir su contexto normativo de referencia, podrían incluso llegar a desplegar una eficacia directa en caso de omisión o insuficiencia de la norma nacional de transposición. Por ello, deben descartarse las interpretaciones que produzcan un resultado contrario al perseguido por las normas europeas y, por el contrario, dar primacía a aquellas que coadyuven a su obtención o realización.

En este sentido, la interpretación restrictiva antes apuntada llevaría a consagrar un efecto incompatible con las normas comunitarias, para las cuales las relaciones de vinculación consideradas relevantes para definir a un «organismo de derecho público» no son sólo las establecidas de forma directa con el Estado y los poderes públicos territoriales, sino, en general, con cualesquiera «poderes adjudicadores» y, por tanto, también, con otros «organismos de derecho público», entre los cuales pueden encontrarse, a pesar de la denominación, entidades de derecho privado, como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencias de 15.05.03, asunto C-214/00; 16.10.03, C-283/00; y 13.01.05, C-84/03).

Para que la aplicación de la norma sea conforme al derecho comunitario, la remisión al artículo 1.3.b) de la Ley de << Contratos >> de las << Administraciones >> Públicas que se realiza en su artículo 2.1 no puede interpretarse en términos que supongan, per se, la exclusión del ámbito de este precepto de aquellas

personas jurídico-privadas que estén vinculadas, de forma directa e inmediata, en primera instancia, a una entidad de derecho privado. En definitiva, debe considerarse que, a los efectos del artículo 2.1, la vinculación con las << Administraciones >> territoriales u otras entidades de derecho público que resulta relevante no puede ser sólo la que tenga un carácter directo, sino también la que se pueda establecer indirectamente a través de entidades privadas, siempre que éstas reúnan las características aludidas en dicho artículo.

Esta conclusión se obtiene de los propios criterios que maneja la norma para apreciar la existencia de dicha vinculación. Como ha señalado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los elementos que definen la relación que determina la consideración de una entidad como «organismo de derecho público» a efectos de las directivas de << contratos >> son criterios alternativos que «reflejan la estrecha dependencia de un organismo respecto del Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público» de tal forma que «la referida disposición define las tres formas en las que puede presentarse un organismo de Derecho público como tres variantes de una «estrecha dependencia» respecto de otra entidad adjudicadora» (sentencias de 03.10.00, asunto C-380/98; 01.02.01, C-237/99; y 27.12.03, C-373/00).

Esa estrecha dependencia, en el derecho español, no sólo se da entre entidades vinculadas de forma directa, sino también, en los casos de estructuras corporativas complejas, entre la entidad que está en la cabecera y cada una de las que se integran en ellas, independientemente del número de niveles existentes entre una y otras, a través de los conceptos de «grupo» y de «unidad de decisión», utilizados en las diferentes leyes que regulan la actividad de las entidades de derecho privado (artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LA LEY 1562/1988); artículo 42 del Código de Comercio (LA LEY 1/1885)). Estas construcciones equiparan de forma expresa los supuestos de control directo e indirecto, ya sean potenciales o actuales.

Sobre esta base de derecho privado, se superponen, además, diversas normas de derecho público (Ley General Presupuestaria (LA LEY 1781/2003), Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LA LEY 1671/2003), Ley de Fundaciones, en lo que se refiere a las de carácter estatal, la propia Ley de << Contratos >> de las << Administraciones >> Públicas, en su disposición adicional sexta, etc.), que se basan en similares nociones para articular diversos mecanismos de control (sobre la constitución y extinción, o sobre la adquisición y pérdida de posiciones relevantes; supervisión de los presupuestos y programas de actuación; protectorado y patronato; fijación de directrices de gestión a través de programas o mediante decisiones particulares; capacidad de intervención, aprobación, propuesta o veto en la adopción de determinadas decisiones; sujeción a auditoría pública, etc.) entre las << Administraciones >> y entidades públicas, por una parte, y, por otra, las entidades de derecho privado que, directa o indirectamente —a través de entidades de derecho privado interpuestas—, dependen de ellas”.

Como conclusión de todo lo anterior, la Junta Consultiva señala en el Acuerdo interpretativo citado que para valorar si concurre la situación de dependencia respecto de una Administración Pública o de otra entidad de derecho público a que se refiere el artículo 1.3.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (requisito que integra, por remisión del artículo 2.1, las características de las entidades de derecho privado contempladas por este precepto) deben considerarse relevantes tanto los vínculos de carácter directo como los de carácter indirecto, a través de una o varias entidades interpuestas. De acuerdo con ello, la Junta estima que se encuentran en la situación prevista en el artículo 1.3.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas las entidades de derecho privado que dependan, en alguna de las formas descritas en el apartado, de otras entidades de derecho privado que, a su vez, presenten ese mismo tipo de vínculos con una Administración Pública u otra entidad de derecho público. Este criterio debe mantenerse también en los casos en que entre la entidad de referencia y la vinculada de forma directa a una Administración o entidad de derecho público, se interpongan una o varias entidades de derecho privado, siempre que

dichas entidades intermedias reúnan los requisitos del artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y entre ellos el de la vinculación que se regula en el artículo 1.3.b)

III.- El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley española de Contratos del Sector Público. La tipología de entidades contratantes en la nueva Ley de Contratos.

Una de las claves para la comprensión de la nueva Ley española de Contratos radica sin duda en la tipología de las entidades contratantes. Según la categoría de que se trate tendrán que aplicar la Ley con diferentes niveles de intensidad y según sus regímenes contractuales. La LCSP combina para la determinación de estos diferentes niveles de aplicación de la norma criterios subjetivos con criterios objetivos, entre los cuales destacan sobre todo las clases de contratos que recoge la Ley (típicos, administrativos, mixtos, privados y contratos sujetos a regulación armonizada o no).

Pues bien, en la tipología de entidades y de contratos se apoya toda la estructura de la Ley.

Para definir el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, el artículo 3 considera en primer lugar que forman parte del SECTOR PÚBLICO los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
- b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia

funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local (en este punto no cita el legislador expresamente la Ley de Bases de Régimen Local, pese a que en el mismo apartado sí cita por su nombre la Ley 30/1992).

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

Dentro de las entidades del sector público, resulta necesario singularizar 3 grandes categorías:

1) Administraciones Públicas. Se definen, a los exclusivos efectos de la LCSP (he aquí uno de los grandes problemas hoy del Derecho administrativo, la carencia de una noción unívoca de Administración pública, lo que determina que según la norma o el sector o ámbito en el que nos encontremos se debe aplicar uno u otro concepto) de forma enumerativa en el apartado 2 del artículo 3, tomando como referencia la caracterización del “sector público administrativo” contenida en el artículo 3.1 de la LGP (Ley 47/2003, de 26 de noviembre) ⁷⁴.

⁷⁴ De acuerdo con el artículo 3.1 de la LGP, el sector público administrativo está integrado por:
“a) Los sujetos mencionados en los párrafos a), b) y d) del apartado 1 y en el apartado 3 del artículo anterior.

b) Las entidades mencionadas en los párrafos g) y h) del apartado 1 del artículo anterior, que cumplan alguna de las dos características siguientes:

1.^a Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro.

2.^a Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esta ley, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de la entregas de bienes o prestaciones de servicios”.

El artículo 2 de la misma norma señala que forman parte del sector público estatal:

“a) La Administración General del Estado.

b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración << General >> del Estado.

c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración << General >> del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la << Ley >> de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la << Ley >> de Fundaciones.

g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado.

h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la << Ley >> 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la << Ley >> 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado”.

En concreto, para la LCSP tienen la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior: Administraciones territoriales y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

b) Los Organismos autónomos.

c) Las Universidades Públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1.^a que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2.^a que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas para la Ley de Contratos —y aquí se produce una de las más importantes vías de escape de la norma—, las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

Pero la Ley también equipara a las Administraciones públicas, a efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación, a los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo (disposición adicional 3^a), las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco (disposición adicional 33) y el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), de acuerdo con la disposición final 5^a que modifica al efecto el artículo 22.3.b) de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario.

La mayoría de los preceptos de la Ley se dirigen a su aplicación por las Administraciones Públicas, que constituyen en consecuencia el núcleo de sujetos al que se aplica con mayor intensidad la norma. Además, con la nueva Ley sólo los contratos que celebren las Administraciones Públicas pueden tener carácter administrativo (artículo 20.1).

Muestra de la aplicabilidad masiva de la nueva Ley a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas son los contenidos de los títulos centrales de la norma, en los que son la excepción los preceptos dirigidos a las otras categorías contractuales. Así, el Libro II de la Ley dedica sus artículos 93 a 120 a la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas, mientras que sólo contiene un artículo, el 121, dirigido a la preparación de los contratos de otras entidades. En el Libro III las normas sobre adjudicación de los contratos de su Título I se estructuran en un capítulo I relativo a la “Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas” (artículos 122 a 172) y un reducido Capítulo II sobre la “Adjudicación de otros contratos del sector público” (artículos 173 a 177). En fin, el Libro IV, regulador de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, se aplica por definición sólo a las Administraciones públicas.

2) Poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública. Se trata de una categoría que pretende incluir a los sujetos sometidos a las reglas públicas sobre contratación por el Derecho comunitario europeo. La definición de estos sujetos se encuentra en el artículo 3.3 LCSP por referencia a los criterios sentados en la citada Directiva y recogidos en la letra h) del artículo 3.1, aunque, en este caso, el carácter residual de la referencia no opera en relación con todas las entidades enumeradas en las letras a) a g) del artículo 3.1 sino solo en relación con las que, dentro de esa enumeración, no tengan el carácter de Administraciones Públicas, con lo que se define un ámbito más amplio.

Además de por las normas del Libro I aplicables a todos los contratos del sector público, los entes integrantes de esta categoría se rigen por unas reglas bastante próximas a las de las Administraciones Públicas en la preparación y adjudicación de contratos sujetos a la Directiva 2004/18 (artículos 27, 104, 105, 173 y 174), y por unas normas con un menor nivel de exigencia en los restantes contratos (artículo 175).

La Ley acuña, incorporando la terminología comunitaria, el concepto de poder adjudicador, que identifica en el apartado 3 del artículo 3 considerando como tales a los siguientes entes, organismos y entidades:

- a) Las Administraciones Públicas.
- b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores

Por su parte, los contratos sujetos a regulación armonizada se delimitan en los artículos 13 a 17 de la Ley, incluyendo los contratos subvencionados. El concepto se ha acuñado en la Ley para lograr la diferenciación entre normas que provienen del Derecho comunitario y las que no tienen tal origen. El concepto de “contratos sujetos a regulación armonizada” sirve para designar a aquellos negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sujetos a las directrices comunitarias. A la inversa y por exclusión, el concepto define también el ámbito de contratos respecto de los cuales el legislador goza de mayor libertad para su configuración.

3) Restantes antes del sector público. Se definen negativamente por no tener el carácter de Administraciones Públicas, ni estar sujetos a la Directiva 2004/18: son, en definitiva, los entes que, estando incluidos en el ámbito del artículo 3.1, no se encuentran mencionados en el artículo 3.2 ni en el 3.3. Además de las normas del Libro I aplicables a todos los contratos del sector público, estos sujetos deben observar unas directrices mínimas para la adjudicación de los contratos que pretendan celebrar (artículo 176).

De lo anterior se desprende que el régimen fundamental de la Ley 30/2007 sigue siendo, al igual que en el TRLCAP, el de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y, dentro de estos, el de los contratos administrativos. Para estos contratos está concebida prácticamente la Ley: habrán de aplicar las disposiciones que a ellos se refieran –y son la inmensa mayoría– en el Libro I, en el Libro II (con normas especiales para los diversos contratos típicos), en el Libro III (de forma exclusiva todo el Capítulo I del Título I, que es el grueso de ese libro) y todo el Libro IV, que es de aplicación exclusiva para los mismos.

Además, sobre este régimen de máxima intensidad para los contratos administrativos, apenas tiene relevancia la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y los que no lo están. Casi la única diferencia de régimen apreciable entre unos y otros es la diversa exigencia de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículos 125 y 126 de la nueva Ley): algo que ya ocurre en el vigente texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

IV.- La importante ampliación del ámbito subjetivo de aplicación que lleva a cabo la Ley de Contratos del Sector Público.

Como hemos visto, el artículo 3.1 de la nueva Ley enumera las entidades que se consideran incluidas en el sector público y, por tanto, sometidas a la normativa sobre contratación pública. La nueva definición del ámbito subjetivo, sin duda uno de los aspectos más problemáticos que la Ley ha tenido que afrontar por las numerosas condenas del TJCE contra España, consigue extender su aplicabilidad a todos los sujetos afectados por las directivas comunitarias en la materia (tanto las sustantivas como las procedimentales) y en algunos casos va incluso más allá de lo exigido por el Derecho comunitario.

Hasta tal punto era necesaria la adaptación al Derecho comunitario del ámbito subjetivo de la legislación española que frente al plazo de seis meses desde su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” para la entrada en vigor de la norma que contempla la Disposición final duodécima de la LCSP, las reglas sobre los sujetos han entrado en vigor al día siguiente al de la publicación, esto es, el 31 de octubre de 2007. Hay que recordar en este punto las condenas del TJCE contra España y que incluso en mayo de 2007 la Comisión europea decidió denunciar a nuestro país ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por no haber comunicado sus disposiciones nacionales de aplicación de las Directivas comunitarias de contratación pública ⁷⁵.

⁷⁵ Recurso interpuesto el 30 de mayo de 2007 por la Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España (asunto C-255/07). La pretensión de la Comisión es que se declare “que, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y, en cualquier caso, al no haberlas comunicado a la Comisión, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de dicha directiva”.

Sobre el estado de trasposición de las Directivas comunitarias de contratos públicos 2004/17/CE y 2004/18/CE, véase MEDINA, T. y TRYBUS, M., “Unfinished Business: The State of Implementation of the New EC Public Procurement Directives in the Member States on February 1, 2007”, *Public Procurement Law Review*, nº 4 (2007), págs. 89-118.

Pues bien, la disposición transitoria séptima de la LCSP establece –con una redacción realmente confusa– que hasta la entrada en vigor de la Ley, las normas del TRLCAP, se aplicarán en los siguientes términos:

a) Los entes, organismos y entidades que, según el artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tengan la consideración de Administraciones Públicas, sujetarán su contratación a la totalidad de las disposiciones de esa norma.

b) Los entes, organismos y entidades que sean poderes adjudicadores conforme al artículo 3.3 de la LCSP y no tengan el carácter de Administraciones Públicas de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicarán las normas de dicha Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares, cuando celebren contratos de obras de cuantía igual o superior a 5.278.000 euros, excluido el impuesto sobre el Valor Añadido, y contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior a 211.000 euros, con exclusión, igualmente, del referido impuesto. En contratos distintos a los mencionados, estos entes, organismos o entidades observarán los principios de publicidad, concurrencia, no discriminación e igualdad de trato.

c) Los entes, organismos y entidades que, según el artículo 3.1 de la LCSP, pertenezcan al sector público, y no tengan la consideración de Administraciones Públicas o de poderes adjudicadores conforme a las letras anteriores, sujetarán su contratación a lo establecido en la Disposición Adicional Sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Igualmente, hasta la entrada en vigor de la LCSP, las normas de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación, formas de adjudicación y régimen de recursos y medidas cautelares serán aplicables a los contratos de obras que tengan por objeto actividades de

ingeniería civil de la sección F, división 45, grupos 45.2 de Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, así como a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras mencionados, cuando sean subvencionados directamente por entes, organismos o entidades de los mencionados en las letras a) o b) del apartado anterior en más del 50 por 100 de su importe, y éste, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 5.278.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 211.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.

La lista de entidades configurada por las letras a) a g) del artículo 3.1 de la LCSP responde a la definición del sector público contenida en el artículo 2.1 de la Ley General Presupuestaria, con la que coincide en gran medida en sus enumeraciones ⁷⁶. No obstante, y de forma valorable positivamente, la LCSP introduce las necesarias adaptaciones

⁷⁶ El Gobierno de España ha publicado recientemente el inventario de entes públicos, como acordó por unanimidad el Consejo de Política Fiscal y Financiera celebrado el 20 de febrero de 2007. Según este inventario la Administración Central del Estado cuenta en la actualidad con un total de 430 entidades públicas entre agencias estatales, empresas públicas, fundaciones u organismos autónomos, mientras que las comunidades autónomas (exceptuando al País Vasco) disponen de 1.638 entidades, según el inventario de entes del sector público autonómico y estatal publicado por el Ministerio de Economía.

Del total de los entes del Estado Central, el inventario, que recoge la información disponible hasta el 31 de diciembre de 2006 y que se hace público por primera vez, muestra que el número más mayoritario se corresponde con las sociedades mercantiles estatales o similares, que suman un total de 222.

El dato contrasta con las 495 sociedades mercantiles de las que disponen las comunidades, más del doble que el Estado, pero su número está aún muy lejos de las 1.369 empresas públicas en manos de las corporaciones locales.

Además de las sociedades mercantiles, la Administración Central dispone de 70 organismos autonómicos estatales, 55 fundaciones, 51 entidades de derecho público o 14 entidades públicas empresariales. También participa en el capital de 488 empresas y de 14 fundaciones.

Por su parte, las comunidades autónomas mantienen 503 consorcios, 225 fundaciones, 172 entes públicos, 163 organismos autónomos y 48 universidades, entre otros.

Igualmente, las corporaciones locales cuentan con 1.610 organismos administrativos a los que hay que sumar 1.014 consorcios, 998 mancomunidades, 475 asociaciones, 260 fundaciones o 155 organismos autónomos, entre otros.

de redacción para permitir la extrapolación de las categorías de este artículo 2.1 LGP (que se refiere al sector público estatal) a los niveles autonómico y local, así como una mención expresa a las Universidades Públicas y a los denominados “reguladores independientes”⁷⁷, con el fin de despejar posibles dudas.

Para garantizar la plena adecuación de la legislación española a la normativa comunitaria, la letra h) del artículo 3.1 funciona como cláusula de cierre del sistema y somete a la Ley a

“Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”.

Recoge así la LCSP la definición de organismo de Derecho público de las directivas sobre contratos (véase, por todas, el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE). La transposición, prácticamente literal, resulta ajustada al concepto de la Directiva (entendiendo en todo caso que el criterio de delimitación es ahora funcional y que dentro de este concepto de “organismo de Derecho público” se incluyen tanto entidades públicas como privadas siempre que se dirijan a satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles). Por su parte, el artículo 3.1.i) de la Ley 30/2007 incluye también en el sector público a “las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en los apartados anteriores”, en transposición en este caso del artículo 1.9, primer párrafo, de la Directiva 2004/18/CE.

⁷⁷ Sobre la aplicación de la normativa europea de contratación pública a las autoridades independientes nacionales, con especial referencia al status de los bancos centrales nacionales, véase GARCÍA-ANDRADE, J., y ATHANASSIOU, P., “Reflections on the Status of Independent National Authorities Under Community Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, nº 5 (2007), págs. 305 y ss.

Resulta de interés recordar que el concepto de «organismo de Derecho público» que utilizan las Directivas sobre contratos es un concepto de Derecho comunitario que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad. El concepto se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, C-214/00, Rec. p. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, C-283/00, Rec. p. I-11697, apartado 69).

De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas (sentencia de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, apartados 54, 55 y 60).

El artículo 3.1 de la nueva Ley delimita pues de forma amplia los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público y que quedan sujetos por tanto a la normativa de contratación.

Este concepto amplio de sector público comprende algunas otras categorías de sujetos de base jurídico-privada. Así, se han incluido, sin que se entienda muy bien por qué al no cumplir con los requisitos que exige el Derecho comunitario para que una entidad se someta a la normativa sobre contratos, las “Mutuas de accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social” (letra g)). Y, por otra parte, se han incluido de forma peculiar a las personificaciones en forma jurídico-privada de sociedad o de fundación bajo gestión o control públicos (artículo 3.1, letras d) y f)).

En concreto, en relación con las fundaciones dispone la letra f) del artículo 3.1 que se sujetarán a la LCSP las que “se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”. La nueva Ley de Contratos se apoya en la definición de las fundaciones del sector público contenida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones⁷⁸. Sin embargo, hemos analizado anteriormente en el Master cómo la jurisprudencia del TJCE sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa sobre contratos utiliza otros criterios diferentes. En efecto, para el máximo intérprete del Derecho comunitario europeo a la hora de analizar la aplicación de la normativa sobre contratos públicos a un ente público o privado el elemento decisivo es el control que una Administración pública ejerza sobre el organismo en cuestión. De tal forma que un organismo que depende de los poderes públicos tanto por la designación de sus miembros como por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, como por la financiación de los contratos públicos que está encargado de adjudicar, debe considerarse comprendido en el Estado a los efectos de la aplicación del Derecho comunitario de los contratos aunque formalmente no constituya una parte integrante de él. El elemento de la participación en el patrimonio no es decisivo, como bien se sabe con mucho menos del 50% de control público se puede dominar a una entidad o a una fundación.

Sobre el régimen de contratación aplicable a las Fundaciones del Sector Público estatal así como el que afecta a las sociedades mercantiles del Estado y a las entidades públicas empresariales resulta de

⁷⁸ De acuerdo con la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, las fundaciones del sector público estatal ajustarán su contratación a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios (art. 44.5).

Sobre el régimen contractual de las fundaciones véase GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 107 y ss.

mucho interés la lectura de la Instrucción nº 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía General del Estado, que se incluye en la documentación específica de este Módulo junto a los temas 21 a 24.

El Consejo de Estado en su dictamen nº 514/2006, de 25 de mayo de 2006, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, señaló que la redacción del artículo 3 del anteproyecto –y ahora de la LCSP– no recoge con la necesaria claridad la delimitación de los poderes adjudicadores que realiza el artículo 9.1 de la Directiva 2004/18/CE.

En este sentido, dado que es una categoría de importancia decisiva en la estructura de la ley, como resulta del artículo 13.1, que incluye los contratos de estas entidades entre los sujetos a una regulación armonizada, parecía necesario que en la propia ley aparecieran ya con toda claridad, desde el primer momento, los distintos niveles de intensidad en la aplicación de regímenes contractuales y, en concreto, en lo que respecta a los entes que componen el sector público, porque de esta forma se facilitaría el seguimiento e interpretación de la ley. A tal efecto, el Consejo de Estado propuso que, en la enumeración de sujetos que forman parte del sector público (artículo 3.1 de la LCSP), tras la mención de aquellos sujetos que según la propia ley se consideran Administraciones públicas, se incluyera la definición del artículo actual 3.1.h), no como cláusula de cierre o residual, sino como criterio que resulta decisivo para la efectiva sujeción de determinadas entidades al Derecho comunitario. Así, esta cláusula “de cabecera” –tras la mención de las Administraciones– iría después seguida de la enumeración de una serie de entidades que, de forma meramente indicativa y no exhaustiva, podrían cumplir en su caso los criterios de dicha definición.

Buen ejemplo de una definición subjetiva la encontramos en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, que se reproduce a continuación (se han subrayado las menciones específicas del precepto a la jurisprudencia del TJCE que ha interpretado los requisitos para que una entidad pública se considere sujeta a la normativa sobre contratos):

“Artículo 2. Personas y entidades sometidas a la Ley Foral

1. a) El Parlamento de Navarra, la Cámara de Comptos y el Defensor del Pueblo de Navarra.

b) La Administración de la Comunidad Foral de Navarra, sus Organismos Autónomos y la Administración asesora y consultiva de las Administraciones Públicas de Navarra.

c) Las Entidades Locales de Navarra y sus Organismos Autónomos con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local.

d) La Universidad Pública de Navarra.

e) Las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualquiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurren conjuntamente estos requisitos:

– Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil.

– Que las Administraciones Públicas de Navarra financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia.

f) Las personas y entidades privadas cuando celebren los contratos reseñados en las letras b) c) y d) del artículo 3.

2. A los efectos exclusivos de la aplicación de esta Ley Foral se entiende por Administraciones Públicas de Navarra las entidades contempladas en las letras a), b), c) y d) del apartado anterior, sin que pueda afectar a su naturaleza institucional.

3. Quedan excluidas de la aplicación de la presente Ley Foral las sociedades mercantiles participadas o vinculadas directa o indirectamente por las personas y entidades sometidas a esta Ley Foral que ejerzan exclusivamente actividades industriales, comerciales o mercantiles que no tengan la consideración de actividad de interés público”.

En este sentido, hubiera sido también mucho más razonable incluir en el artículo 3 de la Ley 30/2007 el contenido de la disp. ad. 3^a, que establece el régimen de contratación de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómicos, sometiéndolos a las normas contractuales aplicables a las Administraciones públicas; así como de la disp. ad. 33, que sujeta a las disposiciones de la Ley a las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco.

Capítulo Octavo: El amplio alcance de la jurisprudencia comunitaria europea en materia de contratación pública

I.- La consecución de objetivos sociales a través de la contratación pública.

La política de contratación pública es uno de los componentes de la política del mercado interior, de ahí que las Directivas en la materia estén destinadas a garantizar la libre circulación de mercancías y la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública. Pero la política del mercado interior puede compaginarse con la consecución de otros objetivos fundamentales de la Unión Europea y de los Estados miembros, como son los de la política social ⁷⁹.

Como destaca GIMENO FELIÚ ⁸⁰, si bien es cierto que la política de contratación pública está orientada a la consecución de objetivos de eficiencia económica, también lo está, y esto conviene resaltarlo especialmente, a la consecución de objetivos sociales y medioambientales (configurados como políticas propias en el Tratado). La Comunidad no sólo debe tender a la búsqueda de la eficacia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población comunitaria.

La política social ha desempeñado un papel fundamental en el desarrollo de la potencia económica de Europa, merced a la implantación de un modelo social único en su género. Progreso económico y cohesión social, unidos a un elevado grado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, son los pilares complementarios del desarrollo sostenible y forman el núcleo del proceso de integración europea.

⁷⁹ Véase al respecto la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, COM(2001) 566 final.

⁸⁰ GIMENO FELIÚ, J.M., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006, p. 47.

Incrementar el nivel de vida, promover un elevado nivel de empleo y protección social, mejorar las condiciones de vida y de trabajo y desarrollar la calidad de vida figuran entre los objetivos de la Unión Europea ⁸¹.

El artículo 2 del Tratado CE establece que la Comunidad tendrá por misión promover “un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer (...), la elevación del nivel y de la calidad de vida”. Para alcanzar los anteriores fines, la acción de la Comunidad implicará el fomento de la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros, con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo; y la política en el ámbito social que incluya un Fondo Social Europeo (artículo 3, apartados i y j TCE). Por su parte, el artículo 127 TCE (antiguo artículo 109 P) establece la obligación “al formular y aplicar las políticas y medidas comunitarias deberá tenerse en cuenta el objetivo de un alto nivel de empleo”.

El Tratado de Amsterdam ha consagrado entre las prioridades de la Unión Europea la eliminación de las desigualdades y la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todas las políticas y las actividades de la Unión. La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada solemnemente en Niza, reafirma el objetivo de la UE de integrar plenamente los derechos fundamentales en todas sus políticas y medidas.

Pues bien, hasta la aprobación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, las Directivas sobre contratos públicos no contemplaban expresamente la posibilidad de que se persigan objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público ⁸².

⁸¹ Comunicación de la Comisión titulada «Promover las normas fundamentales del trabajo y mejorar la gobernanza social en el contexto de la mundialización», COM(2001) 416 de 18.7.2001.

⁸² GOSALBEZ PEQUEÑO, HUMBERTO, “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, nº 20 (2003), págs. 30 y ss.

Tanto la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre “la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos” (COM(2001) 566 final) como la Comunicación de la Comisión “Los contratos públicos en la Unión Europea”, adoptada por la Comisión el 11 de marzo de 1998 (COM(98), 143), pretendieron clarificar el abanico de posibilidades que ofrecía el marco jurídico comunitario anteriormente vigente para integrar aspectos sociales en los contratos públicos. Y concluyeron que es ante todo en la fase de ejecución, es decir una vez adjudicado, cuando un contrato público puede constituir para los poderes adjudicadores un medio de fomentar la persecución de objetivos sociales. En efecto, éstos pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales relativas a la forma de ejecución del contrato que sean compatibles con el Derecho comunitario. Estas cláusulas pueden englobar medidas en favor de determinadas categorías de personas y actuaciones positivas en materia de empleo.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, hay que destacar que en la sentencia Beentjes (sentencia de 21.9.1988, en el asunto 31/87), al analizar la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, el Tribunal se pronunció sobre la exclusión de un licitador por no poder emplear a trabajadores en paro prolongado. A este respecto declaró, en primer lugar, «que tal requisito no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato a que alude el artículo 29 de la Directiva (ap. 28). No obstante, el Tribunal de Justicia consideró que el requisito era incompatible con la Directiva 71/305. En efecto, continuó indicando que «resulta [...] de la sentencia de 9 de julio de 1987 [CEI y Bellini, Asuntos acumulados 27/86 a 29/86, Rec. p. 3347.] [que], para que sea compatible con la Directiva, tal condición debe respetar todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y especialmente las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado en lo relativo al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios»⁸³. Además, según el

⁸³ Sentencia Beentjes, antes citada, apartado 29.

Tribunal de Justicia, «aun en el caso de que los criterios anteriormente mencionados no sean en sí mismos incompatibles con la Directiva, deberán aplicarse respetando todas las normas de procedimiento de la Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene»⁸⁴.

Posteriormente, en la sentencia *Evans Medical y Macfarlan Smith*⁸⁵, remitiéndose a la sentencia *Beentjes*, el Tribunal de Justicia declaró que «la elección de la oferta más ventajosa económicamente atribuye a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente». De ello dedujo que «la seguridad del abastecimiento puede formar parte de los criterios que deben tenerse en cuenta con arreglo al artículo 25 de la Directiva [77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988 para determinar la oferta más ventajosa económicamente [...]».

Además de estas dos sentencias, debe tenerse en cuenta el análisis que se efectúa en la sentencia de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Francia⁸⁶. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«Debe recordarse que, de conformidad con el artículo 30, apartado 1, de la Directiva 93/37, los criterios en que ha de basarse la entidad adjudicadora para la adjudicación de los contratos son bien únicamente el precio más bajo, bien, en el caso de que la adjudicación se efectúe a la oferta económicamente más ventajosa, distintos criterios que varían en función del contrato, como el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, la rentabilidad y el valor técnico.

⁸⁴ Sentencia *Beentjes*, antes citada, apartado 31.

⁸⁵ Sentencia de 28 de marzo de 1995, C-324/93, Rec. p. I-563.

⁸⁶ C-225/98, Rec. p. I-7445.

No obstante, esta disposición no excluye toda posibilidad de que las entidades adjudicadoras utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios.

Además, aun cuando tal criterio no sea en sí mismo incompatible con la Directiva 93/37, su aplicación debe respetar todas las normas de procedimiento de dicha Directiva y, especialmente, las normas de publicidad que contiene (véase, en este sentido, la sentencia *Beentjes*, antes citada, apartado 31, por lo que respecta a la Directiva 71/305). Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación, para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición»⁸⁷.

Aunque dichas sentencias versan sobre las Directivas en materia de contratos públicos de obras (sentencias *Beentjes* y *Comisión/Francia*, antes citadas) y de suministros (sentencia *Evans Medical* y *Macfarlan Smith*, antes citada), el razonamiento que en ellas efectúa el Tribunal de Justicia resulta de aplicación, indiscutiblemente, a las Directivas en materia de contratos públicos de servicios⁸⁸.

Incorporando esta doctrina jurisprudencial, la Directiva 2004/18/CE sobre contratos del sector público sí recoge expresamente la posibilidad de utilizar cláusulas sociales en la contratación. Ya en su exposición de motivos reconoce en su apartado 46 que “a fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios de adjudicación deben permitir comparar

⁸⁷ Sentencia *Comisión/Francia*, antes citada, apartados 49 a 51.

⁸⁸ Véanse las Conclusiones del Abogado General Sr. J. Mischo en el asunto C-513/99, presentadas en audiencia pública del Tribunal de Justicia en Pleno el 13 de diciembre de 2001.

las ofertas y evaluarlas de manera objetiva. Si se reúnen estas condiciones, determinados criterios de adjudicación económicos y cualitativos (...), podrán permitir que el poder adjudicador satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se definieron en las especificaciones del contrato. En estas mismas condiciones, el poder adjudicador podrá regirse por criterios destinados a satisfacer exigencias sociales que, en particular, respondan a necesidades —definidas en las especificaciones del contrato— propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros y servicios que son objeto del contrato”. Por su parte, en el apartado 25 de la exposición de motivos se señala que “en la adjudicación de contratos públicos para determinados servicios audiovisuales en el ámbito de la radiodifusión deben poder tenerse en cuenta consideraciones de importancia cultural y social, debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos”.

Sin embargo, en el artículo 53.1 de la Directiva 2004/18/CE se incluyen como posibles criterios de adjudicación los medioambientales y no los sociales, que quedan pues sólo contemplados en el considerando. De forma acertada, el artículo 134 de la Ley de Contratos del Sector Público española sí recoge expresamente ambos tipos de criterios.

Pero la inclusión de las cláusulas sociales como criterios de adjudicación no está exenta de problemática. El Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo, en relación con los contratos que hayan de adjudicarse mediante concurso, dispuso en su artículo 2 la inclusión, entre los criterios objetivos de adjudicación y atendiendo a las características de cada contrato, de uno o varios criterios de naturaleza social destinados a crear empleo estable, estableciendo en el apartado 2 la posible excepción de su aplicación, mediante resolución motivada y previo informe favorable a la Dirección General de Trabajo, cuando el objeto del contrato pueda ser ejecutado por personas físicas sin trabajadores a su cargo o cuando en atención a las especiales circunstancias que concurran en un contrato resulte imposible su valoración.

La aplicación de los criterios sociales fue objeto de observaciones por la Comisión Europea, que solicitó información el 21 de diciembre de 1998 sobre los criterios utilizados en la adjudicación de diversos contratos de la Comunidad de Madrid, y emitió un dictamen motivado de 8 de febrero de 2002, complementado por otro dictamen de 19 de febrero de 2003. Finalmente, ante el desarrollo del procedimiento ⁸⁹, la Comunidad de Madrid, por medio del Decreto 128/2005, de 15 diciembre, derogó parcialmente el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, en lo relativo a la inclusión entre los criterios de adjudicación de criterios objetivos relativos al empleo. Asimismo, se derogó el apartado d) del artículo 8 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, relativo a la inclusión de criterios de calidad y estabilidad en el empleo en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares.

Va a ser en el artículo 26 de la Directiva, referido a las condiciones de ejecución del contrato, donde se recoja la mejor posibilidad de integrar estas condiciones sociales en la contratación pública: “Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental”.

La cláusula contractual es una obligación que debe ser aceptada por el adjudicatario del contrato y que se refiere a la ejecución de este último. En consecuencia, basta en principio con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir ese requisito en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado. La oferta de un licitador

⁸⁹ La Dirección General de Política Regional de la Comisión Europea requirió a la Comunidad de Madrid para que, en relación con proyectos cofinanciados con fondos comunitarios, verificase los procedimientos de adjudicación de mercados públicos que pudieran estar afectados a proyectos de gastos certificados y comunicar las actuaciones seguidas.

que no acepte tal obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada ⁹⁰. En cambio, no puede exigirse que se cumplan esas condiciones a efectos de la presentación de la oferta.

Los poderes adjudicadores cuentan con un amplio margen de maniobra a la hora de elaborar cláusulas contractuales en materia social. A modo de ejemplo, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos (COM(2001) 566 final) señala algunas de las condiciones particulares adicionales que, siempre que se cumplan los requisitos antes señalados, podrían imponer al titular del contrato, atendiendo a objetivos de carácter social:

- la obligación de dar trabajo a desempleados, en particular de larga duración, u organizar actividades de formación para los jóvenes o los desempleados al realizar la prestación;
- la obligación de aplicar, al realizar la prestación, medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ⁹¹ o la diversidad racial o étnica;
- la obligación de respetar en lo esencial, al realizar la prestación, las disposiciones de los convenios fundamentales de la OIT, en el supuesto de que éstas no se hayan incorporado ya al ordenamiento jurídico nacional;
- la obligación de contratar, con vistas a la ejecución del contrato, a un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo.

⁹⁰ De la jurisprudencia del Tribunal en su sentencia de 22.6.1992, asunto C-243/89, «Storebaelt», se desprende que los poderes adjudicadores están obligados a rechazar las ofertas que no se ajusten al pliego de condiciones, pues de lo contrario violarían el principio de igualdad de trato de los licitadores, en el que se fundamentan las Directivas sobre contratos públicos.

⁹¹ A favor de la utilización de un criterio de discriminación positiva a favor de la mujer en la contratación pública se pronuncia TOBLER, C., “Encore: women’s clauses in public procurement under Community Law”, *European Law Review* n° 6 (2000), págs. 618 y ss.

A estos criterios sociales podrían añadirse otros como las medidas que fomenten la estabilidad en el empleo⁹² y las medidas tendentes a la seguridad y salud en el ámbito laboral⁹³.

En relación con el empleo de personas con discapacidad, la Disposición Adicional Octava del TRLCAP lo recoge como criterio de desempate de carácter potestativo. La Directiva 2004/18/CE no contempla este punto, si bien el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que se encuentra en tramitación parlamentaria⁹⁴ lo mantiene en su Disposición Adicional Sexta con ese mismo carácter potestativo y con el mismo porcentaje “no inferior al 2%”⁹⁵. Sin embargo, el Anteproyecto amplía los supuestos en los que resulta aplicable este criterio de desempate a las empresas dedicadas especialmente a la promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, valorándose el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30% de sus puestos de trabajo, a, entre otros grupos, personas con discapacidad.

⁹² Véase el Dictamen 1/2003, de 20 de marzo, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana.

⁹³ En su Recomendación de 17 de diciembre de 2002, la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia propone la inclusión de cláusulas por las cuales el órgano de contratación se reserve la potestad de exigir al contratista cuanta documentación y datos estime oportunos sobre el personal contratado y que preste sus servicios en centros y dependencias de aquél, para garantizar la adecuación a la normativa vigente especialmente en materia de prevención de riesgos laborales.

⁹⁴ El texto del Proyecto se puede consultar en el apartado de Legislación (Nueva Ley de Contratos).

⁹⁵ El carácter potestativo del criterio de desempate se ha transformado en preceptivo en alguna normativa autonómica —como la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, artículo 51—, y en el propio ámbito estatal en toda la contratación de diversos organismos o departamentos ministeriales, como por ejemplo en el Ministerio de Sanidad y Consumo para el que la Orden de 17 de diciembre de 2001 aprobó una instrucción sobre el establecimiento de criterios de preferencia en la adjudicación de contratos sobre la base de la integración de las personas con discapacidad en las plantillas de las empresas licitadoras, en la que se expresaba que en todos los pliegos aprobados por los órganos de contratación de ese Departamento debía incorporarse una cláusula relativa a criterios de adjudicación en los concursos del siguiente tenor: “En caso de igualdad entre dos o más licitadores, desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirven de base para la adjudicación, será preferida la proposición presentada por aquella empresa que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tenga en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100 de la misma”.

Pero existen otras posibilidades de incorporar los aspectos sociales en la contratación administrativa. El artículo 20.d) del TRLCAP contiene entre las prohibiciones de contratar con la Administración la de quienes hayan sido sancionados con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social. Ahora bien, en esa vigente prohibición de contratar podría añadirse, en los mismos términos, el haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de personas con discapacidad, al permitirlo la vigente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Esta nueva causa para imponer una prohibición de contratar seguiría estando ligada con la discapacidad, si bien no con el ámbito de la integración laboral, como ocurría hasta ahora, sino con la igualdad de oportunidades y la no discriminación ⁹⁶.

El empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Pues bien, la Directiva 2004/18/CE prevé en su artículo 19 que los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

⁹⁶ Véase al respecto el Informe del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) donde se analizan los aspectos sociales relativos a la discapacidad a los que hace referencia el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, y se formulan propuestas de mejora para su incorporación al texto del Proyecto de Ley (Madrid, 11 de enero de 2006), <http://antiguo.cermi.es/>.

Por último, señalar que siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario, todas las normas nacionales vigentes en el ámbito social, incluidas aquellas que incorporan al ordenamiento jurídico interno la reglamentación social comunitaria, son vinculantes para los poderes adjudicadores. Entre dichas normas se incluyen, en particular, las disposiciones relativas a los derechos de los trabajadores y a las condiciones de trabajo.

II.- La protección del medio ambiente a través de los contratos públicos. La importante sentencia Concordia Bus Finland.

Las directivas de contratación pública no han recogido referencia explícita alguna a la protección del medio ambiente hasta la aprobación de los vigentes textos de 2004, en un contexto de notable preocupación ambiental y avanzada legislación protectora en la Unión Europea.

Pero este hecho no nos debe sorprender. La responsabilidad comunitaria sobre la política ambiental no estaba prevista en los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas de 1957. Aunque la falta de un título competencial no impidió a las instituciones comunitarias desarrollar una política medioambiental, invocando a tal efecto como títulos habilitadores los artículos 100 y 235 del Tratado, junto a los poderes externos de la Comunidad (ampliación competencial avalada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –por ejemplo, SSTJCE de 18 de marzo de 1980 y de 2 de febrero de 1982–), la preocupación normativa comunitaria por el medio ambiente no empieza a manifestarse efectivamente sino hasta los años 70, principalmente a partir de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de París de 1972 y la posterior aprobación de los Programas de Medio Ambiente (el primero de estos Programas fue aprobado por el Consejo el 22 de noviembre de 1972).

Sin embargo, a nivel de Derecho originario, será el Acta Única Europea de 1986 la que introduzca las primeras referencias específicas

sobre el medio ambiente, bases jurídicas de actuación en materia ambiental que reforzará posteriormente el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992. El Tratado de Amsterdam de 1997 consolidó el principio de integración de las exigencias medioambientales en otras políticas, reconociendo que dicho principio es fundamental para un desarrollo sostenible. Según el artículo 6 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, “las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

En el Sexto programa de acción en materia de medio ambiente, que abarca el periodo 2001 - 2010 ⁹⁷, se destaca que la contratación pública ofrece un potencial considerable para introducir en el mercado la dimensión medioambiental si los poderes adjudicadores utilizan el rendimiento ecológico como criterio de adjudicación.

El desarrollo sostenible exige que el crecimiento económico apoye al progreso social y respete el medio ambiente, que la política social sustente los resultados económicos y que la política ambiental sea rentable ⁹⁸. Esto, aplicado a la contratación pública, significa que la legislación en la materia debería tener en consideración, junto a su finalidad económica primordial, las preocupaciones medioambientales.

La Comisión ha reconocido en su Comunicación sobre el mercado único y el medio ambiente ⁹⁹ que la creciente apertura de los mercados presenta sinergias cada vez mayores con los desafíos

⁹⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente ‘Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos’ - adoptado por la Comisión el 24.01.2001 - COM (2001) 31 final.

⁹⁸ Comunicación de la Comisión sobre “Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible”. Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo. COM(2001)264 final, adoptada el 15 de mayo de 2001.

⁹⁹ Adoptada por la Comisión el 08.06.1999; COM(1999) 263 final, p. 4.

medioambientales y la conciencia ecológica, aunque haya inevitablemente tensiones entre el funcionamiento del mercado interior y la política medioambiental. Por tanto, la Comunidad debe buscar un enfoque coherente con la consecución de los objetivos del Tratado en materia de mercado interior y de medio ambiente, que respete asimismo sus obligaciones internacionales.

Los conocimientos científicos sobre los orígenes y las consecuencias de la contaminación han aumentado, así como la concienciación de la gente, suscitando desde hace algunas décadas un creciente interés por la lucha contra la contaminación y el desarrollo sostenible. Cada vez son más numerosos los consumidores de la Unión Europea, públicos y privados, que compran productos y servicios respetuosos con el medio ambiente. Pues bien, los poderes adjudicadores y demás entidades contempladas en las directivas de contratación pública forman un importante grupo de consumidores. Con sus adquisiciones, que representan cerca del 16% del PIB de la Unión, pueden contribuir decisivamente al desarrollo sostenible.

Aunque la Comisión señaló algunas posibilidades de compatibilizar los aspectos medioambientales con la legislación comunitaria de contratación pública en unas Comunicaciones de 1998¹⁰⁰ y 2001¹⁰¹, fue a través de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública (COM (2001) 274 final) cuando ofreció a los poderes adjudicadores un estudio completo que aclaraba las posibilidades que ofrecía el régimen de contratación pública para una óptima integración de la protección del medio ambiente en los contratos públicos. El documento seguía las diferentes fases del procedimiento de adjudicación y estudiaba en cada una

¹⁰⁰ Comunicación de la Comisión “Los contratos públicos en la Unión Europea”, adoptada el 11 de marzo de 1998, COM(1998) 143 final.

¹⁰¹ Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en estos contratos, COM (2001) 566 final.

de ellas las modalidades de integración de los aspectos medioambientales. A la conclusión que llegaba es que las principales posibilidades de contratación “ecológica” se dan al comienzo del proceso de licitación, señaladamente, cuando se toma la decisión sobre el objeto del contrato.

Las propias directivas de contratación pública de los años 90 ofrecían diferentes posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en los contratos públicos, sobre todo en el momento de determinar las especificaciones técnicas y los criterios de selección y adjudicación del contrato. Además, los poderes adjudicadores podían imponer otras condiciones específicas que fuesen compatibles con los preceptos del Tratado.

Pero el panorama ha cambiado sustancialmente con la aprobación de las nuevas Directivas de contratación de 2004.

En este sentido, resulta muy significativo el Considerando 5 de la Directiva 2004/18/CE, cuando subraya que “la presente Directiva clarifica de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio”.

La Directiva 2004/18/CE sobre contratos del sector público sí recoge expresamente la posibilidad de utilizar cláusulas medioambientales en la contratación. En su artículo 53, que establece los criterios de adjudicación de los contratos públicos, señala que “los poderes adjudicadores se basarán para adjudicar los contratos públicos en distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, (...) las características medioambientales”.

La jurisprudencia del máximo intérprete del Derecho comunitario también había avalado la posibilidad de utilización de consideraciones ambientales en la contratación pública (sentencias *Beentjes*, *Comisión/Francia* y *Evans Medical* y *Macfarlan Smith*, antes citadas). Aunque referidas a cláusulas sociales, el razonamiento que en ellas

efectúa el Tribunal de Justicia —y que ha sido objeto de análisis en el anterior apartado de este trabajo— resulta de aplicación, indiscutiblemente, a las cláusulas medioambientales. En efecto, el punto común de las sentencias Beentjes y Comisión/Francia radica en que el Tribunal de Justicia reconoció en ellas que era lícito englobar un criterio de interés general entre los criterios de adjudicación de un contrato público. En la sentencia Beentjes se trataba de una obligación del licitador de contratar a trabajadores en paro prolongado, mientras que, en la sentencia Comisión/Francia se examinó una condición relacionada con una acción local de lucha contra el desempleo. Pues bien, no cabe duda de que la protección del medio ambiente es asimismo un criterio de interés general ¹⁰². Basta referirse, a este respecto, al citado artículo 6 CE.

Ahora bien, ello no quiere decir que la utilización de estos criterios sea ilimitada. De las sentencias Beentjes y Comisión/Francia, se deducen dos límites: el criterio debe observar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación; y la aplicación del criterio debe tener lugar respetando todas las normas de procedimiento de la Directiva pertinente y, especialmente, las normas sobre publicidad que contiene (el criterio de adjudicación ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación, para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición).

Pero el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse directamente acerca de si una entidad adjudicadora puede, y en su caso, en qué condiciones, tomar en consideración criterios de carácter ecológico para la determinación de la oferta económica más ventajosa. Más concretamente, en el apartado 55 de la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Rec. p. I-7213) ¹⁰³, el Tribunal

¹⁰² Conclusiones del Abogado General Sr. J. Mischo en el asunto C-513/99, presentadas en audiencia pública del Tribunal de Justicia en Pleno el 13 de diciembre de 2001.

¹⁰³ Realiza un comentario de esta sentencia, MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L., “Reflexiones sobre la inclusión de aspectos sociales y medioambientales como criterios de adjudicación de los contratos públicos”, *Contratación Administrativa Práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n° 18 (2003), págs. 34 y ss.

de Justicia declaró que el artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50 no puede interpretarse en el sentido de que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa debe ser necesariamente de naturaleza meramente económica. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia admitió que cuando la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, puede tener en cuenta criterios ecológicos, siempre que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación (sentencia *Concordia Bus Finland*, antes citada, apartado 69) ¹⁰⁴.

A una conclusión similar llegó el Tribunal en un asunto posterior (Sentencia de 4 de diciembre de 2003, C-448/01, *EVN AG, Wiensstrom GmbH, contra Austria*), en el que se le planteó la compatibilidad con la normativa comunitaria en materia de contratación pública de que una entidad adjudicadora estableciera, para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa a efectos de la adjudicación de un contrato de suministro de electricidad, un criterio consistente en exigir el suministro de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables. El TJCE entendió que sí era conforme al Derecho comunitario incluir un criterio de esa naturaleza, siempre que esté relacionado con el objeto del contrato, no confiera a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencione expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación y respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular el principio de no discriminación.

¹⁰⁴ La problemática se le planteó al Tribunal en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús. La entidad adjudicadora (Ayuntamiento de Helsinki) tuvo en cuenta y valoró en el procedimiento de adjudicación del contrato criterios ecológicos, como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses.

Para el TJCE:

“(…) la utilización de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad es útil para la protección del medio ambiente en la medida en que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Comunidad Europea y sus Estados miembros se han comprometido a combatir (sentencia de 13 de marzo de 2001, Preussen Elektra, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 73).

Además, como se desprende en particular de su decimoctavo considerando y de sus artículos 1 y 3, precisamente desde esa perspectiva, la Directiva 2001/77 persigue la finalidad de favorecer, utilizando la pujanza de las fuerzas del mercado, un aumento de la contribución de las fuentes de energía renovables a la generación de electricidad en el mercado interior, objetivo que, según su segundo considerando, es prioritario para la Comunidad.

Por lo tanto, habida cuenta de la importancia del objetivo que persigue el criterio controvertido en el procedimiento principal, no parece que el atribuir a dicho criterio un coeficiente de ponderación del 45 % obstaculice una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa. En tales circunstancias, y a falta de elementos que permitan determinar la existencia de una infracción de las normas del Derecho comunitario, procede declarar que la atribución de un coeficiente de ponderación del 45 % al criterio de adjudicación controvertido en el procedimiento principal no es en sí misma incompatible con la normativa comunitaria en materia de contratación pública” (fundamentos jurídicos 40 a 43).

GIMENO FELIÚ y MARTÍNEZ PALLARÉS han destacado de esta jurisprudencia comunitaria la consideración de que el que la entidad contratante deba identificar la oferta económicamente más ventajosa no significa que cada criterio deba tener una dimensión estrictamente

económica en relación con ese contrato sino que puede consistir en una ventaja económicamente indirecta con el mismo pero directa con los fines públicos perseguidos con la Administración, siempre y cuando se respeten los principios fundamentales de derecho comunitario, en especial del principio de no discriminación, y el cumplimiento de las normas de procedimiento, en especial las referidas a la publicidad ¹⁰⁵.

En España, el TRLCAP señala en su artículo 86 una serie de criterios objetivos que el órgano de contratación puede utilizar para la adjudicación del concurso ¹⁰⁶. La enumeración que realiza es meramente ejemplificativa (ver el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 45/96, de 22 de julio de 1996) y comprende «el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otras semejantes». Tanto el Consejo de Estado como el Consejo Económico y Social propusieron en sus Dictámenes al Anteproyecto de Ley de modificación de la LCAP el establecimiento en el artículo 86 de nuevos criterios objetivos de adjudicación que permitan tener en cuenta otros factores tales como la estabilidad en el empleo, la seguridad y salud de los trabajadores, el carácter indefinido de los contratos laborales, la contratación con empresas de economía social o la protección del medio ambiente ¹⁰⁷. La introducción de medidas sociales o

¹⁰⁵ GIMENO FELIÚ, “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en AAVV (coordinación GIMENO FELIÚ), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Atelier, Barcelona, 2004. Pág. 91; y MARTINEZ PALLARES, P. L., “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial, la inclusión de criterios medioambientales”, en AAVV, *Contratación de las Administraciones*, op. cit., pág. 169.

¹⁰⁶ Sobre los criterios a utilizar en los concursos y, en general, para un análisis de los procedimientos de adjudicación de los contratos, véase el excelente trabajo de GIMENO FELIÚ J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003.

¹⁰⁷ Dictámenes del Consejo de Estado 4464/98, de 22 de diciembre de 1998 y del Consejo Económico y Social nº 5, de 27 de mayo de 1998.

medioambientales podía venir también —y así se produjo en la práctica— por medio de la normativa autonómica, en uso de sus competencias de desarrollo legislativo de las bases del Estado ¹⁰⁸. En este punto, la exigencia básica del artículo 86 del TRLCAP es que los criterios sean objetivos y que permitan seleccionar a la oferta más ventajosa para los intereses públicos. Y resulta evidente que la protección del medio ambiente es un factor objetivo que puede influir en la selección del contratista más adecuado, a la vez que se sitúan entre los objetivos prioritarios de actuación de los poderes públicos en base a las demandas sociales.

En cualquier caso, los criterios se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya ¹⁰⁹. Asimismo, el órgano de contratación podrá concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

La Directiva 2004/18/CE también contempla la posibilidad de utilizar consideraciones ambientales como condiciones de ejecución de un contrato. Estas condiciones serán compatibles con la Directiva siempre y cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones.

Por otra parte, en los casos oportunos en que la naturaleza de las obras y/o de los servicios justifique la aplicación de medidas o sistemas de gestión medioambiental en el momento de la ejecución del contrato público, podrá exigirse la aplicación de este tipo de medidas o sistemas. Los sistemas de gestión medioambiental, independientemente de su registro con arreglo a los instrumentos comunitarios, como el Reglamento

¹⁰⁸ Véase al respecto el Dictamen del Consejo de Estado 3.495/98, de 19 de noviembre de 1998, relativo al Proyecto de Decreto por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid (Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, que fue derogado parcialmente por medio del Decreto 128/2005, de 15 diciembre).

¹⁰⁹ Véase el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 8/97, de 20 de marzo de 1997.

(CE) n° 761/2001 (EMAS) ¹¹⁰, podrán demostrar la capacidad técnica del operador económico para ejecutar el contrato.

El artículo 27 de la Directiva prevé asimismo que el poder adjudicador podrá señalar, o ser obligado por un Estado miembro a señalar, en el pliego de condiciones, el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, a la protección del medio ambiente, y a las disposiciones en materia de protección y a las condiciones de trabajo vigentes en el Estado miembro, la región o la localidad en que vayan a realizarse las prestaciones y que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

En relación con las especificaciones técnicas, la Directiva apoya la posibilidad de presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas. Para ello, propone que los poderes adjudicadores que deseen introducir necesidades medioambientales en las especificaciones técnicas de un contrato determinado podrán prescribir las características medioambientales, tales como un método de producción dado, y/o los efectos medioambientales específicos de grupos de productos o servicios. Podrán utilizar, aunque no están obligados a hacerlo, las especificaciones adecuadas definidas por las etiquetas ecológicas, como la etiqueta ecológica europea, la etiqueta ecológica (pluri)nacional o cualquier otra etiqueta ecológica, si las exigencias de la etiqueta se desarrollan y adoptan basándose en una información científica mediante un proceso en el que puedan participar todas las partes implicadas, como son los organismos gubernamentales, consumidores, fabricantes, distribuidores y organizaciones medioambientales, y si la etiqueta es accesible y está a disposición de todas las partes interesadas.

¹¹⁰ Reglamento (CE) n° 761/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, por el que se permite que las organizaciones se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) (DO L 114 de 24.4.2001, p. 1).

Las etiquetas ecológicas distinguen a los productos que son más respetuosos con el medio ambiente de otros similares del mismo grupo de productos. Se conceden de manera voluntaria a productos que reúnen una serie de condiciones y su finalidad es informar a los consumidores. El sistema europeo de etiqueta ecológica quedó constituido en virtud del Reglamento del Consejo (CEE) n° 880/92, de 23 de marzo de 1992, relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica, DOCE L 99 de 11.04.1992. Dicho Reglamento fue derogado y sustituido por el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo n° 1980/2000 de 17 de julio de 2000, relativo a un sistema comunitario revisado de concesión de etiqueta ecológica, DOCE L 237 de 21.09.2000 ¹¹¹.

III.- Procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Concepto de órgano jurisdiccional nacional.

A.- La fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia del TJCE de 4 de febrero de 1999.

El asunto que resuelve la STJCE de 4-2-1999 ¹¹² tiene su origen en el litigio entre una sociedad austriaca y la Mancomunidad de municipios para la gestión del Hospital comarcal de Schwaz, por otra, con motivo de la adjudicación de las obras de ampliación del centro hospitalario de Schwaz. La empresa en cuestión presentó un recurso ante un organismo administrativo independiente, quién planteó dos cuestiones prejudiciales ante el TJCE relativas a la interpretación del apartado 8 del art. 2 de la Directiva 89/665/CEE, sobre procedimientos de recurso en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministros. En esencia, mediante esas cuestiones el organismo austriaco solicitaba que se determine si unas disposiciones como las

¹¹¹ En el sitio Internet: <http://europa.eu.int/comm/environment/ecolabel/prodgr.htm> se relacionan los grupos de productos para los que existen etiquetas ecológicas o se encuentran en fase de creación o revisión.

¹¹² Asunto C-103/97, Josef Köllensperger GmbH & Co. KG, Atzawanger Ag contra Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schaz, publicado en el Boletín de Actividades del TJCE, n° 3/1999.

que regulan su composición y funcionamiento cumplen los requisitos recogidos en el art. 8.2 de la citada Directiva ¹¹³.

En la fundamentación jurídica de la sentencia, el TJCE se planteó, con carácter preliminar, si el *Tiroler Landesvergabeamt* es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado, y si, en consecuencia, las cuestiones prejudiciales son admisibles. A este respecto, hay que recordar que, según una reiterada jurisprudencia, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 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 (véase la sentencia de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, C 54/96, Rec. p. I 4961, apartado 23). Pues bien, el Tribunal llega a la conclusión de que las normas que regulan el funcionamiento del organismo en cuestión prevén causas de recusación, prohíben expresamente toda instrucción dirigida a sus miembros, por lo que considera que es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado, y que las cuestiones que ha planteado son admisibles.

¹¹³ En concreto, el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665 establece que “cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 177 del Tratado y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base.

El nombramiento de los miembros de este organismo independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los Jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de este organismo independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un Juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes”.

Sobre la interpretación del art. 2.8 de la Directiva 89/665, el Tribunal señala que en virtud de lo dispuesto en el citado precepto, los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos. La primera solución consiste en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. La segunda solución consiste en atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza. En este último caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado, debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665. De esto se deriva que si el organismo responsable del recurso es de naturaleza jurisdiccional, como es el caso en el litigio principal, estas disposiciones de garantía no se aplican.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Tribunal Europeo respondió al órgano jurisdiccional remitente señalando que los requisitos recogidos en el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665 no se aplican a disposiciones como las que regulan su composición y funcionamiento.

B.- Las vías de recurso en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

La sentencia de 4 de febrero de 1999 resulta más de aplicación en ordenamientos como los germánicos o anglosajones donde la articulación de los medios de recurso contra los contratos administrativos presenta caracteres diferentes a los del Derecho español. Sin embargo, la sentencia nos interesa en el sentido de que plantea el debate en torno a la posibilidad de creación de órganos administrativos especializados en la resolución de recursos en materia de contratos públicos, cuestión que no ha querido recoger la LCSP al regular el recurso especial en materia de contratación en el artículo 37.

La contratación pública parece un ámbito especialmente significado para el establecimiento de organismos administrativos de este tipo. En efecto, es un hecho generalizado en todos los países miembros de la Unión Europea la reticencia a recurrir judicialmente contra los poderes adjudicadores por parte de los aspirantes a la adjudicación de contratos públicos que resulten perjudicados en un concreto procedimiento. Este tipo de posturas se justifican por los interesados alegando el temor a perder la oportunidad de obtener contratos en el futuro.

En este sentido, una destacada novedad de la Directiva 92/13/CEE, sobre procedimientos de recurso en los sectores especiales consistió en la previsión, en su Capítulo Cuarto, de un procedimiento de conciliación comunitario, que cumple una importante función posibilitando la resolución amistosa de las controversias que se susciten, a través de la negociación entre los poderes adjudicadores y las empresas interesadas en la adjudicación de contratos públicos.

La conciliación, al igual que la mediación, no es sino una forma convencional de resolución de conflictos en la que las partes son asistidas por un tercero neutral que actúa a petición de las mismas y en interés de la negociación, y en la que la decisión última queda siempre a disposición de las partes ¹¹⁴.

En concreto, el procedimiento de conciliación que establece la Directiva 92/13/CEE, y que recogieron la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, en sus artículos 68 y siguientes, y la nueva Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales en sus artículos 118 a 121, podrá ser invocado por cualquiera de las partes interesadas en obtener un contrato determinado y que se haya visto o pueda verse perjudicada. La solicitud de conciliación se podrá dirigir por escrito a la Comisión o a las autoridades nacionales enumeradas en el Anexo de

¹¹⁴ Vid. al respecto DELGADO PIQUERAS, F., *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

la Directiva —en el caso de España al Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que la transmitirá “lo antes posible a la Comisión Europea” (apartado 2 del artículo 118 de la Ley)—.

El funcionamiento del procedimiento de conciliación se establece en el artículo 10 de la Directiva, al que se remite el art. 119 de la Ley española: la Comisión, tras analizar la solicitud de cualquier interesado, debe decidir si la controversia se refiere a la aplicación correcta del Derecho comunitario, en cuyo caso invitará a la entidad contratante a que declare si está dispuesta a participar en el procedimiento de conciliación. Si la entidad da su acuerdo (si no lo hace, informará al interesado de que no puede iniciarse el procedimiento), la Comisión propondrá un conciliador entre los que figuren en una lista de personas independientes elaborada por la propia Comisión. Las partes declararán si aceptan el conciliador y nombrarán otro suplementario.

Llegados a este punto, los conciliadores ofrecerán la posibilidad de presentar alegaciones fácticas, de manera oral o escrita, a la persona que invoque la aplicación del procedimiento de conciliación, a la entidad contratante y también a cualquier otro candidato o licitador que participe en el procedimiento de formalización del contrato en cuestión. De acuerdo con estas alegaciones, los conciliadores (cuyo interés principal, hay que recordar, es el de la negociación) procurarán alcanzar un acuerdo entre las partes, conforme al Derecho comunitario, en el más breve plazo posible, y darán traslado del mismo a la Comisión.

Sin embargo, se permite a la persona interesada que ha instado el procedimiento y a la entidad contratante que pongan fin al procedimiento en cualquier momento. Esta facultad de las partes viene exigida por la propia naturaleza de la conciliación como libre acuerdo entre las partes, aunque debe advertirse del peligro de su posible utilización fraudulenta, especialmente cuando se esté en fases avanzadas del procedimiento en las que ya se pueda prever cuál va a ser la propuesta de los conciliadores. Ahora bien, estos problemas pueden resolverse recurriendo a los principios generales del derecho que son plenamente

aplicables al procedimiento conciliador, como el principio de buena fe, e incluso acudiendo a la responsabilidad precontractual o “culpa in contrahendo”.

Por otra parte, el procedimiento puede finalizar también en el supuesto de que, en el marco de un procedimiento determinado de formalización de un contrato, una persona interesada, distinta de la que haya instado la conciliación, haya interpuesto un recurso jurisdiccional u otro recurso a los que se refiere la Directiva 92/13/CEE. En este caso, los conciliadores informarán a dicha persona de que se ha invocado la aplicación del procedimiento de conciliación y la invitarán a que indique si acepta participar en el procedimiento. Si esta persona rehusara su participación, los conciliadores tienen la facultad de decidir, por mayoría, la finalización del procedimiento de conciliación cuando estimen que la participación de dicha persona es necesaria para resolver la controversia.

C.- Las Directivas sobre “recursos”.

Ante la falta de medios de control eficaces para los supuestos de infracción del Derecho comunitario de la contratación pública, hemos analizado en el capítulo cuarto de esta obra cómo la Unión aprobó las Directivas conocidas como de “recursos”: la Directiva del Consejo 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, y la Directiva del Consejo 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Más recientemente ha sido aprobada la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2007/66/CE, por la que se modifican las

Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

En su importante sentencia de 28 de octubre de 1999 (asunto Alcatel), el Tribunal europeo señaló que:

“Las disposiciones del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6, párrafo segundo, 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, deben interpretarse en el sentido de que 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”.

D.- La terminación convencional en España de los procedimientos de contratación.

Por expresa previsión del TRLCAP (RDLegislativo 2/2000, de 16 junio, DA Quinta), los contratos que se formalicen al amparo del artículo 88 LRJPAC (Ley 30/1992), pero que tengan por objeto materias reguladas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, han de celebrarse conforme a lo dispuesto en la misma. La razón es obvia, ya que esta es la ley que regula precisamente los negocios que celebran las Administraciones para contratar obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría, asistencia y servicios.

En el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público se recogía una previsión similar como disposición adicional 21, pero finalmente no pasó al texto de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

El art. 88.2 LRJPAC fija como contenido mínimo de la terminación convencional la mención de las partes contratantes, el ámbito personal, funcional y territorial del acuerdo, el plazo de vigencia y la publicación, según su naturaleza y personas afectadas.

Junto a esto, las estipulaciones y demás contenido sustantivo del contrato lógicamente variarán en función de la relación o asunto en cuestión, lo que constituirá el concreto régimen jurídico de las obligaciones derivadas de ese contrato. En uso de su libertad contractual y bajo el principio de paridad jurídica, las partes podrán convenir además cualquier cláusula penal, de afianzamiento, causas de rescisión y extinción, etc.. Más adelante analizaremos los límites de esta libertad.

Aunque no lo diga expresamente la Ley, la incorporación de los acuerdos al procedimiento exige su formalización escrita, tanto si se trata de acuerdos preparatorios o de trámite como si sustituyen a la resolución y ponen fin al procedimiento. De lo contrario, daría la apariencia de que el expediente sigue pendiente de una decisión, cuando en realidad esta ha sido acordada.

En general, las normas presuponen que los acuerdos han de tener una expresión escrita, cuando establecen que han de ser informados por algún órgano consultivo, o elevarse en una propuesta de resolución o poderse recurrir. La Ley Foral 15/2002 dispone que la terminación convencional del procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración mediante acuerdo indemnizatorio “quedará reflejada en el oportuno documento suscrito entre las partes” (artículo 84).

Una de las principales limitaciones que establece el artículo 88.1 LRJPAC es que la terminación convencional ha de estar dirigida a la satisfacción de un interés público, lo que supone una diferencia esencial respecto de la libertad contractual privada.

Para la teoría general de contratos, el elemento causal tiene una gran trascendencia jurídico-práctica en la detección de posibles vicios, como son los casos de simulación de negocio por causa inexistente, ineficacia por causa ilícita, etc..

En nuestro ámbito específico, la tipicidad del interés público como elemento causal de la actuación administrativa permite actuar contra aquellos actos que incurran en el vicio de “desviación de poder”, una doctrina que resulta aplicable a la terminación convencional en líneas generales.

Desde ambas perspectivas se pueden establecer importantes vías de control jurídico de la autonomía contractual de la Administración, mediante la verificación de la adecuación de la causa concreta de cada negocio de terminación convencional al interés público.

No debe presuponerse, sin embargo, que si el particular se aviene a una solución negociada necesariamente el interés público ha de quedar debilitado o disminuido. Este suspicaz enfoque es erróneo por varias razones. En primer lugar, porque aunque en abstracto los intereses públicos y privados se hallen en una relación dialéctica, en la práctica no siempre son antagónicos y muchas veces pueden ser también coincidentes o complementarios. Los propios intereses públicos son heterogéneos y a menudo contradictorios entre sí.

Hace tiempo que el interés público ha dejado de ser una mítica categoría objetiva y se admite que estamos en presencia de un concepto valorativo, en cuya definición se entremezclan juicios subjetivos de oportunidad y razón de quien decide. Es fruto de un proceso de decantación que se inicia en el constituyente y en el que la Administración ocupa un protagonismo creciente, reconocido por el legislador con el fin de adecuar su acción a las circunstancias peculiares del caso concreto.

La terminación convencional es un cauce para que la decisión sobre el interés público se realice con la participación y negociación de sujetos ajenos al poder público. Lo que no debe asustar a nadie.

Cuántas veces el mayor interés público consiste precisamente en la pacificación del conflicto, tras una discusión y cesión por parte de todos los intereses en presencia.

El control de estos acuerdos deberá tener en cuenta que los mismos son el resultado de una negociación —con concesiones mutuas, por supuesto— y que ésta es, en todo caso, una vía legítima, a la que el legislador ha querido confiar el hallazgo de la mejor solución posible para el problema en cuestión. Desde un punto de vista dogmático hay que recordar también que, aunque el interés público puede resultar ajeno al particular, la causalidad entendida como reciprocidad de las obligaciones o prestaciones no es un requisito del que dependa la validez del contrato, pues sólo se da los de carácter sinalagmático. Lo que hace vinculante el contrato es la declaración coincidente de voluntades en uso de la autonomía para obligarse.

La legalidad es, como en toda contratación, un segundo límite que ha de respetar la terminación convencional. En ese sentido, cuando el art. 88.1 establece que las Administraciones podrán celebrar convenios y contratos “siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico”, nos recuerda lo dispuesto en los arts. 9.1 y 103.1 CE.

Partiendo de dicho principio, hay que notar que, en un escenario convencional, el inexcusable consentimiento del interesado es de por sí una garantía para su libertad. A diferencia de lo que sucede cuando la Administración actúa revestida de autoridad, donde el principio de legalidad se erige como la principal salvaguarda de la libertad de los particulares.

Conviene recordar, una vez más también, que la terminación convencional es expresión de la evolución que está sufriendo la ley en su papel de programadora de la Administración. Supone, en ese sentido, una ampliación del margen de ésta a la hora de definir el interés público mediante el acuerdo con los ciudadanos. Por consiguiente, la predeterminación normativa no puede ser tan estrecha que ahogue la viabilidad de la negociación.

Llegados a este punto, el principio de legalidad puede interpretarse como un límite material a la libertad de contratación que prohíbe transgredir las normas de Derecho imperativo, de la misma manera que se entiende en la contratación civil. Respetando ese límite, la terminación convencional puede contener estipulaciones no necesariamente previstas por la norma y alterar las previsiones que sean meramente dispositivas.

Con otras palabras, el posible contenido material de uno de estos acuerdos o contratos debe entenderse limitado por el “*ius cogens*”, no por el Derecho dispositivo. La identificación de tales reglas imperativas puede ser problemática en algunos casos, pero en otros es muy clara, por ejemplo, el carácter inalienable del dominio público (artículo 132 CE), la prohibición de condonar deudas tributarias (artículo 78 LGT). Lo que no significa que no sean cambiantes. Así, la tradicional prohibición de adquirir compromisos de gastos no presupuestados ha sido sustituida, en la vigente Ley General Presupuestaria, por la posibilidad de adquirir compromisos de gasto de carácter plurianual, siempre que tenga cabida en los llamados “escenarios presupuestarios” (artículo 46 y siguiente Ley 47/2003, de 26 noviembre).

Se vislumbra de este modo la ventaja que reporta la técnica convencional frente a la falta de flexibilidad y adaptabilidad de la resolución, que no admite cláusulas particulares que puedan llevar a una libre configuración administrativa de la decisión, lo que es consecuencia de la vinculación positiva del acto a la ley. La terminación del procedimiento mediante un pacto o convenio consigue mitigar la rigidez que a la actuación administrativa impone el principio de tipicidad de los actos.

La jurisprudencia en materia de licencias urbanísticas permite observar la dificultad que tiene la Administración para imponer unilateralmente condiciones “*extra legem*”, mientras que admite sin problemas condicionamientos mucho más onerosos cuando vienen respaldados por un contrato o cualquier otro medio de manifestación de la voluntad favorable por el particular incorporado el expediente de licencia (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3.11.1981 y de 13.3.1984, respectivamente).

El artículo 88.1 establece que los acuerdos de terminación convencional tendrán “el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.

Por lo tanto, esos son extremos sujetos a variaciones. Habrá que estar, pues, a lo que dispongan las normas especiales, como pueden ser algunas de las que ya hemos citado (responsabilidad, derecho de la competencia, etc.). Algunos Reglamentos, a la vez que sientan unas pautas generales, condicionan su utilización a una expresa previsión en tal sentido por parte de la norma que regule la concreta subvención o autorización de que se trate.

Otras, como la Ley 3/2001, 3 julio, “del Gobierno y Administración de la Comunidad de Castilla y León” exigen con carácter preceptivo el informe de los Servicios Jurídicos para la terminación convencional, al igual que para la resolución de los recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial, responsabilidad patrimonial, revisión de oficio y ejecución de resoluciones judiciales (art. 67).

En defecto de norma especial, y de las estipulaciones particulares que constituyan el concreto régimen jurídico de cada contrato o acuerdo, entendemos que éste ha de integrarse, en primer lugar, por las propias previsiones de la LRJPAC que resulten de aplicación. Así, los preceptos sobre competencia y régimen de los órganos, reglas de abstención y recusación, sobre capacidad, legitimación y representación de los interesados, derechos de los ciudadanos, uso de lenguas oficiales, iniciación, instrucción y terminación del procedimiento. Estas reglas conforman el régimen de preparación y conclusión de estos acuerdos.

La LRJPAC contiene incluso algunas previsiones que limitan los posibles efectos de estos contratos sobre las competencias atribuidas a los órganos administrativos y las responsabilidades de las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos, que

no podrán ser alteradas en ningún caso. La primera previsión se corresponde con el carácter irrenunciable de las competencias, establecido en el artículo 12 LRJPAC. La segunda se refiere al deber jurídico que pesa sobre los servidores públicos para velar por el buen funcionamiento de los servicios públicos, del que no pueden abdicar válidamente.

Puesto que la terminación convencional da nacimiento a un negocio contractual vinculado al giro o tráfico administrativo que, por imperativo legal, debe satisfacer el interés público, podemos admitir que se trata de contratos administrativos especiales y, por lo tanto, en defecto de normas de Derecho administrativo, especiales o generales, serán aplicables las normas de derecho privado. En la práctica, será esta la fuente última que integre el régimen de los contratos de terminación convencional en lo tocante a sus efectos, interpretación, cumplimiento, vicios, extinción.

Dada la naturaleza jurídica pública de estos contratos, pocas dudas pueden haber a la hora de atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de cualquier cuestión, demanda o recurso que se suscite con ellos (art. 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1998).

IV.- Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

Las sentencias del TJCE sobre contratos públicos son muy numerosas. En estos fallos, el Tribunal Europeo aplica a la contratación los grandes principios y libertades del Tratado y decide sobre el cumplimiento de las distintas Directivas sobre contratación, a la vez que interpreta sus disposiciones.

Pues bien, entre la jurisprudencia de la Corte Europea vamos a analizar por su interés una sentencia del Tribunal de Primera Instancia ¹¹⁵ de 17 de diciembre de 1998, que tiene su origen en la solicitud de

¹¹⁵ El Tribunal de Primera Instancia (TPI) se creó en 1988 para descargar de ciertos asuntos al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y contra sus sentencias cabe recurso ante el TJCE.

indemnización del perjuicio supuestamente sufrido por una empresa como consecuencia del comportamiento culpable del Parlamento Europeo en el marco de la licitación relativa a un contrato de servicio de transporte.

El 22 de agosto de 1995 el Parlamento Europeo publicó en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas un anuncio de contratación de un contrato de transporte de personas mediante vehículos con chofer, previsto para los parlamentarios europeos. El anuncio precisaba que el contrato adoptaría la forma de un contrato marco con una sociedad de prestación de servicios y que se ejecutaría sobre la base de órdenes de pedidos específicas para cada operación. El contrato se celebraría por un período de tres años, prorrogable dos veces por un período de un año. El lugar de entrega sería Bruselas y los prestadores de servicios deberían justificar un período de actividad mínimo de cinco años dentro del sector. Como criterios de adjudicación del contrato, el anuncio indicaba que se elegiría la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta los precios ofrecidos y el valor técnico de la licitación.

El 16 de octubre de 1995, la empresa demandante ante el TPI presentó su oferta. El 4 de diciembre de 1995, el Parlamento se puso en contacto con el Director General de la empresa, para anunciarle que la Comisión consultiva de compras y contratos había emitido ese mismo día un dictamen favorable sobre la propuesta de encomendar el contrato a su sociedad. El 12 de diciembre de 1995, la empresa dirigió al Parlamento un escrito en el cual exponía las medidas que había adoptado para hacer frente a la situación de urgencia en que se encontraba el Parlamento. Precisaba que había celebrado contratos de arrendamiento financiero de coches y de abono de teléfonos móviles, había contratado a chóferes y regularizado la situación médico social y fiscal de estos últimos. En el mismo escrito, la demandante contestaba a los rumores y conversaciones de pasillo que aludían a una supuesta falta de moralidad de sus dirigentes y/o de sus accionistas y ponían en tela de juicio la calidad de sus prestaciones de servicios.

A consecuencia de esos rumores, el responsable de Administración del Parlamento llamó a declarar a dos directivos de la empresa, quienes le convencieron que esas alegaciones carecían de todo fundamento (así lo hizo constar en un informe dirigido al Secretario General del Parlamento, en el que también señalaba que habida cuenta de la necesidad de organizar desde el punto de vista práctico el funcionamiento de los servicios por parte de la nueva sociedad, era preciso adoptar una decisión urgente: la Administración debía garantizar imperativamente, desde la reanudación de la actividad parlamentaria en enero de 1996, el transporte de los parlamentarios). No obstante, el Director General de Administración propuso finalmente al PE una prórroga por un mes del contrato que vinculaba a la sociedad que prestaba hasta entonces los servicios de transporte (empresa que había quedado segunda en el procedimiento de adjudicación del contrato). Esta prórroga fue ampliada después en varios meses. Ante esta situación, la demandante se dirigió en dos ocasiones al PE para mostrar su sorpresa por no haber recibido el contrato firmado.

Mediante carta certificada de 19 de junio de 1996, el Parlamento informó a la demandante de que la licitación objeto de litigio había sido anulada y de que se había abierto de nuevo el procedimiento. Dicha carta señalaba, en particular, que el Parlamento había estimado que ninguna de las licitaciones recibidas había sido considerada totalmente satisfactoria y que la Institución se había mostrado especialmente preocupada por ofrecer a los parlamentarios un servicio del más elevado nivel técnico, prestado por chóferes profesionales muy experimentados, lo cual no se desprendía con claridad meridiana de los documentos presentados por los licitadores. Se convocaría una nueva licitación, precisando de manera más explícita y detallada las exigencias del Parlamento.

A través de escrito de fecha 22 de julio de 1996, la demandante requirió al Parlamento para que o bien no anulase la licitación objeto de litigio y le adjudicase el contrato, o bien la indemnizase de manera satisfactoria. Esta solicitud fue rechazada por el Parlamento por lo que la empresa recurrió ante el TPI.

En su sentencia de 17 de diciembre de 1998, el Tribunal se planteó en primer lugar si existía responsabilidad del Parlamento derivada de un contrato público de servicios. En este sentido, la demandante entendía que se había celebrado legalmente un contrato entre las partes, y que el Parlamento renunció unilateralmente al mismo y se negó a cumplirlo en los términos y condiciones previstos. Para el Tribunal, la existencia de relaciones contractuales entre las partes supone que estas hayan formalizado un contrato por escrito. La adjudicación del contrato únicamente podía producirse con carácter definitivo mediante la firma del contrato marco por las dos partes. Pues bien, dado que nunca se firmó el contrato marco, concluyó el TPI que en el presente caso no existía un contrato válido.

Descartada la responsabilidad contractual, había que plantearse entonces la posible existencia de responsabilidad extracontractual ¹¹⁶.

En cuanto al carácter ilegal del comportamiento imputado, el TPI entendió que no concurría en el presente asunto ya que el Parlamento Europeo no estaba obligado a finalizar el procedimiento de adjudicación del contrato que había iniciado. En efecto, de acuerdo con el artículo 12 de la Directiva 92/50/CE, la entidad adjudicadora, en caso de anulación del procedimiento de adjudicación, está obligada simplemente a comunicar a los candidatos o licitadores que lo soliciten por escrito los motivos por los que haya decidido renunciar a la adjudicación de un contrato ofrecido. En el presente caso, como señaló el Tribunal, no se finalizó el procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de transporte, y la empresa demandante no ha probado que el Parlamento, al estimar que ninguna de las ofertas recibidas era totalmente satisfactoria, incurrió en un error grave y manifiesto.

¹¹⁶ La responsabilidad de la Comunidad en virtud del párrafo segundo del artículo 288 del Tratado y de los principios generales del Derecho a los que se remite esta disposición exige la concurrencia de un conjunto de requisitos en lo relativo a la ilegalidad del comportamiento imputado a la Institución, la realidad del perjuicio, así como la existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento y el perjuicio que se alega.

Pero ante el Tribunal también se planteó el posible comportamiento ilícito del Parlamento durante el procedimiento de licitación, en la medida en que a la demandante se le hicieron albergar esperanzas en la obtención del contrato y se le incitó a disponer todo lo necesario para que resultase operativa desde principios de enero de 1996.

En relación con el principio de confianza legítima, la jurisprudencia del TJCE señala que el derecho a reclamarlo se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprenda que la Administración comunitaria le hizo concebir esperanzas fundadas, siendo preciso determinar si un operador prudente hubiera podido protegerse de los riesgos en que se incurran en un determinado supuesto y que los operadores económicos igualmente deben soportar los riesgos económicos inherentes a sus actividades, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso ¹¹⁷.

Pues bien, en el caso de autos tanto el Parlamento Europeo como la empresa demandante creían que esta última cumpliría un contrato de prestación de servicios de transporte a partir del 1 de enero de 1996. Si bien no se había pedido expresamente a la empresa que realizase las inversiones necesarias para disponer de una infraestructura que le permitiese desarrollar el servicio, está claro, razona el Tribunal, dadas las circunstancias del caso, que, al hacerlo, actuó de manera razonable y realista con el fin de cumplir las exigencias del Parlamento. Por otro lado, el órgano de contratación debe respetar, en cada fase del procedimiento de adjudicación, no solamente el principio de igualdad de trato de los licitadores sino también el de transparencia. Así, una sociedad estrechamente implicada en un procedimiento de adjudicación y a la que se consideró incluso vencedora de la licitación, debe recibir, sin demora alguna, informaciones precisas referentes al desarrollo de todo el procedimiento. Sin embargo, la empresa no supo que no se le

¹¹⁷ Véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de marzo de 1987, asunto 265/85 y de 26 de junio de 1990, asunto C-152/88.

adjudicaría el contrato sino hasta 6 meses después. El Parlamento tendría, pues, que haber informado a la demandante de las razones por las que no se le encomendaría el contrato a partir del 1 de enero de 1996.

En definitiva, el Parlamento, por una parte, hizo que la demandante albergase una confianza legítima, al incitarle a asumir un riesgo superior al que corren normalmente los licitadores en un procedimiento de adjudicación y, por otra, no informó a la demandante del acaecimiento de un cambio significativo en el desarrollo del procedimiento de adjudicación. De ello dedujo el TPI que el Parlamento incurrió en una falta que debe generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad. Así, el Tribunal consideró que constituyen el perjuicio reparable los gastos y costes contraídos debido a la convicción de que se obtendría el contrato: gastos de contratación, de reconocimientos médicos, formación de los chóferes, preparación de la flota de vehículos, contrato de telefonía y aparcamiento. Además, estimó que procedía indemnizar a la demandante por el perjuicio moral sufrido (en total 5 millones de francos belgas —4'6 daños materiales y 0'4 daños morales—).

La sentencia se basa pues para reconocer la responsabilidad extracontractual del Parlamento Europeo en el principio de confianza legítima.

El TJCE, en su misión de garante del “respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado” (artículo 220 del Tratado de la Comunidad Europea —antiguo artículo 164—), formula con mucha frecuencia categorías generales que unas veces tienen el carácter de desarrollo de categorías ya contempladas normativamente, y otras, las más, implican una construcción “ex novo” ante el silencio normativo al respecto. Para el desarrollo de esta labor creativa, el Tribunal acude con normalidad a los Derechos de los distintos Estados miembros de la Comunidad.

En efecto, es doctrina reiterada por el máximo órgano judicial europeo la que señala que en el ejercicio de los poderes que les confieren las directivas comunitarias los Estados miembros deben respetar

los principios generales del Derecho que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de junio de 2000, Schlosstrasse, C 396/98, Rec. p. I 4279, apartado 44, y de 26 de abril de 2005, «Goed Wonen», C 376/02, Rec. p. I 3445, apartado 32).

El TJCE ha ido configurando desde sus orígenes todo un conjunto de principios generales del Derecho, que han servido para interpretar el Derecho comunitario y para colmar las lagunas en él existentes. La formación de este conjunto de categorías generales y principios se ha producido, fundamentalmente, a través de la extensión, a todo el ámbito comunitario, de la remisión, prevista en el artículo 288 del Tratado de la Comunidad Europea (antiguo artículo 215) en relación con la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, a los “principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

Desde el célebre caso *Algera* de 1957 (Sentencia de 12 de julio de 1957), el Tribunal de Justicia ha expresado su voluntad de acudir, para la resolución de los problemas que se le plantean, a “las reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros”. Estas categorías o principios generales han jugado un papel decisivo en la consolidación del cuerpo de Derecho público comunitario destinado a regir la actividad de la Comunidad y están impulsando decisivamente el desarrollo de un verdadero Derecho público común europeo.

Entre los principios generales formulados por el Tribunal de Justicia es preciso destacar, en primer lugar, los derechos fundamentales de las personas. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal, que recuerda la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 14 de mayo de 1998, asunto T-348/94:

“los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza este Tribunal (véase, en particular, el dictamen del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996, 2/94, Rec., p. I 1759, apartado 33, y

la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C 299/95, Rec. p. I 2629, apartado 14), de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como con los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han intervenido o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 presenta en este orden una singular relevancia. Por otra parte, a tenor del apartado 2 del artículo F del Tratado de la Unión Europea, la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

Junto a los derechos fundamentales, el Tribunal ha ido estableciendo toda una serie de principios generales cuyo respeto impone no sólo a las instituciones comunitarias sino también a todas las autoridades nacionales encargadas de aplicar el derecho comunitario. Entre estos principios hay que resaltar, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del TJCE, el principio de igualdad (como ha señalado el Alto Tribunal, las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones abiertas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, abocan de hecho al mismo resultado -sentencia de 12 de junio de 1997-), el de seguridad jurídica (que tiene por finalidad garantizar la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del Derecho comunitario -sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de febrero de 1998-), o el de proporcionalidad (que exige que los actos de las Instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos 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 -sentencia de 5 de mayo de 1998, asunto 157/96, sobre la enfermedad denominada de las “vacas locas”-).

V.- La doctrina del Tribunal sobre los contratos “in house providing” y su acogida en la nueva Ley española de Contratos del Sector Público.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha elaborado una importante doctrina en relación con los denominados contratos “in house providing”, por medio de los cuales se encarga la prestación de una obra o servicio a un ente instrumental sin que se aplique la legislación contractual.

Los contratos “in house” son la excepción a la regla general de sometimiento a los procedimientos públicos de todo tipo de contratos celebrados por los poderes adjudicadores. Como declaró el TJCE en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121, apartados 49 a 51), para la aplicación de la normativa comunitaria sobre contratación pública, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste, “sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece”.

No se aplicará pues lo dispuesto en el Derecho comunitario y nacional de la contratación pública en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece (sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH).

El Tribunal de Justicia ha confirmado la aplicabilidad de las mismas consideraciones a las Directivas 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras –antecedentes ambas de la Directiva 2004/18/CE, que las ha derogado– (véanse, respectivamente, las sentencias de 11 de

enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartados 48, 49 y 52, y de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, Rec. p. I-139, apartado 39). Dichas consideraciones parten de la premisa de que la aplicación de las Directivas sobre contratos públicos depende de la existencia de un contrato celebrado entre dos personas distintas (véase la sentencia Teckal, antes citada, apartados 46 y 49).

Más allá de las Directivas de contratos, debe señalarse que dichas consideraciones pueden trasponerse a las disposiciones del Tratado y principios relativos a las concesiones de servicios públicos excluidas del ámbito de aplicación de las directivas sobre contratación pública. En efecto, en el ámbito de la contratación pública y de las concesiones de servicios públicos, el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y los artículos 43 CE y 49 CE, son aplicables en el supuesto de que una autoridad pública encomiende la prestación de actividades económicas a un tercero. En cambio, no procederá aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública o de concesiones de servicios públicos en caso de que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin recurrir a entidades externas (véase en este sentido la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 48).

Dado que se trata de una excepción a las normas generales del Derecho comunitario, los dos requisitos exigidos por el Tribunal (que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes a que pertenece) deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 46).

Pues bien, en muchos casos Administraciones públicas europeas aplican indebidamente esta doctrina y consideran medio propio de

la Administración a entidades que no reúnen los requisitos para ello. La cuestión es muy polémica y está sujeta a controversias que en algunos supuestos, como el de TRAGSA en España, han dado lugar a diversos pronunciamientos judiciales.

En efecto, el legislador español estatal y autonómico ¹¹⁸ ha venido a calificar diversas sociedades como medios propios de la Administración. Se trata de sociedades mercantiles de capital público, que actúan por cuenta de la Administración, y que por ello reciben la condición de medio propio ¹¹⁹.

¹¹⁸ Por ejemplo, la empresa “Gestió d’Infraestructures, S.A.” (en adelante, GISA) fue constituida por acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Catalunya adoptado el 3 de julio de 1990. El capital de GISA fue suscrito íntegramente por la Generalitat. El Parlamento de Catalunya acordó la constitución de la Sociedad según la Disposición Adicional número 29 de la Ley 9/1990 del 16 de mayo. El 3 de julio de 1990, el Gobierno de la Generalitat aprobó el Decreto Constitutivo de GISA. De acuerdo con su objeto social, GISA actúa en nombre y por cuenta propia o en nombre propio y por cuenta de la Generalitat de Catalunya con la finalidad de proyectar, construir, conservar, explotar y promocionar las obras públicas de todo tipo y los servicios que puedan instalarse o desarrollarse en relación con las infraestructuras que promueve o en las que participa la Generalitat (disposición adicional 25 de la Ley 14/1996, de 29 de julio, de Presupuestos de la Generalitat de Catalunya para el año 1996). Tras la aprobación por el Parlamento de Catalunya de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas publicada en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 3791, de 31 de diciembre, y la corrección de errores en la misma Ley publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 3805, de 22 de enero de 2003, se decidió modificar el segundo artículo de los Estatutos Sociales relativo al objeto social de la Compañía y darle el siguiente contenido:

“Proyectar, construir, conservar, explotar y promocionar todo tipo de infraestructuras y edificaciones que la Generalitat promueva o en las que participe y los servicios que se puedan instalar o desarrollar. Proyectar y construir todo tipo de infraestructuras y edificaciones de terceros con los que la Generalitat haya acordado su construcción. Estas actividades pueden ser llevadas a cabo por Gestió d’Infraestructures, SA, que actúa por encargo del Gobierno, en nombre propio y por cuenta propia, o en nombre propio y por cuenta de la Generalitat o de terceras personas, según los términos de los encargos y los mandatos de actuación. Estas actividades se pueden llevar a cabo total o parcialmente por medio de la participación, que está sujeta siempre al Estatuto de la Empresa Pública Catalana, a la Ley 11/1981, de 7 de diciembre, de Patrimonio de la Generalitat, y al Reglamento que la desarrolla, y a cualquier otra disposición que sea aplicable por el carácter de empresa pública de la sociedad, en sociedades de objeto idéntico o análogo”.

¹¹⁹ Véase GONZÁLEZ GARCÍA J.V., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 173, año 2007, pags. 217-237.

Este es el caso del artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que otorga a la empresa pública TRAGSA la calificación de medio propio de la Administración estatal y, en su caso, autonómica (aunque no la local como precisa el informe 46/98, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva); la disposición adicional segunda de la Ley 53/1999, conforme al cual “la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, S. A. (SEGIPSA), cuyo capital social deberá ser de titularidad pública, tendrá la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, y estará obligada a realizar los trabajos que le encomiende la Administración General del Estado y sus organismos y entidades de Derecho público y las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social”; y el artículo 67 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, respecto de la Sociedad Estatal para las Enseñanzas Aeronáuticas Civiles (SENASA).

En particular, el artículo 88.4 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, dispone que “TRAGSA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, está obligada a realizar (...) los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa (...)”; y, en virtud de lo prevenido en el apartado cinco de dicha disposición “ni TRAGSA ni sus filiales podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las Administraciones Públicas de las que sea medio propio”.

Para la Administración del Estado TRAGSA, aunque es una entidad formalmente distinta (goza de personalidad jurídica propia), no es autónoma desde un punto de vista decisorio, y no existe contrato entre ambas entidades sino una actuación de TRAGSA obligatoria y derivada de una orden de la Administración. TRAGSA y la Administración no celebrarían contrato alguno, ya que la segunda ordena a la primera realizar ciertos trabajos y la primera está obligada a ejecutar dicha orden, y en la ejecución de la orden la Administración goza de control sobre TRAGSA. Conforme al artículo 1261 del Código Civil, “no hay

contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes (...)”. Y a tenor del artículo 1262 del mismo cuerpo legal “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato”. Pues bien, de acuerdo con ello TRAGSA ni ofrecería, ni aceptaría, ni, por tanto, consentiría el establecimiento de una determinada relación jurídica sino que ésta surge de la orden unilateral de la Administración autonómica.

Tal y como se indica literalmente en el apartado 2 del artículo 3 del Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo, “TRAGSA y sus filiales están obligadas a realizar los trabajos y actividades que le sean encomendados por la Administración (...) como su medio propio instrumental y servicio técnico, en las materias que constituyen su objeto social”, a lo que añade el apartado 6 del mismo artículo que “las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones Públicas en su condición de medio propio y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que a todos los efectos son de carácter interno, dependiente y subordinado”. Es más, como establece el artículo 4.7 del propio Real Decreto, “las nuevas tarifas, la modificación de las existentes y los procedimientos, mecanismos y fórmulas de revisión, serán aprobadas por cada una de las Administraciones Públicas de las que TRAGSA y sus filiales sean medio propio y servicio técnico”, lo cual no se compadece con una relación contractual.

Tradicionalmente el ordenamiento jurídico administrativo español ha mantenido una posición restrictiva en cuanto a la posibilidad de que la Administración ejecute directamente obras. En este sentido, el artículo 60 de la Ley de Contratos del Estado señalaba que “sólo podrán ser ejecutadas directamente por la Administración las obras en que concurra alguna de estas circunstancias (...)”. Sin embargo, este carácter de excepción resultó seriamente matizado por la generalidad de los supuestos que contempla el artículo 152 del TRLCAP.

El Tribunal Supremo ha considerado los supuestos de ejecución de obras por la Administración a través del encargo a una sociedad de

naturaleza jurídico-privada como ajustados a la Constitución y a las normas sobre la competencia, señalando así en su sentencia de 18 de diciembre de 2003 (Sala 3ª, Sección 4ª, recurso 1120/2001) que

“Pero además debemos entender que la Sentencia no vulnera las normas sobre contratación, ya que es preciso atenerse a la normativa del artículo 153 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas que regula la ejecución de obras por medios propios, como la propia Sentencia declara, no existiendo razón alguna para que este precepto se entienda que es contrario a la Constitución. De ello se deduce que debemos compartir asimismo el juicio de la resolución recurrida en el sentido de que no procede plantear cuestión de inconstitucionalidad. En cuanto a las supuestas vulneraciones de la Constitución el precepto decisivo invocado, esto es, el artículo 128, debe interpretarse recatemente entendiendo que, no sólo admite que los entes públicos sean titulares de actividades económicas, sino también que realicen obras por medios propios como una variedad o manifestación de la iniciativa económica. En cuanto a la vulneración de las normas sobre la competencia debe estarse a la declaración de la Sentencia impugnada, que no ha sido debidamente contradicha. Por último respecto a la vulneración de las Directivas comunitarias la representación de TRAGSA mantiene, y nada se ha alegado en contrario, que la misma Comisión de la Comunidad Europea en cuyo conocimiento se puso no formuló reparo alguno al sistema de contratación realizando obras por medios propios de las Administraciones públicas”.

Pues bien, en la reciente sentencia del TJCE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, el alto Tribunal europeo resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español en relación con la atribución ex lege a TRAGSA de un régimen jurídico que le permite realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas a este

respecto. Se planteaba pues en el asunto la compatibilidad del régimen jurídico de TRAGSA con lo establecido en las directivas de contratación pública.

El asunto tenía su origen en una petición de decisión prejudicial planteada en el marco de un litigio entre la Asociación Nacional de Empresas Forestales y la Administración del Estado relativo a una denuncia presentada contra el régimen jurídico de que disfruta TRAGSA. La petición de decisión prejudicial versaba sobre la cuestión de si, con arreglo al artículo 86 CE, apartado 1, un Estado miembro puede atribuir a una empresa pública un régimen jurídico que le permite llevar a cabo operaciones sin estar sujeta a las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1), y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), y si estas Directivas se oponen a tal régimen.

Para el TJCE, TRAGSA está obligada a realizar los trabajos que le encomienden, en las materias que constituyen su objeto social, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas, y no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones. Por ello, las relaciones de TRAGSA con estos entes públicos no tienen naturaleza contractual, sino que son, a todos los efectos, de carácter interno, dependiente y subordinado, en la medida en que esta sociedad constituye un medio propio instrumental y un servicio técnico de tales entes. Observa pues el Tribunal que, si TRAGSA no goza de libertad alguna ni con respecto al curso que debe dar a un encargo formulado por las autoridades competentes ni en cuanto a la tarifa aplicable a sus prestaciones, afirmación que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente, no se cumple el requisito de aplicabilidad de las Directivas examinadas relativo a la existencia de un contrato.

En su sentencia, el Tribunal examina si en el caso de TRAGSA se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria:

“(…) En lo que se refiere al primer requisito, relativo al control de la autoridad pública, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el hecho de que el poder adjudicador posea, por sí solo o junto con otros poderes públicos, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, en principio, que este poder adjudicador ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 37). En el asunto principal resulta de los autos, y a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que el 99 % del capital social de Tragsa pertenece al Estado español, directamente y a través de una sociedad holding y de un fondo de garantía, y que cuatro Comunidades Autónomas, titulares cada una de una acción, poseen el 1 % de dicho capital. A este respecto, no cabe acoger la tesis de que sólo se cumple este requisito para los trabajos realizados por encargo del Estado español, quedando excluidos los que hayan sido encargados por las Comunidades Autónomas, con respecto a las cuales Tragsa debe ser considerada un tercero. En efecto, del artículo 88, apartado 4, de la Ley 66/1997 y de los artículos 3, apartados 2 a 6, y 4, apartados 1 y 7, del Real Decreto 371/1999 parece derivarse que Tragsa está obligada a realizar los trabajos que le encomienden los poderes públicos, incluidas las Comunidades Autónomas. De esta normativa nacional también parece deducirse que, en el marco de sus actividades con las Comunidades Autónomas como medio propio instrumental y servicio técnico de éstas, y al igual que ocurre en sus relaciones con el Estado español, Tragsa no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones y sus relaciones con dichas Comunidades no tienen naturaleza contractual. Por consiguiente, parece que Tragsa no puede tener la consideración de tercero con respecto a las Comunidades Autónomas que poseen una parte de su capital.

(...) En cuanto al segundo requisito, conforme al cual Tragsa debe realizar lo esencial de su actividad con el ente o entes públicos a los que pertenece, de la jurisprudencia resulta que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto (sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 70). En el asunto principal, como resulta de los autos, Tragsa realiza por término medio más del 55 % de su actividad con las Comunidades Autónomas y alrededor de un 35 % con el Estado. De lo anterior resulta que esta sociedad realiza lo esencial de su actividad con los entes territoriales y los organismos públicos que la controlan. En estas circunstancias, procede considerar, a reserva de comprobación por el órgano jurisdiccional remitente, que en el caso de autos se cumplen los dos requisitos exigidos por la jurisprudencia citada en el apartado 55 de la presente sentencia”.

En definitiva, la sentencia del TJCE considera que TRAGSA es una empresa pública que actúa como medio propio instrumental y servicio técnico de varias autoridades públicas (principalmente Estado y Comunidades Autónomas), por lo que puede realizar obras públicas por encargo sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa.

El discutible fallo del Tribunal llama poderosamente la atención por la interpretación que realiza de los requisitos sentados en su jurisprudencia sobre los denominados contratos “in house providing”, interpretación que se aparta además de las bien fundamentadas conclusiones presentadas el 28 de septiembre de 2006 por el Abogado General Sr. GEELHED.

En efecto, en las conclusiones presentadas en el asunto C-295/05 el Abogado llegaba a la consideración de que TRAGSA, operando bajo un estatuto legal como el vigente actualmente, no puede ser considerada como «medio propio» de las Comunidades Autónomas porque éstas

no pueden controlar las decisiones estratégicas y otras decisiones importantes de esta persona jurídica.

Ya en su sentencia de 8 de mayo de 2003, en el asunto España/Comisión, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas concluyó que un organismo como TRAGSA que, pese a su autonomía financiera y contable, está plenamente sujeto al control del Estado español debe considerarse un servicio propio de la Administración española, en el sentido del artículo 3, apartado 5, párrafo primero, del Reglamento nº 154/75. Ahora bien, esta apreciación del Tribunal de Justicia se refería a las actividades que TRAGSA realizó por encargo del Estado español para el establecimiento de un registro oleícola.

De acuerdo con el fallo del Tribunal europeo, la Disposición adicional 30 de la LCSP aprovecha para declarar, en su apartado 2, que

“TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y sus filiales podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.

Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado”.

El amplio contenido de la disposición, con la muy generosa consideración de medio propio de TRAGSA y sus filiales, puede resultar contrario a la doctrina general del Tribunal europeo de Justicia sobre los contratos “in house”.

Con carácter general, el artículo 4.1.n) de la LCSP excluye de su ámbito de aplicación: “Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174”.

De acuerdo con el apartado 6 del artículo 24, los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en el apartado 6 del artículo 24 deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Capítulo Noveno: Contratación administrativa en el Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica- Estados Unidos de Norteamérica

Introducción

El 5 de agosto de 2004 se firmó en Washington D.C. el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre los Gobiernos de República Dominicana, las Repúblicas de Centroamérica (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua) y los Estados Unidos de América, con el propósito de crear una zona de libre comercio conforme a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), las exigencias de la globalización e integración internacional, los intentos de los países centroamericanos y de República Dominicana de diversificar y aumentar su productividad, atraer flujos de inversión extranjera e incrementar su oferta exportable.

Este TLC sustituyó unas relaciones comerciales endebles sustentadas en meras concesiones unilaterales de los Estados Unidos de América, con fundamento en la Iniciativa para la Cuenca del Caribe (ICC), por otras más fuertes y robustas que suponen derechos y obligaciones recíprocas para todos los Estados parte.

Para calibrar en sus justos términos la relevancia de ese TLC, debe tomarse en consideración que, para el caso de la mayoría de los Estados centroamericanos, Estados Unidos de Norteamérica representa su principal socio comercial, en el mercado estadounidense se coloca un porcentaje sustancial o considerable de las exportaciones centroamericanas y de los Estados Unidos provienen los más elevados flujos de inversión extranjera directa. Asimismo, debe tomarse en consideración que el sector público es uno de los principales compradores de bienes y servicios en las economías mundiales y que el mercado de la contratación administrativa, en cada uno de los países que rubricaron el acuerdo multilateral de inversión, representa un porcentaje considerable del Producto Interno Bruto (PIB), sólo en el caso de los Estados Unidos de América supone el 30% de ese rubro. Ahora Centroamérica y República

Dominicana tienen libre acceso a ese segmento, lo que antes no era posible por virtud de la “Buy American Act” federal de 1933 —con la réplicas estatales del caso— que establecía una política interna de discriminación positiva o proteccionista en favor de los proveedores norteamericanos, lo que supone grandes oportunidades comerciales para los inversionistas centroamericanos y dominicanos. El Tratado le garantiza a los servicios, mercancías y proveedores de otros Estados un acceso efectivo y recíproco al mercado de las compras del sector público de cada una de las partes signatarias, promoviendo el libre comercio e intercambio.

Uno de los grandes ejes y capítulos de esa integración comercial propiciada por el TLC lo constituye el relativo a las compras públicas o como se denomina el Capítulo 9 “Contratación pública”.

Pese a que la denominación “contratación pública” evoca inmediatamente el régimen de la contratación administrativa, hemos preferido, para evitar la vaguedad y polisemia, emplear la primera denominación, esto es, la de “contratación administrativa”, por cuanto, la mayoría de la doctrina tiene pacíficamente establecido que el concepto de “contrato público” es mucho más amplio que el de “contrato administrativo”, además provoca el equívoco de ubicar en esa categoría general figuras o instituciones que, en sentido estricto, no pueden reputarse como contratos administrativos (v. gr. empréstitos públicos, acuerdos de cooperación e, incluso, convenios internacionales, etc.).

La contribución que ofrecemos pretende sistematizar el abordaje de la contratación administrativa en el TLC, procurando su mejor comprensión, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos, ofreciendo, a la vez, una vertiente crítica. Tampoco se obvia señalar las posibles lagunas del régimen de la contratación contenida en el Tratado, así como plantear los retos y desafíos que impone la regulación contenida en el acuerdo comercial multilateral a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte para adecuarse, coordinarse y armonizarse, progresivamente, con ese régimen regional.

Veremos que el TLC bascula, preponderantemente, sobre el régimen formal de la contratación administrativa, esto es, lo concerniente

a los procedimientos de contratación administrativa, es decir, la preparación y formación del respectivo contrato. En punto a esta dimensión de la contratación administrativa, el TLC trata de establecer reglas comunes, generales y claras que fomentan la uniformidad en materia de contratación administrativa, no sin dejar algunos vacíos importantes. Prácticamente, el TLC obvia el enfoque sustancial acerca del contenido y alcance de los diversos contratos administrativos específicos, lo que queda librado a cada ordenamiento jurídico interno aplicable, así como las fases de perfección, formalización, ejecución y extinción de los contratos administrativos, cuyo régimen jurídico aplicable, también, queda entregado, con el consiguiente margen de inseguridad jurídica e incertidumbre a nivel de hermenéutica y aplicación, a los ordenamientos jurídicos nacionales.

I.- Régimen de cobertura

1.- General

Uno de los principales problemas que puede enfrentar un régimen jurídico regional de contratación administrativa, radica en definir los contratos administrativos a los que resulta aplicable, habida cuenta de la heterogeneidad y diversidad de los regímenes jurídico-administrativos internos. El TLC hace un esfuerzo de abstracción y generalización para cubrir cualquier expresión tipológica de la contratación pública entre los Estados signatarios de ese acuerdo multilateral de inversión, empleando fórmulas y métodos elásticos que amplían el radio de cobertura. Incluso, como disposición prospectiva el artículo 9.1.7, admite que los Estados parte pueden desarrollar “*nuevas políticas de contratación pública, procedimientos o modalidades contractuales, siempre que no sean incompatibles*” con el Capítulo 9; de esta manera, se procura una convergencia de sistemas de contratación administrativa para el futuro en la región que cubre el TLC, empleando como Derecho común el prescrito en el precitado capítulo.

Cabe advertir que el artículo 9.1 del Capítulo 9 del TLC prescribe que el régimen formal previsto en el acuerdo multilateral se proyecta y aplica a cualquier “*acto o directriz de una Parte, relativo a la contratación cubierta*”.

2.- Los conceptos jurídicos indeterminados de “contratación cubierta” y “contratación de mercancías, servicios o ambos”

Para referirse al tipo de contratos públicos regulados por el acuerdo de inversión, el artículo 9.1.2 hace referencia a los conceptos jurídicos indeterminados de “contratación cubierta” y de “contratación de mercancías, servicios o ambos”, los que se concretan, progresivamente, en el articulado subsiguiente y sus anexos.

Cabe advertir que el artículo 9.1.4, le impone a los Estados parte que suscribieron el acuerdo multilateral de inversión el deber de asegurarse que sus entidades contratantes cumplan con el régimen de la contratación pública establecido en el Capítulo 9 del TLC, cuando se trate de “contrataciones cubiertas” por éste.

A partir del numeral 9.1.5 se debe concluir que el régimen de la contratación pública que dimana del TLC es excepcional y diferenciado, por cuanto, ningún Estado parte cuando adjudique un contrato excluido por el Capítulo 9 –aunque tenga naturaleza administrativa–, éste no puede “interpretarse en el sentido de abarcar la mercancía o servicio objeto de dicho contrato”.

A.- Criterios objetivos

El inciso a) del artículo 9.1.2 indica que dentro de los contratos cubiertos por el acuerdo multilateral de inversión se encuentran “la compra, el alquiler o arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción-operación-transferencia y contratos de concesión de obras públicas”¹²⁰. En esta enunciación se opta por un criterio

¹²⁰ El TLC procurar normalizar lo que se entiende por contratos administrativos de construcción-operación-transferencia y de concesión de obras, al indicar en su artículo 9.17 (definiciones) que “significa cualquier arreglo contractual cuyo principal objetivo es disponer la construcción o rehabilitación de infraestructura física, plantas, edificios, instalaciones u otras obras públicas, bajo el cual, en consideración de la ejecución de un contrato por parte de un proveedor, una entidad contratante otorga al proveedor, por un período determinado, la propiedad temporaria, si tal propiedad es permitida por la Parte, o el derecho de controlar, operar, y exigir el pago para el uso de dichas obras durante la vigencia del contrato”. Se trata de un intento de conceptualización general que admite un margen considerable de flexibilidad para adaptarlo al que ha sido acuñado por la legislación, jurisprudencia y doctrina en cada ordenamiento jurídico interno.

mixto, que conjuga otros de carácter subjetivo y objetivo. En efecto, la compra, el alquiler o arrendamiento –con o sin opción de compra– son tipos contractuales que celebran las administraciones públicas cuyas diferencias sustanciales con los contratos del Derecho privado común u ordinario, suelen ser mínimas, razón por la que en algunos ordenamientos jurídicos no se configuran, en sentido estricto, como contratos administrativos. Sin embargo en otros sistemas jurídicos, se sigue un criterio subjetivo en la medida en que interviene un poder público y el contrato respectivo tendrá dentro de su contenido una serie de cláusulas exorbitantes del Derecho común o al reputarse como administrativo –por la participación de un ente público– incorpora todo un régimen jurídico administrativo de excepción –legal y reglamentario– que faculta a la administración contratante a ejercer ciertos privilegios o potestades tales como las de la rescisión unilateral, la modificación del objeto del contrato, etc. Adicionalmente, es preciso observar, que para precisarse el concepto de contratación cubierta se utilizan los conceptos de “*contratación de mercancías, servicios o ambos*”, el que puede funcionar como una cláusula abierta para someter al régimen de la contratación administrativa del TLC, contratos que por su objeto y naturaleza, aunque intervenga un ente u órgano público, se encuentre regido, estrictamente, por el Derecho privado o común.

Ese mismo precepto del TLC sí incluye en el elenco de contratos cubiertos, siguiendo un criterio de carácter objetivo, algunos contratos administrativos, que por su contenido y objeto, clásica y pacíficamente, han sido aceptados como propios del Derecho Administrativo tales como el contrato de concesión de obra y de servicios públicos o de construcción de obras públicas.

B.- Criterios subjetivos

El inciso c) del artículo 9.1.2 del TLC refuerza el criterio subjetivo, al indicar que se entiende por “contratación cubierta” la “*que se lleva a cabo por una entidad contratante*”. Cabe advertir que en el Anexo 9.1.2 (b) (i) del TLC se especifican los órganos y entes públicos de cada una de las partes del Tratado que se encuentran cubiertas por el Capítulo 9. A grosso modo, se disponen tres niveles

fundamentales que son los siguientes: a) órganos o “*entidades del gobierno a nivel central*” –Sección A Anexo 9.1.2 (b) (i)– (lo que incluye órganos desconcentrados de los tres clásicos poderes del Estado, Ministerios, Departamentos o Secretarías de Estado, agencias federales, etc.); b) “*entidades del gobierno a nivel sub-central*” –Sección B Anexo 9.1.2 (b) (i)– que cubre, preponderantemente, entes descentralizados por razones territoriales, a nivel centroamericano comprende a diversas Municipalidades, en el caso dominicano a las Gobernaciones y en el supuesto estadounidense a los Estados que conforman la Federación y sus departamentos; y c) “*otras entidades cubiertas*” –Sección C Anexo 9.1.2 (b) (i)– que, para la hipótesis centroamericana y dominicana alcanza a varios entes descentralizados funcionalmente o por servicios –administración pública instrumental–. De esta manera se cubre casi todo el universo de las administraciones públicas o entes públicos de cualquier Estado, al proyectarse el régimen de la contratación administrativa del Capítulo 9, a la Administración central y la descentralizada institucional, funcional o por servicios y la territorial.

Esta precisión del TLC, permite concluir que un contrato celebrado entre un inversionista privado de un Estado que es parte del Tratado y cualquier otra entidad pública de otro Estado que también lo ha suscrito –incluida en la lista del Anexo 9.1.2 (b) (i)–, asume la condición y naturaleza jurídica de un “contrato público”.

El artículo 9.1.2, inciso b), del TLC contiene una cláusula abierta que se traduce en las listas de contratos sujetos a condiciones que pactan o negocian las partes del acuerdo de inversión de manera específica y que son incluidas en los anexos. Esas listas, básicamente, se refieren a tres segmentos subjetivos de contratación que son los siguientes: a) La aplicable a la contratación entre los Estados Unidos y cada una del resto de las partes; b) la que se aplica entre las partes centroamericanas y c) la aplicable entre cada parte centroamericana y la República Dominicana. Estas listas contenidas en los anexos, lo que procuran es ajustar el régimen de contratación pública del TLC a las particularidades propias de cada sistema de contratación administrativa nacional, lo que le brinda un margen considerable de flexibilidad y de

adaptación para asegurar las posibilidades de su aplicación y observancia por cada una de las partes. De esta manera, se logra, también, la coexistencia de los regímenes regional e interno de contratación administrativa para evitar distorsiones que puedan afectar la adecuada implementación del primero.

C.- Criterio del umbral monetario o económico mínimo

Este es un parámetro de carácter objetivo que permite extender el régimen de cobertura de la contratación administrativa, según participe una entidad u órgano público incluidos en la respectiva lista —criterio subjetivo—, en función del monto económico mínimo del objeto del contrato. Estos umbrales monetarios, deben variar y ajustarse con el paso del tiempo, por razones obvias, para tal efecto resulta aplicable la Sección H del Anexo 9.1.2 (b) (i) del TLC que contiene una “*fórmula de ajuste de umbrales*”, en la cual se aclara que “*1. Para efectos de calcular el valor de un contrato e identificar si la contratación está cubierta por el Capítulo, una entidad contratante deberá incluir el total máximo estimado de la contratación durante toda su duración, considerando todas las opciones, pagarés, multas, comisiones, intereses y otras corrientes de ganancia u otras formas de remuneración proporcionadas en dichos contratos*”. Esta norma tiene gran utilidad, para evitar que sea eludido el régimen jurídico de la contratación administrativa establecido en el Capítulo 9. Algunos han sostenido que se tratan de umbrales económicos bajos para facilitarle a las empresas centroamericanas y dominicanas el acceso al mercado de compras del sector público estadounidense ¹²¹.

¹²¹ V. ALONSO (Eduardo), Contratación Pública. En Aportes para el análisis del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos –Programa Estado de la Nación–, San José, 9 Serie aportes para el análisis del Desarrollo Humano Sostenible, 2005, p. 83 y VASQUEZ ÁLVAREZ (Susana), La contratación pública en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos. En Ensayos temáticos sobre el TLC República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, San José, EUNED, 2005, p. 258.

Para las contrataciones celebradas por los órganos y entes mencionados en las Secciones A y B del Anexo 9.1.2 (b) (i), respectivamente, “*Entidades de Gobierno de Nivel Central*” y “*Entidades Gubernamentales a Nivel Sub-central*”, se prevé un ajuste cada dos años, empezando a regir el 1° de enero de cada período (Sección H.2).

Debe señalarse que se establecen umbrales monetarios mínimos diferenciados para el período de los tres años siguientes a la entrada en vigor del Tratado, en beneficio de las economías más vulnerables como las centroamericanas y la dominicana y, sobre todo, de la competitividad de los inversionistas originarios de esos países (Secciones A.1, B.1 y C.1).

Es preciso advertir que no fueron establecidos umbrales monetarios mínimos para la contratación administrativa entre los Estados Centroamericanos o entre estos y la República Dominicana ¹²².

D.- Criterio residual

Por su parte el inciso d) emplea un criterio de inclusión de naturaleza residual, al preceptuar que se aplicará el Capítulo 9, relativo a la “contratación pública” del TLC a toda aquella contratación “*que no esté excluida de la cobertura*”. Entendemos que la exclusión debe ser expresa o razonablemente implícita, consecuentemente, un contrato entre dos inversionistas privados de cualquiera de los Estados parte del acuerdo multilateral de inversión debe tenerse como excluido de la aplicación del régimen de la contratación pública dispuesto en éste. De otra parte, el artículo 9.1.3, a través de seis incisos, señala, explícitamente, los contratos, acuerdos o convenios entre las partes que están excluidos de la aplicación del régimen de la contratación pública contenido en el Capítulo 9 del TLC.

¹²² V. ALONSO (Eduardo), op. cit., pp. 81-82.

II.- Régimen de excepción

De manera general el artículo 9.1.3 del TLC establece un régimen expreso de excepción, sea de contratos, acuerdos o convenios excluidos de la aplicación del Capítulo 9 relativo a la “Contratación Pública”.

1.- Acuerdos no contractuales o diversas formas de asistencia internacional

El inciso a) del artículo 9.1.3 del TLC, preceptúa que el régimen de la contratación pública no se aplica a “*acuerdos no contractuales*”. Dentro de este segmento podemos ubicar los acuerdos celebrados entre Estados o entre éstos y cualquier sujeto del Derecho Internacional Público, que se rigen por esa rama jurídica y sus diversos instrumentos jurídicos (v. gr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 y Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986).

En punto a las diversas formas de asistencia o cooperación internacional se hace una especificación que cubre figuras clásicas como los empréstitos internacionales y otras que otorgue un Estado o una de sus agencias, tales como “*donaciones, préstamos, transferencias de capital, incentivos fiscales, subsidios, garantías, acuerdos de cooperación, suministro gubernamental de mercancías y servicios a personas o gobiernos estatales, regionales o locales, y compras con el propósito directo de proveer asistencia extranjera*”.

2.- Compras financiadas con préstamos o donaciones internacionales

Se parte del supuesto que tales contrataciones son incompatibles con los fines y propósitos del acuerdo multilateral de inversión, por tales razones, el inciso b) del artículo 9.1.3, las excluye expresamente.

3.- Contratación de servicios de agencias o depósitos fiscales, servicios de liquidación y administración para instituciones financieras reguladas y servicios de venta y distribución para la deuda pública (inciso c del artículo 9.1.3).

4.- Contratación de funcionarios o empleados públicos

De manera tradicional y congruente con casi todos los ordenamientos jurídicos internos, que tienen un régimen jurídico especial de contratación de los funcionarios o servidores públicos a través de la carrera administrativa o el sistema de méritos (concurso de antecedentes y oposiciones), se excluye este segmento en el inciso d) del artículo 9.1.3., por no ser congruente con los fines y propósitos del acuerdo bilateral de inversión.

5.- Cualquier contratación de mercancías, servicios o ambos de órganos o entidades públicas no incluidas en las listas de los anexos 9.1.2 (b) (i), (ii) e (iii) y sus diversas secciones (artículo 9.1.3. inciso e).

6.- Compras efectuadas bajo condiciones excepcionalmente favorables que se realizan esporádicamente, como enajenaciones extraordinarias efectuadas por entes u órganos públicos que, ordinariamente, no son proveedoras o la enajenación de activos de tales entidades en liquidación o bajo administración judicial (artículo 9.1.3, inciso f).

7.- Servicios, entidades y mercancías en las listas excluidas de cada Estado parte

El Anexo 9.1.2 (b) (i) del TLC, con la finalidad de brindarle al acuerdo multilateral de inversión una mayor flexibilidad y margen de adaptación a cada realidad nacional interna, incorpora listas de servicios excluidos del Capítulo 9, destacan, a título de ejemplo, dentro del primer segmento (Sección E), los servicios de investigación y desarrollo, administración de instalaciones propiedad del gobierno, servicios

públicos tales como de distribución de electricidad, agua y gas, servicios de educación, de la seguridad social y salud (llamados sociales),

Por su parte el Anexo 9.1.2 (b) (iii), Sección A, contiene listas excluidas de carácter subjetivo, destacando, grosso modo, las empresas públicas cuyo capital social pertenezca, en su mayoría, a particulares, entidades del sector público financiero (Bancos públicos que tienen una naturaleza mixta al ser entes públicos y efectuar operaciones de crédito según su capacidad de derecho privado), la administración militar o de las fuerzas armadas –para los casos de los países que cuentan con ejército- y, en general, cualquier entidad excluida, según la legislación interna, de los procedimientos de contratación administrativa.

En punto a las mercancías (Anexo 9.1.2 (b) (iii), Sección B), se indica que el Capítulo 9, no se aplica, respecto de Centroamérica y República Dominicana, en lo concerniente a *“la compra de armas, municiones, material de guerra o cualquier otra contratación indispensable para la seguridad nacional, seguridad pública o para fines de defensa nacional”*.

III.- Principios de los procedimientos de contratación

Pese a la heterogeneidad de principios de los procedimientos de contratación en cada legislación nacional, el TLC, en cuanto acuerdo multilateral de inversión, procura establecer una serie de principios generales o comunes de la contratación administrativa.

1.- Principios de “trato nacional”, igualdad y libre competencia

En el TLC encontramos una simbiosis entre la actuación efectiva de la cláusula del trato nacional y los clásicos principios de la contratación administrativa de igualdad y libre competencia. En efecto, este acuerdo multilateral contiene importantes disposiciones que tienden a reforzar los principios de igualdad y libre competencia entre todas las partes signatarias en la contratación de servicios y mercancías cubiertos por ese acuerdo comercial, todo con el propósito de evitar las medidas

y normas nacionales ¹²³ que privilegian a los proveedores y productos nacionales, restringen la libre competencia o discriminan a los proveedores y productos extranjeros ¹²⁴, como instrumento para fomentar el desarrollo de la industria nacional. Se trata, en esencia, de la aplicación, en materia de acuerdos multilaterales de comercio e inversión, del principio o la cláusula del “trato nacional” ¹²⁵. En efecto, el Capítulo Nueve,

¹²³ Es emblemático el caso de los Estados Unidos de América que estableció una política interna de discriminación positiva a favor de sus proveedores mediante la “Buy American Act” de 1933, la que obligaba a las entidades públicas a comprar bienes y servicios nacionales, exclusivamente, de proveedores también nacionales, situación que varió con la “Trade Agreement Act” de 1979 que exime de la primera ley las compras sujetas a obligaciones internacionales como en el caso del TLC. Esa normativa le impedía a los estados centroamericanos el acceso al mercado de compras públicas norteamericano, de ahí el interés de incluir un capítulo sobre la contratación pública en el TLC V. ALONSO (Eduardo), Contratación Pública. En Aportes para el análisis del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos, San José, Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, 2005, p. 75 y VÁSQUEZ ÁLVAREZ (Susana) La contratación pública en el tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos. En Ensayos Temáticos sobre el TLC República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, San José, EUNED, 2005, p. 248. Esta última afirma que “quienes se verán más beneficiados al abrirse el acceso a los mercados de contratación pública de los Estados parte del CAFTA serán precisamente los centroamericanos, ya que los proveedores estadounidenses tiene, de hecho, abierto el mercado de compras en la región” p. 249.

¹²⁴ V. CHACÓN (Francisco), La contratación pública en el TLC. En Estudios Jurídicos sobre el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, San José, ASE-TLC, 2005, p. 412.

¹²⁵ Este principio de no discriminación de los proveedores, productos y servicios extranjeros, fue incorporado en la Declaración de Tokio de 14 de septiembre de 1973, el “Acuerdo GATT sobre Compras del Sector Público” de Ginebra de 12 de abril de 1979 –que forma parte de la Ronda Tokio (1973-1979) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio o GATT- y, ulteriormente, en el “Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)” de Marrakech de 15 de abril de 1994 –forma parte de la Ronda Uruguay- que negociaron los países de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sobre la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico interno del ACP de la Ronda Uruguay, cabe indicar que en la medida en que se encuentra incluido en el Anexo IV “Acuerdos comerciales plurilaterales”, resulta obligatorio para los países que los han suscrito y Costa Rica no lo ha hecho, razón por la cual se ha estimado que no tiene vigencia interna, sobre el particular puede consultarse el Voto de la Sala Constitucional No. 7004-94 de las 9:18 hrs. de 2 de diciembre de 1994 y PGR O.J.-127-2006 de 13 septiembre de 2006. Este principio del “trato nacional y no discriminación” fue incorporado, por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio con República Dominicana, Ley No. 7882 de 9 de junio de 1999, artículo 12.03, el Tratado de Libre Comercio con México, Ley No. 7474 de 20 de diciembre de 1994, artículo 12-04, el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Chile, Ley No. 8055 de 4 de enero de 2001, artículo 16.04. Por su parte, en el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Canadá, Ley No. 8300 de 10 de septiembre de 2002, artículo IX.7 se indica que las partes acuerdan cooperar “con el objetivo de alcanzar mayor liberalización de sus mercados de contratación pública”.

relativo a la “Contratación pública” de ese acuerdo de libre comercio, establece en el artículo 9.2 atinente a los “*Principios Generales*”, que “1. (...) *cada Parte concederá a las mercancías y servicios de otra Parte y a los proveedores de otra Parte de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el otorgado por dicha Parte o entidad contratante a sus propias mercancías, servicios y proveedores*”. De igual manera, se acordó que ninguna parte podrá “2. (...) (a) *conceder a un proveedor establecido localmente un trato menos favorable que el otorgado a otro proveedor establecido localmente, en razón del grado de asociación o de propiedad extranjera; o (b) discriminar contra un proveedor establecido localmente en razón de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una compra particular sean mercancías o servicios de otra Parte*”. Luego, el artículo 9.8, concerniente a los “*Requisitos y condiciones para la participación en las contrataciones*”, establece que cada entidad contratante deberá “2. (...) (a) *limitar toda condición para participar en la contratación, a aquellas que sean esenciales para garantizar que el proveedor posee la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y especificaciones técnicas de la contratación*”, siendo que también se dispone que “4. *Ninguna entidad contratante establecerá como condición para participar en una contratación que un proveedor haya sido adjudicatario previamente de uno o más contratos por parte de una entidad contratante, o que el proveedor tenga experiencia de trabajo previa en el territorio de la Parte. Una entidad contratante evaluará la capacidad financiera y técnica de un proveedor de acuerdo con la actividad comercial del proveedor fuera del territorio de la Parte de la entidad contratante, así como su actividad, si la tuviera, en el territorio de la Parte de la entidad contratante*”.

El principio de libre concurrencia en el TLC pretende lograr la máxima participación del mayor número de oferentes en los procedimientos de contratación y se refleja en el Capítulo 9 en los artículos 9.5 (le impone a las partes otorgar plazos suficientes para preparar y presentar la oferta), 9.6 (ordena proporcionar a los proveedores interesados los documentos de la contratación que incluya la información necesaria para preparar y presentar las ofertas), 9.7 (en cuanto impide la inclusión

de especificaciones técnicas que tengan por propósito afectar o crear obstáculos innecesarios al comercio entre las partes) y 9.8 (al exigir publicar, con antelación, para preparar y presentar las solicitudes, los requisitos de registro, calificaciones y condiciones exigidas para participar en una contratación ¹²⁶).

Una excepción general al principio de la libre competencia, se encuentra establecida en el artículo 9.8.6 del TLC, en cuanto faculta a la entidad contratante para prohibir la participación de un proveedor en una contratación por motivos tales como la quiebra o declaraciones falsas, circunstancias calificadas y suficientemente justificadas que dan sustento a la ruptura del principio medular de comentario, en aras de garantizar el principio de la integridad.

De otra parte, el artículo 9.14 del TLC establece que una parte puede adoptar o mantener medidas necesarias, siempre que no sea un medio de discriminación arbitrario o injustificable o una restricción encubierta del comercio, para proteger “*la moral, la seguridad o el orden públicos*”, “*la salud o la vida humana animal o vegetal*”, “*la propiedad intelectual*” y las “*mercancías o servicios de personas discapacitadas, de instituciones filantrópicas o del trabajo penitenciario*”.

Es menester indicar, finalmente, que las medidas “*medioambientales para proteger la salud y la vida humana, animal y vegetal*” (artículo 9.14.2) o las “*especificaciones técnicas para promover la conservación de los recursos naturales*” (artículo 9.7.5) incluidas en una contratación administrativa –que fomentan las compras o adquisiciones “verdes”–, no se reputan como mecanismos que discriminen, hagan nugatoria la libre competencia o que lesionen la cláusula del trato nacional.

En el caso costarricense la única excepción al principio del trato nacional y, por consiguiente, a los principios de igualdad y libre competencia, lo constituye el supuesto de la PYMES, puesto que, en

¹²⁶ V. CHACÓN (F.), op. cit., pp. 418-421.

el Anexo 9.1.2 (b) (i), Sección G “Notas Generales” del TLC República Dominicana-Centroamérica-EE.UU- se dispuso que el Capítulo 9 de Contratación Pública no se aplica a los programas de compras de la Administración pública para favorecer a las pequeñas, medias y micro empresas (PYMES), con lo que se les concede una posición preferente por virtud de una acción afirmativa dada su posición sustancialmente en desventaja y la necesidad de fomentarlas como factor esencial de cohesión social y económica y de desarrollo de las regiones detraídas ¹²⁷.

2.- Publicidad y transparencia

El TLC, contiene en el Capítulo 9, algunos acuerdos –respecto de los servicios, mercancías y entes públicos que cubre– para que la publicidad funcione como una garantía en favor de los proveedores extranjeros de cualquiera de las partes, para evitar una exclusión o discriminación por falta de transparencia. Así el artículo 9.3 denominado “*Publicación de medidas para la contratación*” dispone que cada parte debe, oportunamente, “(a) *publicar* ¹²⁸ *toda ley y reglamento, y sus modificaciones, relacionada con la contratación; (b) poner a disposición del público cualquier procedimiento, sentencia judicial y decisión administrativa de aplicación general, relacionada con la contratación; y (c) a solicitud de una Parte, facilitar a esa Parte una copia de un procedimiento, una sentencia judicial o una decisión administrativa de aplicación general, relacionada con la contratación*”.

En lo relativo a la “*Publicación del aviso de contratación futura*”, el artículo 9.4 del TLC dispone que “1. (...) *una entidad contratante publicará con anticipación un aviso invitando a sus proveedores interesados a presentar ofertas para cada contratación cubierta. 2. La información en cada aviso incluirá, como mínimo, una indicación de*

¹²⁷ V. MORENO MOLINA (José Antonio), *Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español*, Madrid, MacGraw-Hill, 1996, pp. 64-65

¹²⁸ El artículo 9.17 del TLC define “publicar” como “*difundir información a través de un medio electrónico o en papel, que se distribuye ampliamente y se encuentre fácilmente disponible al público en general*”.

que la contratación está cubierta por el Capítulo, una descripción de dicha contratación, cualquier condición requerida de los proveedores para participar en la misma, el nombre de la entidad contratante, la dirección donde se puede obtener cualquier documentación relacionada con la contratación, si fuere aplicable, cualquier monto que deba pagarse por los documentos de contratación, los plazos y la dirección para la presentación de ofertas y el tiempo para la entrega de las mercancías o servicios contratados. 3. Cada Parte incentivará a sus entidades contratantes a publicar información relativa a los planes de futuras contrataciones, lo antes posible en su respectivo año fiscal”.

Por su parte, el artículo 9.6 “*Documentos de contratación*”, establece que la entidad contratante debe proporcionarle “*I. (...) a los proveedores interesados los documentos de la contratación que incluyan toda la información necesaria que les permita preparar y presentar ofertas adecuadas. Los documentos de contratación incluirán todos los criterios que la entidad contratante considerará para adjudicar el contrato, incluyendo todos los factores de costo y sus ponderaciones, o según el caso, los valores relativos que la entidad contratante asignará a esos criterios en la evaluación de las ofertas*”. Ese mismo numeral en el punto 2, permite que la entidad contratante cumpla con esa obligación a través de una publicación electrónica¹²⁹ accesible para todos los proveedores interesados, caso contrario debe proveerlos en forma escrita a los que no hayan podido accederlos. El punto 3 del artículo 9.6 le impone a la entidad pública contratante el deber de hacerle llegar las modificaciones de los criterios para adjudicar a todos los proveedores cuya identidad sea conocida y en caso contrario de la misma manera en que se transmitió la información original, todo con tiempo suficiente

¹²⁹ Las referencias a los procedimientos de contratación electrónicos en el TLC son prácticamente nulas, esta es la única norma que hace referencia parcial a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC's) en el TLC, por lo que puede concluirse que su desarrollo en este acuerdo comercial de carácter multilateral es embrionario, pudo haberse aprovechado la ocasión para estandarizar los procedimientos de contratación electrónicos en la región. Sobre las administraciones públicas electrónicas en general V. JINESTA LOBO (Ernesto), Administración pública electrónica: Retos y desafíos para su regulación en Iberoamérica. En Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo, Tomo I –Victor Hernández-Mendible, coordinador-, Caracas, Ediciones Paredes, 2009, pp. 171-191.

para que los proveedores modifiquen la oferta y la vuelvan a presentar. El artículo 9.11.1 del Capítulo 9 del TLC le impone a las administraciones públicas informar a los proveedores participantes la adjudicación y suministrarle al proveedor cuya oferta no fue elegida la información pertinente sobre la decisión y las ventajas relativas de la oferta ganadora. Luego, el numeral 9.11.2 impele a la entidad pública contratante a publicar un aviso donde se indique, entre otros extremos, el nombre del proveedor adjudicado y el valor de la adjudicación. Finalmente, el artículo 9.11.3 del TLC, también, obliga a la entidad pública contratante a mantener registros e informes relacionados con los procedimientos de contratación y la adjudicación de contratos, durante al menos 3 años después de la fecha de la adjudicación de un contrato.

3.- Principio de integridad

El artículo 9.13 del TLC establece, en aras de garantizar la lucha contra la corrupción, que cada Estado parte del Tratado debe incorporar al ordenamiento jurídico interno o mantener vigentes los procedimientos necesarios *“para declarar la inelegibilidad para participar en las contrataciones (...) ya sea indefinida o por un período establecido, de los proveedores que la Parte determine que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación”*.

Esta norma resulta de gran importancia para garantizar no solo la capacidad técnica, económica y legal de un oferente eventual, sino también, la solvencia moral, lo que transparenta y sanea los procedimientos de contratación administrativa, evitando la corrupción y fomentando el uso racional de los recursos públicos.

IV.- Determinación del procedimiento de contratación

El TLC incluye una serie de normas, como parte de la fase de preparación de los contratos administrativos cubiertos, para determinar el procedimiento de contratación que debe ser observado, las que sistematizaremos a continuación.

1.- Regla: “Licitación abierta”

En términos generales, el artículo 9.9.1 TLC establece como el procedimiento de contratación general y de regla la “licitación abierta”. El artículo 9.17 entiende por “procedimientos de licitación abiertos” “cualquier método de contratación de una Parte, excepto métodos de contratación directa según lo establecido en el artículo 9.9.2, siempre que dichos métodos sean consistentes con este Capítulo”. Por supuesto que cada ordenamiento jurídico interno o nacional de cada uno de los Estados parte del acuerdo multilateral admite diversas modalidades de procedimientos de licitación (v. gr. para el caso costarricense se tiene la licitación pública y la abreviada que supone un registro de proveedores).

Cabe advertir que el artículo 9.1.6 del TLC establece, expresamente, la prohibición para los Estados parte de fragmentar ilícitamente la adquisición de mercancías y servicios con el fin de eludir los procedimientos de licitación abierta y, en general, las obligaciones que dimanen del acuerdo multilateral, lo que supone un reforzamiento y voto de confianza para los procedimientos de licitación abierta.

2.- Modalidades específicas de licitación abierta (registro de proveedores y precalificación)

El artículo 9.8.1 del TLC, hace referencia a la licitación abierta con fundamento en un registro de proveedores previamente conformado e indica que cuando una entidad exija que los proveedores se registren como requisito o condición para participar en una contratación, debe publicarse un aviso invitando a los proveedores a postularse en tal registro, debiendo publicarse con suficiente antelación para que el proveedor disponga de tiempo para plantear la gestión. Esta norma pretende evitar que la inclusión en el registro de proveedores, se convierta en un obstáculo temporal o formal para que los proveedores extranjeros de una de las partes del acuerdo comercial participen en las contrataciones de otra de las partes.

En lo concerniente a la modalidad de la licitación abierta con precalificación, el artículo 9.8.1 del TLC prescribe que cuando una entidad exija que los proveedores sean calificados de antemano como requisito o condición para participar en una contratación, debe publicarse un aviso invitando a los proveedores a postularse para tal calificación, debiendo publicarse con suficiente anticipación para que el proveedor disponga de tiempo para plantear su solicitud y para que la entidad evalúe. Esta norma pretende evitar que la calificación previa se convierta en un obstáculo temporal o formal para que los proveedores extranjeros participen en las contrataciones de otras partes. En todo caso, el artículo 9.8.2 preceptúa que la entidad contratante debe limitar toda condición de participar a aquellas esenciales para garantizar que el proveedor posee la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación, reconocer como proveedor calificado a cualquiera de otra parte que haya cumplido las condiciones necesarias para participar y fundar las decisiones de calificación en las condiciones de participación establecidas de antemano en los avisos o documentos de la contratación. El numeral 9.8.5, de su parte, dispone que la entidad contratante debe comunicar, oportunamente, a cualquier proveedor que haya solicitado la calificación, su decisión y cuando se trata del rechazo o del no reconocimiento a un proveedor como calificado, debe, a solicitud del proveedor, proporcionarle sin demora una explicación por escrito de las razones de la decisión.

3.- Excepciones: Otros procedimientos de contratación diferentes a la “licitación abierta”

El artículo 9.9.2 TLC admite una serie de supuestos excepcionales en los que puede emplearse procedimientos diferentes a la “licitación abierta”, previstos en los ordenamientos jurídicos nacionales *“A condición de que (...) no se utilicen como medio para evitar la competencia o para proteger a proveedores nacionales”*. La condición indispensable, será, entonces, que ese procedimiento de contratación diverso a la “licitación abierta”, no suprima la libre competencia y no se transforme en un mecanismo que enerve la aplicación del principio o cláusula del “trato nacional”.

A.- Degradación del procedimiento de licitación abierta

El inciso a) del artículo 9.9.2, establece como excepción al procedimiento de licitación abierta cuando *“ante la ausencia de ofertas que cumplan con los requisitos esenciales establecidos en los documentos de contratación establecidos en un aviso previo de contratación futura o invitación a participar, incluyendo cualquier condición para la participación, siempre que los requisitos del aviso o invitación inicial no se hayan modificado sustancialmente”*. Este precepto admite la degradación lícita de los procedimientos de “licitación abierta” cuando han resultado infructuosos, por lo que se podrán utilizar otros que brinden mayor flexibilidad, el único requisito es que de manera sobrevenida no se hayan variado sustancialmente los requisitos o condiciones originalmente dispuestos, lo que, obviamente, contraría los principios de igualdad y libre concurrencia y, eventualmente, podría impactar la cláusula de “trato nacional”.

B.- Prestaciones personalísimas, mercancías exclusivas y el proveedor único

El artículo 9.9.2 (b) contempla la hipótesis de prestaciones contractuales que incluyen obligaciones personalísimas por el contratista, la adquisición de mercancías exclusivas cuando no existan en el mercado artículos sucedáneos similares o de los proveedores únicos, casos en los que no resulta conveniente o razonable someter a un procedimiento de “licitación abierta” el objeto de contratación al suponer un uso irracional de los recursos y complicar, innecesariamente, la contratación. Este precepto dispone que se exceptúa de la “licitación abierta” *“en el caso de obras de arte o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos de propiedad intelectual, tales como patentes o derechos de autor, o información reservada, o cuando por razones técnicas no haya competencia, las mercancías o servicios sólo pueden ser suministrados por un proveedor determinado y no exista otra alternativa o sustituto razonable”*.

C.- Entrega de mercancías o productos adicionales a los contratados previamente

El artículo 9.9.2 c), incluye como excepción de los procedimientos de “licitación abierta” el caso de las *“entregas adicionales del proveedor original que tengan por objeto ser utilizadas como repuestos, ampliaciones, o servicios continuos para equipo existente, programas de cómputo, servicios o instalaciones, cuando un cambio de proveedor obligue a la entidad a adquirir mercancías o servicios que no cumplan con los requisitos de compatibilidad con los equipos, programas de cómputo, servicios o instalaciones existentes.”*

Este supuesto debe concordarse con el anterior de las mercancías exclusivas o del proveedor único, por cuanto, cuando se trata de la adquisición de productos originales que sirven de repuesto, se suele dar tal circunstancia. El acudir a un proveedor diferente del original, como lo apunta el numeral de comentario, podría generar un riesgo y efecto negativo por la eventual incompatibilidad con los productos y mercancías previamente adquiridas. Este supuesto excepcional puede obedecer, también, a necesidades de normalización y estandarización de los programas y productos empleados por un ente u órgano público.

D.- Mercancías adquiridas en mercado de productos básicos

El artículo 9.9.2 (d), excluye de los procedimientos de “licitación abiertos” la adquisición de mercancías en un *“mercado de productos básicos”*, en tales supuestos, dado lo rutinario de tales adquisiciones y el carácter genérico de los productos comprados, lo recomendable es que se adquieran mediante una subasta o remate a la baja.

E.- Adquisición de prototipos o productos o servicios desarrollados a petición del adquirente

El artículo 9.9.2 (e) contempla como excepción de los procedimientos de licitación abiertos, cuando una entidad contratante *“adquiera prototipos o un primer producto o servicio que se desarrolle a*

petición suya en el curso de, y para la ejecución de, un determinado contrato de investigación, experimentación, estudio o desarrollo original". Las razones de la excepción resultan obvias, por cuanto, el prototipo, proyecto o desarrollo han sido concebidos, específicamente, para el potencial adquirente y por virtud de su requerimiento, siendo que ningún otro proveedor está en condiciones de ofrecerlo.

La salvedad que introduce este inciso del TLC en esta materia es que *"Una vez ejecutados dichos contratos, las adquisiciones posteriores de productos o servicios se ajustarán a lo dispuesto en este Capítulo"*.

F.- Servicios adicionales de construcción no incluidos en el contrato original

El artículo 9.9.2 (f), excluye de los procedimientos de licitación abiertos los *"servicios adicionales de construcción que no fueron incluidos en el contrato original, pero que figuran dentro de los objetivos de la documentación original de la contratación y que debido a circunstancias no previstas resulten necesarios para complementar los servicios de construcción descritos (...)"*.

Esta hipótesis se encuentra vinculada a la contemplada en el inciso c), con la diferencia, que está referida de manera exclusiva a los "servicios adicionales de construcción", por lo que debe existir un contrato original en fase de ejecución exitosa o plena y satisfactoriamente ejecutado. El único límite a esta excepción es de orden cuantitativo, ya que, *"el valor total de los contratos adjudicados para dichos servicios adicionales de construcción no excederá el 50% del monto del contrato original"*, de manera que si se excede de tal porcentaje, se entiende que se trata de un contrato administrativo nuevo y diferente y no de uno adicional o complementario, que debe ser sometido a la regla procedimental sentada en el artículo 9.9.1, salvo si concurre otra de las excepciones contempladas en el numeral 9.9.2.

G.- Contratación en situaciones de emergencia o urgencia

De manera congruente con la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos de la región y el reconocimiento del principio constitucional y administrativo de la necesidad que desplaza, ante circunstancias anormales, al de legalidad y permite un ordenamiento jurídico ad hoc ajustado a la situación anómala, el artículo 9.9.2 (g) reconoce como excepción de los procedimientos de licitación abiertos los procedimientos de contratación en estados de necesidad o urgencia para solventar una calamidad pública provocada por un acontecimiento imprevisible derivado de una causal de fuerza mayor o de un caso fortuito (v. gr. huracanes, terremotos, tsunamis, erupciones volcánicas, golpes de Estado, guerras civiles, etc.) y evitar daños y perjuicios más graves a las cosas y a las personas. Ese numeral dispone que *“en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando, por razones de urgencia ocasionadas por acontecimientos imprevisibles para la entidad contratantes, sea imposible obtener las mercancías o servicios a tiempo mediante los procedimientos de licitación abiertos y el uso de estos procedimientos ocasionaría perjuicios graves a la entidad contratante, a sus responsabilidades con respecto a su programa, o a la Parte”*.

V.- Formación y perfección del contrato público

1.- Cartel

El cartel de un procedimiento de licitación abierta es un conjunto de especificaciones o condiciones técnicas ¹³⁰, financieras y legales, generales o especiales que deben ser claras, suficientes, concretas y objetivas, en atención al objeto específico del contrato administrativo.

¹³⁰ El artículo 9.17 del TLC define la especificación técnica de la siguiente manera: *“significa una especificación que establece las características de las mercancías a ser adquiridas o sus procesos o métodos de producción conexos, o las características de servicios a ser adquiridos o sus métodos de operación relacionados, incluyendo las disposiciones administrativas aplicables y los requisitos relacionados con los procedimientos de evaluación que una entidad fija. Una especificación técnica también puede incluir o referirse exclusivamente a materias relativas a terminología, símbolos, embalaje, o requisitos de marcado o etiquetado aplicables a una mercancía, proceso, servicio o método de producción u operación”*.

Otro propósito fundamental del cartel lo constituye el respeto y observancia efectiva de los principios rectores de los procedimientos de contratación referidos supra.

El TLC contiene normas relevantes sobre el particular. En primer término el artículo 9.6.1 indica que *“Una entidad contratante proporcionará a los proveedores interesados documentos de contratación que incluyan toda la información necesaria que les permita preparar y presentar ofertas adecuadas. Los documentos de contratación incluirán todos los criterios que la entidad contratante considerará para adjudicar el contrato, incluyendo todos los factores de costo y sus ponderaciones, o según el caso, los valores relativos que la entidad contratante asignará a esos criterios en la evaluación de las ofertas”*. De esta manera se garantizan los principios de libre concurrencia, igualdad, transparencia y publicidad y de trato nacional, el contenido de los “documentos de contratación”, es de suma importancia, por cuanto, debe ser claro y preciso, facilitando la formulación de ofertas adecuadas, además debe incluirse el sistema de evaluación de las ofertas y los factores a ponderar.

De manera general el artículo 9.8.2 (a) establece que toda entidad contratante debe *“limitar toda condición para participar en la contratación, a aquellas que sean esenciales para garantizar que el proveedor posee la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación”*, esto es, las condiciones y requisitos para participar como oferente deben ser aquellas necesarias y razonables para garantizar la idoneidad legal, técnica y financiera del eventual adjudicatario.

En lo referente a la modificación sobrevenida de los criterios del cartel o condiciones establecidas en los “documentos de contratación”, el artículo 9.6.3 dispone que si una de las partes del acuerdo multilateral *“en el curso de una contratación”* modifica los criterios apuntados en el párrafo 1°, debe comunicarlo por escrito a todos los oferentes que participan en la contratación al momento de la modificación que sean identificables y por publicación a los que no sean conocidos, todo

con antelación suficiente, para permitirles ajustar la oferta y volverla a presentar. La normativa no establece si se trata de modificaciones esenciales o no, estimamos que se refiere a las no esenciales, pues de lo contrario, varía el objeto del contrato y sus fines, tampoco se especifica en cuántas ocasiones se pueden modificar o un límite temporal para introducirlas.

En punto al contenido de las especificaciones técnicas del cartel, el artículo 9.7, establece ciertos límites en aras de lograr la vigencia de los principios de la libre competencia, la igualdad y la cláusula de trato nacional. Así, se impide establecer especificaciones técnicas que tengan por *“propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las partes”* (párrafo 1º), que refieran a características específicas *“de diseño o descriptivas”* (párrafo 2º, inciso a) y que no se funden en normas internacionales aplicables o, en su defecto, nacionales reconocidas (párrafo 2º, inciso b). Asimismo se impide utilizar especificaciones técnicas *“que requieran o hagan referencia a determinadas marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos, ni orígenes específicos o productores o proveedores”*, salvo que no exista otra manera precisa o comprensible de describir los requisitos de la contratación, en cuyo caso se debe incluir expresiones como la de *“equivalente”* (9.7.3). Finalmente, se impide incluir cualquier estipulación contractual para brindar asesoría previa y que pueda aprovecharse por el asesor para preparar o adoptar una especificación técnica que le favorezca en una contratación futura y que impida la libre competencia (artículo 9.7.4).

El artículo 9.8.4 también dispone que ninguna entidad contratante puede establecer como condición para participar en una contratación que *“un proveedor haya sido adjudicatario previamente de uno o más contratos por parte de una entidad contratante, o que el proveedor tenga experiencia de trabajo previa en el territorio de la Parte”*, la norma impone que la evaluación de la capacidad financiera y técnica de cualquier proveedor se realice *“de acuerdo con la actividad comercial fuera del territorio de la parte de la entidad contratante, así como su actividad, si la tuviera, en el territorio de la Parte de la entidad contratante”*. El fin de estas normas es actuar el principio del trato nacional.

2.- Publicación del aviso de contratación

El artículo 9.4.1 establece que la entidad contratante debe publicar *“con anticipación un aviso invitando a proveedores interesados a presentar ofertas para cada contratación cubierta”*, no se establecen con claridad los plazos, de manera que resultan aplicables las legislaciones internas, en cuanto resulten compatibles con los fines y propósitos del acuerdo multilateral.

El contenido del aviso es definido en el artículo 9.4.2 al preceptuar que incluirá *“como mínimo, una indicación de que la contratación está cubierta por el Capítulo, una descripción de dicha contratación, cualquier condición requerida de los proveedores para participar en la misma, el nombre de la entidad contratante, la dirección donde se puede obtener cualquier documentación relacionada con la contratación, los plazos y la dirección para la presentación de las ofertas y el tiempo para la entrega de las mercancías o servicios contratados”*.

3.- Oferta

A.- Contenido y requisitos

A grosso modo el TLC se ocupa de establecer el contenido y requisitos de las ofertas para que sean consideradas elegibles, así el artículo 9.10.1 establece que para que una oferta pueda ser considerada para la adjudicación *“debe ser presentada por escrito y cumplir, al momento de ser presentada, con los requisitos esenciales de los documentos de contratación suministrados de antemano por la entidad contratantes a todos los proveedores participantes y proceder de un proveedor que cumpla con las condiciones de participación que la entidad contratante ha comunicado de antemano a todos los proveedores participantes”*.

El TLC no se ocupa de aspectos esenciales como la subsanación de los defectos formales de las ofertas, su plazo de vigencia, la subcontratación, las diversas modalidades de ofertas (en consorcio o conjuntas), de su apertura y aclaración, la garantía de participación y

sus diversas vicisitudes (monto, insuficiencia, formas de rendirla, sustitución, vigencia, ejecución y devolución) con lo que se trata de extremos que quedarán —con no pocos problemas de certeza y seguridad jurídica— librados a la aplicación de los ordenamientos jurídicos nacionales, en cuanto resulten compatibles con los fines y espíritu del acuerdo multilateral de inversión.

B.- Confidencialidad de la información brindada

El artículo 9.12 le impone a los Estado parte, sus entidades contratantes y autoridades de revisión de la ofertas, el deber de no divulgar información de carácter confidencial contenida en las ofertas, sin la autorización formal del proveedor u oferente que la haya proporcionado con el fin de participar en un procedimiento de contratación, cuando dicha divulgación puede perjudicar los intereses comerciales legítimos de una persona —proveedores o entidades—, incluyendo la protección de la propiedad intelectual, perjudicar la competencia leal entre proveedores, constituir un obstáculo para el cumplimiento de la ley o ir en contra del interés público.

Esta es una norma indispensable para asegurarle a los oferentes o proveedores una mayor soltura y certeza al momento de formular ofertas adecuadas y completas, sabiendo que la información confidencial o no divulgada, cubierta por secreto industrial, comercial, bancario o financiero o de otra índole, se mantendrá en reserva y que todo los entes públicos y sus funcionarios que intervienen tienen un acusado deber de sigilo. Desde luego que en aquellos ordenamientos jurídicos internos donde no existe un precepto específico en el régimen de la contratación debe ser aplicado con todo rigor y lo enriquece ostensiblemente.

C.- Plazo de presentación

En lo relativo al plazo de presentación de las ofertas, el artículo 9.5.1 dispone, como principio general, que se debe otorgar *“tiempo suficiente para preparar y presentar las ofertas, tomando en cuenta la naturaleza y complejidad de la contratación”*, en todo caso este artículo estipula que en *“ningún caso”* se *“otorgará un plazo menor de*

40 días” desde la fecha de publicación del aviso de contratación hasta la data límite para presentar ofertas. El límite superior del plazo –fijado en 40 días–, le permite un amplio margen de discrecionalidad al ente público contratante, limitado solo por los conceptos jurídicos indeterminados de “tiempo suficiente” para preparar y presentar la oferta y “naturaleza y complejidad de la contratación”.

El artículo 9.5.2 admite plazos menores a 40 días, *“pero en ningún caso menor a 10 días”*, por ejemplo, cuando se trata de la adquisición de bienes y servicios comerciales que se venden u ofrecen para la venta o son regularmente comprados o utilizados por compradores no gubernamentales para propósitos no gubernamentales o ante situaciones de emergencia imprevistas justificadas por la entidad contratante.

Estos plazos establecidos en el TLC para presentación de las ofertas tienen un fuerte impacto en las legislaciones internas de los Estados parte, sobre todo, cuando se le concede a los tratados o convenios internacionales un rango supra legal, por lo que deberá haber un ajuste progresivo del derecho interno a tales disposiciones.

D.- Calificación y evaluación

En cuanto a la calificación el artículo 9.8.2 c) establece que toda decisión de calificación debe sustentarse *“únicamente en las condiciones de participación que han sido establecidas de antemano, en avisos, o en los documentos de contratación”*.

Por su parte el artículo 9.8.5 le impone a toda entidad contratante el deber de comunicar, oportunamente, a todo proveedor que se someta a la calificación, su decisión al respecto.

E.- Adjudicación

El acto de adjudicación es esencial en la perfección del contrato administrativo, y se define como el acto administrativo de voluntad unilateral por el que se le pone término normal al procedimiento respectivo

de contratación, por su medio uno de los oferentes o proveedores elegibles es seleccionado por la entidad pública contratante para que asuma su ejecución cabal e íntegra y, en general, el cumplimiento del objeto del contrato ¹³¹.

E.1.- Criterios para la adjudicación

De acuerdo con el artículo 9.10.2 del TLC el acto de adjudicación debe recaer, después de la calificación y evaluación de las ofertas elegibles, sobre el oferente o proveedor que la entidad haya determinado “*plenamente capaz para ejecutar el contrato*” y “*cuya oferta resulte la más ventajosa según los requisitos y criterios de evaluación establecidos en los documentos de contratación*”. Dos son los criterios de carácter objetivo que emplea el TLC para el acto de adjudicación la plena capacidad del oferente y que la oferta sea la más ventajosa para el respectivo ente público, tales criterios reducen la discrecionalidad y, sobre todo, cualquier arbitrariedad al respecto e imponen un reto de adecuación a tales parámetros de los ordenamientos jurídicos internos o nacionales. Los desafíos que estos criterios objetivos que determinan el contenido del acto de adjudicación, se proyectan, al propio tiempo, a los sistemas o métodos nacionales de evaluación de las ofertas y sus diversos factores o componentes que deben ser fiel reflejo y garantía de aquellos.

E.2.- Comunicación de la adjudicación

En aras de garantizar el debido proceso y la defensa del resto de los oferentes elegibles, el TLC establece un régimen de comunicación del acto de adjudicación, así el artículo 9.11.1 dispone que la entidad pública contratante debe informar “*sin demora a los proveedores participantes las decisiones sobre la adjudicación de contratos*” y a requerimiento de un oferente elegible no seleccionado debe facilitarle la “*información pertinente a las razones de dicha decisión y las ventajas*

¹³¹ V. JINETA LOBO (Ernesto), Contratación administrativa –Tomo IV Tratado de Derecho Administrativo–, San José, IUSconsultec y Ediciones Guayacán, 2010, p. 315.

relativas de la oferta ganadora”. En suma, no basta con comunicar debidamente motivado el acto de adjudicación si un oferente elegible que no fue adjudicatario requiere información de su no escogencia, puesto que, en tal supuesto debe motivarse, también, su exclusión y cuáles fueron las ventajas comparativas ofrecidas por el que resultó adjudicatario.

El artículo 9.11.2 garantiza, también, una publicidad general de las adjudicaciones, pues se obliga a la entidad contratante a publicar —suponemos en diarios de considerable circulación y oficiales— un aviso contentivo del nombre de la entidad, la descripción de las mercancías o servicios objeto del contrato, el nombre del proveedor que resultó adjudicatario, el valor económico de la adjudicación y, en caso de no haberse utilizado el procedimiento de licitación abierto, las circunstancias que justificaron emplear otro procedimiento de contratación.

Finalmente, la entidad debe mantener registros e informes sobre la adjudicación de los contratos, al menos durante tres años después de la fecha de adjudicación de un contrato (artículo 9.11.3).

VI.- Régimen de impugnación en los procedimientos de contratación administrativa

Unos de los aspectos medulares en todo régimen de contratación administrativa, lo constituye las posibilidades efectivas de recurrir contra los actos administrativos de efectos jurídicos propios que se dictan durante el curso del procedimiento respectivo de contratación que se haya sustanciado, en aras de garantizar los derechos fundamentales y humanos al debido proceso y la defensa.

El TLC en su artículo 9.15 establece un régimen común o general de impugnación o revisión que se proyecta a todas las etapas del respectivo procedimiento de contratación seguido y, desde luego, respecto de aquellos actos administrativos que producen un efecto jurídico directo e inmediato, por cuanto, rige la regla general según la cual los actos de trámite que no tienen ese tipo de efecto jurídico son inimpugnables, en cuanto no suspenden o le ponen término, de manera directa o indirecta, el curso de los procedimientos.

1.- Autoridad administrativa o jurisdiccional imparcial o independiente

El artículo 9.15.1 se encarga de establecer que cada Estado parte debe contar, “*al menos*” con “*una autoridad administrativa o judicial imparcial o independiente de sus entidades contratantes para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten con respecto a las obligaciones de la Parte y sus entidades bajo este Capítulo y para emitir resoluciones y recomendaciones pertinentes*”. El precepto, le ofrece a los Estados parte, la opción de contar con tal garantía sea en la sede administrativa o bien en la jurisdiccional, sin embargo, lo idóneo resulta que en sendas órbitas intervenga una autoridad imparcial o independiente.

En la vía administrativa se logra a través de la creación de órganos desconcentrados en grado máximo que garanticen independencia del criterio político, una sujeción al principio de objetividad y la utilización de parámetros estrictamente técnicos y que conozcan y resuelvan de las impugnaciones administrativas por virtud de una jerarquía impropia. Esto se obtiene a través de la creación de Tribunales Administrativos encargados de la Contratación Administrativa o bien mediante las denominadas “entidades de fiscalización superior” que son las Contralorías Generales –con la competencia de supervisar o fiscalizar los aspectos hacendarios y presupuestarios- o Tribunales de Cuentas.

En el terreno jurisdiccional, debe existir una jurisdicción contencioso-administrativa universal, plenaria y robusta, que le permita a los eventuales oferentes o proveedores acceder fácilmente a la tutela judicial, mediante procesos contencioso-administrativos especiales diseñados para conocer y resolver de los extremos concernientes a la contratación administrativa, de manera sumaria, preferente y celer, habida cuenta del interés público o general que existe en la satisfacción pronta de las necesidades del conglomerado social. Como se ve el artículo 9.15.1 impone serios retos a las legislaciones nacionales para su plena conformidad con el acuerdo multilateral de inversión.

Otra vía factible que combina la esfera administrativa y jurisdiccional, es la posibilidad de establecer un recurso de apelación por jerarquía impropia bifásica contra los actos de la Administración Pública activa contratante que sea conocido y resuelto por un órgano jurisdiccional, solución que resulta factible si hay previsión constitucional habilitante para evitar la lesión de los principios de separación de funciones y de reserva de jurisdicción.

El artículo 9.15.1 va más allá, al preceptuar que *“Cuando una autoridad que no sea dicha autoridad imparcial revise inicialmente una impugnación presentada por un proveedor, la Parte garantizará que los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante un órgano administrativo o judicial imparcial, independiente de la entidad contratante objeto de la impugnación”*. A tenor de esta norma del TLC, se admite que haya órganos de la administración activa contratante que conozcan y resuelvan de un recurso horizontal (v. gr. de una revocatoria), sin embargo, se establece que el recurso vertical –alzada o apelación– debe ser conocido o resuelto por una autoridad administrativa o jurisdiccional independiente y separada de la entidad contratante.

2.- Tutela cautelar ¹³²

El artículo 9.15.2 del TLC impone la necesidad de incluir dentro de cada ordenamiento jurídico interno un sistema de medidas cautelares abierto y flexible, que le permita al proveedor u oferente solicitar

¹³² V. JINESTA LOBO (E.), La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo, San José, Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, 1996, in totum; JINESTA LOBO (E.), Últimas orientaciones jurisprudenciales y doctrinales en materia de suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada en el Contencioso-Administrativo, Revista Iystitia, año 10, Nos. 109-110, enero-febrero, 1996, pp. 4-21; JINESTA LOBO (E.), La tutela sumaria cautelar. En La gran reforma procesal, San José, Editorial Guayacán, 2000, pp. 237-248; JINESTA LOBO (E.), Fundamentos constitucionales de la nueva jurisdicción contencioso-administrativa, Revista de Derecho Público No. 6, Julio-Diciembre, 2007, pp. 26-28; JINESTA LOBO (E.) et alt, El nuevo proceso contencioso-administrativo Tomo I, San José, Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 173-224 y JINESTA LOBO (E.), Manual del proceso contencioso-administrativo, San José, IUSconsultec y Editorial Jurídica Continental, 1ª. Reimpresión 1ª. Edición, 2008, pp. 81-107.

medidas provisionales oportunas y necesarias, de carácter positivo o negativo, en tanto se resuelve el mérito del asunto. Las medidas cautelares, forman parte del contenido esencial del derecho fundamental y humano a la tutela judicial efectiva, para garantizar, provisionalmente, la eficacia de una resolución de fondo cuando es impugnado un extremo determinado.

Tales medidas cautelares tienen como presupuestos fundamentales el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* o peligro en la mora que deriva del tiempo insumido para resolver, definitivamente, la impugnación administrativa o jurisdiccional. Las medidas cautelares deben tener ciertas características estructurales básicas e indeclinables tales como la provisionalidad, instrumentalidad, urgencia y sumariedad.

Así el referido numeral dispone que “*Cada parte estipulará que la autoridad establecida o designada en el párrafo 1 podrá tomar medidas precautorias oportunas, mientras se encuentre pendiente la resolución de una impugnación, para preservar la oportunidad de corregir un potencial incumplimiento del presente Capítulo, incluyendo la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado*”. Esta norma impone serios desafíos a las legislaciones nacionales que no cuentan, en materia de contratación administrativa, con un sistema cautelar abierto y flexible, que deben modificarlo y modernizarlo o, incluso, crearlo cuando es francamente restrictivo —como sucede en el caso costarricense, que en los artículos 90, párrafo 2° y 92, inciso e), de la Ley de la Contratación Administrativa se dispone que la impugnación en sede jurisdiccional del acto de adjudicación será “sin efecto suspensivo”—¹³³.

¹³³ Exclusión legislativa radical que hemos criticado por ser, eventualmente inconstitucional, al lesionar el derecho fundamental a la tutela cautelar proclamado en las sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica Nos. 6224-2005 y 17306-2008 V. JINESTA LOBO (E.), Contratación Administrativa —Tomo IV Tratado de Derecho Administrativo—, pp. 331-335.

3.- Transparencia, publicidad y seguridad jurídica en los procedimientos de impugnación

El artículo 9.15.3 del TLC le impone a los Estados parte del acuerdo multilateral de inversión, lograr niveles aceptables de transparencia y publicidad en cuanto a los procedimientos de impugnación o revisión, lo que abona la seguridad jurídica de los proveedores inversionistas. Así en ese precepto se manda que tales procedimientos *“estén disponibles en forma escrita al público y que sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el principio del respeto del debido proceso”*. El numeral 9.15.4 obliga a los Estados parte que *“todos los documentos relacionados a una impugnación de una contratación estén a disposición de cualquier autoridad imparcial (...)”*.

Estos ordinales le imponen al derecho interno de cada Estado parte un deber de adecuación y concordancia con el Tratado, a través de reformas legislativas sustanciales que aseguren la simplicidad, celeridad, eficiencia y eficacia de tales procedimientos administrativos de revisión, lo que se obtiene con su simplificación y desregulación y, sobre todo, estableciendo procedimientos comunes o generales sencillos que eviten la dispersión y atomización mediante regulaciones especiales o sectoriales innecesarias por alambicadas que generan en los proveedores incertidumbre y confusión.

4.- Derechos de los proveedores en la fase de impugnación

Un primer derecho de los proveedores u oferentes elegibles es que se les comunique por escrito lo que la autoridad administrativa o judicial independiente e imparcial resuelva (artículo 9.15.5), obviamente, de manera motivada.

El numeral 9.15.7 del TLC estipula que cada parte debe garantizarle al proveedor que cuando plantea una impugnación no le perjudicará para participar en procedimientos de contratación en curso o futuros. De esta manera se garantiza que se puedan ejercer los derechos al debido proceso, el contradictorio y la defensa sin sufrir represalias de ningún tipo.

El artículo 9.15.6 establece los siguientes derechos a favor de los proveedores:

- a) Plazo suficiente para preparar y presentar las impugnaciones por escrito –en aras del debido proceso y la defensa–, el que no puede ser “en ningún caso” menor a 10 días, contado a partir del momento en que el fundamento de la resolución que es impugnada fue conocida por el proveedor o de aquel en que debió ser razonablemente conocido por éste.
- b) Oportunidad para revisar los documentos relevantes y para ser oídos por la autoridad de manera oportuna.
- c) Oportunidad para contestar o ejercer el contradictorio respecto de las alegaciones de la entidad contratante frente al reclamo del proveedor
- d) Entrega por escrito, sin demora, de lo resuelto en cuanto a la impugnación, incluyendo la motivación o explicación de los fundamentos utilizados para adoptar la resolución.

Bibliografía

AA.VV., *Diccionario de Contratación Pública* (dirección BERMEJO VERA, J., y coordinación BERNAL BLAY, M.A.), Iustel, Madrid, 2009.

AA.VV., (GIMENO FELIÚ Ed.), *El Derecho de los contratos del Sector Público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2008.

AA.VV., (DE LA QUADRA SALCEDO, T. Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

AA.VV., (Coord. LLAVADOR CISTERNES, H.), *Contratación Administrativa*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, Tomos I y II, E. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.

AA.VV., (Coords. CEPEDA MORRÁS y YÁÑEZ DÍAZ), *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

AA.VV., *La Administración Electrónica en España. Experiencias y perspectivas de futuro*, Editores FABRA VALLS, Modesto, y BLASCO DÍAZ, JOSÉ Luis, Col·lecció «Estudis jurídics» núm. 12, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2007.

AA.VV., (Coord. MORENO MOLINA, J.A.), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Ed. CEMCI, Granada, 2008.

AA.VV., *Memento Práctico Francis Lefebvre. Contratos Públicos*, 2007-2008, 2007.

AA.VV., (coord. ROMERO HERNÁNDEZ, S.), *Contratos del Sector Público. Ley 30/1997, de 30 de octubre. Su aplicación en las entidades locales. Análisis Jurídico y económico-presupuestario*, Ed. Bosch, Barcelona, 2008.

AA.VV., *Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, año 2004.

AA.VV., *Derecho a la contratación pública y regulada. Comentarios sistemático y concordado de la legislación vigente* (RUIZ OJEDA, A. (dir.), Madrid, Civitas, 2004.

AA.VV., (dirección MORENO MOLINA, J.A. y MATILLA CORREA, A.), *Contratos públicos en España, Portugal y América Latina. Un estudio de Derecho comparado*. Difusión Jurídica, Madrid, 2009.

AA.VV., (dirección de R. GARCIA MACHO), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

AA.VV., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (GÓMEZ- FERRER MORANT, R. (Dir.), 2ª Ed., Civitas, Madrid, año 2004.

AA.VV., *Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al texto refundido de la Ley*, El Consultor, 2001.

AA.VV., *Memento práctico contratos públicos 2004-2005*, Madrid, Francis Lefebvre, año 2004.

AA.VV., (MORALES PLAZA, A., coordinador), *Comentarios al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Boletín Oficial del Estado.

AA.VV., (JIMÉNEZ APARICIO, E. coord.), *Comentarios a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas*, Editorial Aranzadi, año 2002.

AA.VV., *Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 13/1995, de 18 de mayo*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1995, 2 tomos.

ALCOCEBA MORENO R., MENÉNDEZ PACHECO L. (Coor.), *Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Memoria 2002*, Servicio de Publicaciones de la Comunidad Autónoma de Madrid, año 2004.

ALONSO MAS, M.J., BRAVO REY, I., DONDERIS ROMERO, I., *Aspectos Prácticos en la Contratación Pública. Especial Administración Local*, El Consultor, Madrid, 2009.

ALVAREZ CIENFUEGOS, “De la revisión de los actos en vía administrativa”, en AAVV *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Carperi, Madrid, 1993.

AMIEL-DONAT, J., —«La sous-traitance des marchés publics», *Revue du marché commun et de l’union européenne*, 1993.

ANDRES GUIJARRO, FRANCISCO JAVIER, “El contrato de concesión de obras públicas: análisis de su actual regulación”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 3 (2004).

ARAGONE RIVOIR, I., “Participación público-privada para el desarrollo de infraestructuras en latinoamérica: modelos, pautas de utilización y desafíos”, *Redeti: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 25, año 2006.

ARENAS ALEGRÍA, C. C., “Análisis de las principales novedades en materia de contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica*, num. 73, marzo, 2008.

ARIMANY LAMOGLIA, E., “La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector Público”, *REDA* núm. 133, 2007.

ARIÑO ORTÍZ, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, vol. I, Comares, Granada, 2003.

–“Contrato de obra, concesión de obra, concesión de servicio público: ¿son técnicas intercambiables?”, *Redeti: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 22, año 2005.

ARIÑO ORTIZ Y ASOCIADOS, *Comentarios a la Ley de Contratos Administrativos*. Tomo I, El sistema contractual administrativo, Comares, año 2002.

–*Comentarios a la Ley de Contratos Administrativos*. Tomo II, La gestación del contrato administrativo, Comares, año 2003.

ARROWSMITH y DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, Kluwer Law Internacional, 1998.

ARROWSMITH, S. y FERNANDEZ MARTIN, J.M., “Developments in Public Procurement in 1992”, *European Law Review*, 1993.

ARROWSMITH, LINARELLI y WALLACE, *Regulating Public Procurement. National and International Perspectives*, Kluwer Law Internacional, 2000.

ARROYO DÍEZ, A./ CALVER CANUT, D./ CORDÓN PROCTER, V., *Las reclamaciones de cantidad en el ámbito de la contratación pública. Estudio del artículo 99 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio*, TORNOS MAS J. (Coordinador). Atelier, año 2006.

ARYMANY LAMOGLIA, E., “La apertura al mercado de los encargos de ejecución de obras de urbanización conferidos directamente a sociedades del sector público: crónica del caso “Centro de ocio de la ciudad de Roanne”, *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 133, año 2007.

AUBY, J-F., “Le cas des contrats de partenariat. Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires?”, *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 6, año 2004.

BACA ONETO, V.S., *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, año 2006.

BALLBÉ, M., El futuro del Derecho Administrativo en la globalización, *Revista de Administración Pública*, 174, 2007.

BALLESTEROS ARRIBAS, S., Título Preliminar. Disposiciones generales, en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, Tomo I, Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A., “Los contratos concesionales en la Administración local”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, año 2004, núm 6.

–“El contrato de obra”, *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, num. 24, año 2004.

–“La actividad contractual de las sociedades públicas”, en *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje a S. Martín-Retortillo*, coord. COSCULLUELA MONTANER, Civitas, Madrid, 2003.

BAÑO LEON, J. M., «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *RAP* n.º 151 (2000).

BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

BASSOLS COMA, M., «Aproximación a la normativa comunitaria sobre contratación administrativa», *Noticias CEE* n.º 21, 1986.

BASTARDO YUSTOS, F. M., “Las condiciones especiales de ejecución, en la nueva Ley 30/2007, de 30 de Octubre de Contratos del Sector Público”, *El Consultor*, núm. 17, año 2008.

BELADIEZ, M., *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.

BERASATEGUI, J., “El control administrativo independiente de la contratación Pública”, *Diario La Ley* num. 6650, 13 de febrero de 2007. –“El sistema de control y revisión de la contratación pública en la Unión Europea y España”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 38, 2008.

BERMEJO VERA, J., “El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales”, *Revista de Administración Pública*, 176 (2008). –«La publicidad en el procedimiento de contratación», *Noticias CEE* n.º 21, 1986.

BERNAL BLAY, M.A., “Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas : una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra i) TRLCAP”, *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 129, año 2006. –“La incidencia de la contratación pública en la gestión de los servicios sociales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 29, año 2006. –“Problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos *in house*, con especial referencia al ámbito local”, en AA.VV., *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Coord. José Antonio Moreno Molina, Ed. CEMCI, Granada, 2008.

BERNAL RIOBÓO, L., “Conceptos clave en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, num. 74, abril.

BLANQUER, David, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía práctica*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

BOCANEGRA SIERRA, R., –«Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración por daños causados a terceros», *REDA* n.º 18, 1978.

BOCOS REDONDO, P., Disposiciones Adicionales, Transitorias y Derogatorias y Finales, en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, Tomo II, Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.

BOQUERA OLIVER, J.M., “Los contratos de la Administración en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, J.M. Boquera Oliver, Cuadernos de Derecho Público, núm 11, año 2000.

BORRAJO INIESTA, “Las Directivas sobre contratación como manifestación de la libertad comunitaria de circulación”, *Noticias CEE* nº 21 (1986).

BOUQUET, G., “La fourniture d’électricité des entreprises locales de distribution hors de leur zone de desserte après la loi du 9 août 2004”, *Actualité juridique. Droit Administratif*, núm. 17, año 2005.

BOVIS, C.H., *EU public procurement Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2007.

BOZZI, A., MALINCONICO, C., MARZANATI, A. y PUPILELLA, R., –«Commento della Direttiva de 18-7-1989», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* n.º 1, 1991.

BROUANT, J-P., “Les contrats d’agglomeration: l’intercommunalite de projet a l’épreuve du principe de specialite”, *AJDA: L’actualite Juridique:Droit Administratif*, año 2004, núm. 17.

BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *Los contratos de colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.

BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos. Tasación, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 2ª Ed., Pamplona, Aranzadi, año 2004.

BUSTOS PETREL, G., *Pliego de prescripciones técnicas generales para obras de carreteras y puentes*, 4º Ed., Madrid, Liteam, año 2004.

CALVO ROJAS, E., «Garantías exigidas para los contratos administrativos», en *Derecho de los Contratos Públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995*, Praxis, Barcelona, 1995.

CANALES GIL, A. y ELICES HUECAS, A., “La contratación por el Ministerio de Defensa de armamento y material: las compensaciones económicas, industriales y tecnológicas”, en *Gasto militar y crecimiento económico. Aproximación al caso español*, Cuadernos de Estrategia del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, nº 64, Ministerio de Defensa, Madrid, 1994.

CARASSALE, J.M., “La exceptio non adimpleti contractus en materia de servicios públicos”, *Derecho administrativo*, núm. 51, año 2005.

CARBONELL PORRAS, E., “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias: ¿convenio o contrato administrativo?”, en *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje a S. Martín-Retortillo*, coord. COSCULLUELA MONTANER, Civitas, Madrid, 2003.

CARBONERO GALLARDO, J. M., “El régimen de las garantías en la Ley de Contratos del Sector Público”, en AA.VV., *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Ed. CEMCI, Granada, 2008.

—“Las normas específicas de contratación en las Entidades Locales”,

en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, Tomos I y II, Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.

CARLON RUIZ, M., “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dirección GOMEZ-FERRER MORANT), Civitas, Madrid, 2004.

–“Las Administraciones Públicas ante el fenómeno concursal: algunas reflexiones al hilo de la nueva Ley”. *Revista de Administración Pública*, año 2004, núm. 64.

CARRILLO DONAIRE, J. A., “Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: La sentencia del TJCE de 16 de Octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y equipamientos penitenciarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 51 (Julio-Septiembre 2003).

CASAJUS AGUADO, S., “Los criterios objetivos de adjudicación de los contratos administrativos por concurso”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 24, año 2004.

CASARES MARCOS, A., *La concesión de obras públicas a iniciativa particular tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, Madrid, 2007.

CASSAGNE, J.C., “La caracterización legal de las contrataciones de la Administración Nacional”, *Derecho administrativo (Argentina)*, año 2004, núm. 16.

CASSAGNE, J./RIVERO YRSEN, R. (Dir.), *La contratación pública*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2007, 2 tomos.

CASSESE, S., «I lavori pubblici e la Direttiva comunitaria n.º 440 del 1989», *Foro Amministrativo*, 1989.

—La globalización jurídica, Madrid, 2006.

CASTELAO RODRÍGUEZ, J., Capítulo VI. La LCSP en cuadros sinópticos, en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, Tomo I, Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.

CASTILLO BLANCO, F.A., «La modificación del régimen de garantías en la contratación administrativa», *REDA* n.º 106 (2000).

CATALÁ MARTÍ, J. V., *Manual práctico de contratación de las entidades locales*, Ed. BAYER HNOS. S.A., Barcelona, 2007.

CEA AYALA, A., “La resolución del contrato publico de suministro”, *Actualidad Administrativa*, 2001, núm. 7.

CHACÓN ORTEGA y CHACÓN BARRETO, *Manual de procedimiento y formularios de contratos para la Administración local*, Barcelona, 2001.

CHAMORRO GONZALEZ, J.M., «El régimen jurídico de la contratación de los diferentes tipos de entes administrativos tras la Ley 6/1997», *Avance Sistema Contratos Administrativos* n.º 3, La Ley-Actualidad, 1998.

CHINCHILLA MARÍN, C., “La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 79, septiembre-diciembre, 2007.

—“El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, *REDA* 132 (2006).

—«La tutela cautelar», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 1999.

—«El régimen jurídico de las telecomunicaciones. Introducción», en *Ordenación de las Telecomunicaciones* (obra colectiva dirigida por la

propia autora), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

–“La insolvencia del contratista de las Administraciones Públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, año 2004, núm. 69.1.

CHOLBI CACHA, F.A., “El contrato menor en términos de ejecución presupuestaria”, *El Consultor de los ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 22, año 2003.

CLIMENT BARBERA J., “La contratación de las Administraciones locales”, en *Nuevas Perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor Jose M^a Boquera Oliver*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

COLÁS TENA Y MEDINA GUERRERO (COORD.), *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial: Fundación Democracia y Gobierno Local, año 2009.

COLETTA, A., –«Commento della Direttiva del Consiglio d’Europa 89/440/CEE», *Rivista giuridica dell’edilizia*, 1990.

COMISION EUROPEA, –Apertura de la contratación pública, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1993.

CONSUEGRA GINER, F., Capítulo V. Estudio sobre las funciones del Secretario y del Interventor en la contratación administrativa, en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, Tomo I, Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.

CORRAL GARCÍA, E., Capítulo IV. Evolución de la legislación de contratos de la Administración, en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, Tomo I, Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.

COX, A., *The Single Market Rules and the Enforcement Regime after 1992*, Earlsate Press, N. Humberside, 1993.

CRESPO RODRIGUEZ, M., —«La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Noticias de la Union Europea* n.º 136, 1996 .

CUADRADO ZULOAGA, D., “Riesgo y ventura en el contrato administrativo de obras”, *Actualidad Administrativa*, núm. 13, año 2005.

—“Procedimiento para el reconocimiento de intereses al contratista por demora en el pago de certificaciones o documentos análogos”, *Actualidad Administrativa*, núm. 2, año 2004.

—“Incautación de la garantía por resolución del contrato imputable al contratista”, *Actualidad Administrativa*, núm. 15, año 2006.

—“La figura del responsable del contrato en la ejecución de obras públicas”, *Actualidad administrativa*, núm. 3, año 2009.

CURRAL,—«La Communauté et les fonctions publiques nationales (L'article 48.4 du Traité)», *Revue Francaise d'Administration publique*, 1988.

DAGNINO GUERRA, A.//FERNANDEZ ALEN, P.C., *Legislación básica sobre contratos de las Administraciones Públicas. (Legislación, jurisprudencia y doctrina administrativa)*, Edisofer, Madrid, 2004.

DE BENITO ZALDO, R.,—«La adjudicación del contrato administrativo en la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Actualidad Administrativa* n.º XIII, 1997.

DE CARLOS/MARTINEZ VAZQUEZ, *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009.

DE GRAAF, —«Community Law: Latest Developments», *Public Procurement Law Review*, 1992.

DE LA SIERRA, S., “Las medidas cautelares en la contratación pública”, *RAP* 164, 2004.

DE PAULA AGUILERA GONZÁLEZ, F., “Intervención y control de la contratación pública local”, en AA.VV., *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Ed. CEMCI, Granada, 2008.

DE SOLA RAFECAS, J.M., –*Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990.

DEL CAÑO, A., DE LA CRUZ, M. P., y DE LA CRUZ, E., *Contratación pública en la construcción. España, Francia, Estados Unidos, Reino Unido y Japón. Análisis comparativo*, Ed. CIE -Inversiones Editoriales Dossat 2000 S. L., Madrid, 2008.

DEL SAZ, S., –«Los contratos de la Administración y el Derecho comunitario», *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1993.

–“La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?”, *RAP*, núm. 174, septiembre-diciembre, 2007.

DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M., Capítulo I. La tramitación de la Ley de Contratos del Sector Público, en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, Tomos I y II, Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.

DELGADO PIQUERAS, F., *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

DELVOLVE, P., “De nouveaux contrats publics”, *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 6, año 2004.

DIAZ LEMA, J.M., “Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la ley de contratos del sector público?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 141 (2009).

DIEZ MORENO, “Principios jurídicos de la contratación pública: los considerandos de las directivas sobre sectores excluidos”, en AAVV, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos. Agua, energía, transportes y telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1997.

DIOGUARDI, G.F., –«Un modello d’impresa per il costruttore manager», *Performance*, 1987.

DOMÍNGUEZ MACAYA, J., “La ieContratacion, una nueva -y necesaria- forma de entender la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 53, mayo 2006.

–“La contratación electrónica en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Análisis y propuestas de mejora”, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 62, marzo 2007.

DOMÍNGUEZ OLIVERA, R., *Contratos del sector público. Legislación e Informes*, Ed. Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 2008.

DROMI, J.R. (dir), *Renegociación de contratos públicos en emergencia*, Madrid, Ciudad argentina, año 2003.

DORREGO DE CARLOS, A., “La nueva Ley de contratos del sector público: retos y oportunidades para la administración y nuevas empresas”, *La Ley*, núm. 6934, 28 de abril de 2008.

EMBID IRUJO, A., COLOM PIAZUELO, E., *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas (Ley 13/2003, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas)*, 2ª Ed., año 2004.

ENRÍQUEZ SANCHO, R., *La contratación administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, La Ley-Actualidad*, Madrid, 2007.

ENTRENA RUIZ, D., *Contratación de las Administraciones Públicas. Introducción práctica*, 2ª Ed., Libro Técnico Amigo, año 2002.

ESCRIHUELA MORALES, F. J., *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

ESCRIHUELA MORALES, F. J., “El outsourcing en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, Contratación Administrativa Práctica”, num. 74, abril, 2008.

–“La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación del sector público”, Contratación Administrativa Práctica, núm. 72, febrero, 2008.

–“Régimen de contratación de entes y entidades del sector público que no son Administración Pública”, núm. 73, marzo, 2008.

–“Régimen de la adjudicación de los contratos derivados de un acuerdo marco”, Contratación Administrativa Práctica, num. 76, junio, 2008.

ESCRIVÀ CHORDÀ, R., “Estado actual del conflicto surgido en relación a la aplicación de las normas de contratación pública para la adjudicación y ejecución de un PAI gestionado por particulares”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, año 2009, núm. 249.

ESCUIN PALOP, C., “Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, nº 46 (2005).

ESGUEVILLAS RAMOS, L., «La industria española de la Defensa y el gasto militar. Perspectivas futuras», en *Gasto militar y crecimiento económico. Aproximación al caso español*, Cuadernos de Estrategia del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional n.º 64, Ministerio de Defensa, Madrid, 1994.

ESTY, D.C., Good governance at the supranacional scale: globalizing Administrative Law, *The Yale Law Journal*, 117, 2006.

EZQUERRA HUERVA, A., “El concepto de obra hidráulica en el Derecho español vigente”, *RAP* nº 173 (2007).

FAJARDO GARCÍA, J., “Comentarios a la jurisprudencia en materia de contratación de las administraciones públicas”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6, 2004.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M., *Contratación Pública*, Tomos I y II, Ed. Bosch, Barcelona, 2008.

–*Contratación administrativa*, Bosch, Barcelona, 2000.

–*Contratación administrativa. Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por RDL 2/2000, de 16 de junio, y su Reglamento, aprobado por RD 1098/2001.*, 2ª Ed., año 2002.

–*Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Bosch Casa Editorial, 2005.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., “La subcontratación administrativa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, año 2002, núm. 21.

FERNÁNDEZ GARCÍA, M.Y., “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 166, año 2005.

FERNÁNDEZ, T.R., “La sentencia del TEJ de 12 de Julio 2001 (asunto “proyecto Scala 2001”) y su impacto en el ordenamiento urbanístico español”, *Revista de urbanismo y edificación*, núm. 4, año 2001.

–*De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994.

FLORES DOMÍNGUEZ, L.E., “La contratación local en la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del sector público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 70, año 2008.

FONSECA FERRANDIS, F.E., “Algunas cuestiones en torno a la recepción de las obras y servicios de urbanización por las Entidades

Locales en los sistemas de gestión de base privada, a partir de la jurisprudencia contencioso-administrativa”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, num. 291 (Enero-Abril 2003).

FONT I LLOVET, T., “Control jurisdiccional de la selección de contratistas”, en libro col *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor S. Martín-Retortillo*, Civitas, 2003.

–“Control jurisdiccional de la selección de contratistas”, en *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje a S. Martín-Retortillo*, coord. COSCULLUELA MONTANER, Civitas, Madrid, 2003.

FRANCH, M. Y TORRELLES, J., “Aplicabilidad de la ley de contratos del sector público en la actividad contractual de las cámaras de comercio”, *Revista de Administración Pública*, año 2009, núm. 178.

FUERTES LOPEZ, M., –*El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FUERTES, M., “La deficiente regulación de la subcontratación en los contratos de las administraciones publicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2001, núm. 109.

–“Incumple el Derecho español la Directiva de recursos?”, Unión Europea Aranzadi, núm. 8-9 de 2003.

FUEYO BROS, M., “Esquemas de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público III”, *El Consultor*, núm. 8, año 2009.

–Esquema de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos de Sector Público II”, *El Consultor*, núm. 4, año 2009.

GALÁN VIOQUE, R., *Obras públicas de interés general*, Instituto Andaluz de Administración pública, Sevilla, año 2005.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “Efectos de la declaración de invalidez del contrato público” *Contratación Administrativa Práctica*, N.º 76, Junio 2008.

- “Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 72 (2008).
- “La contratación electrónica de las entidades locales”, en *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Ed. Cemci, Granada, 2008.
- “La contratación electrónica de las Entidades Locales”, en AA.VV., *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Coord. José Antonio Moreno Molina, Ed. CEMCI, Granada, 2008.
- “Libro I –Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos-. Título I –Disposiciones generales sobre la contratación del sector público-“, en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, Tomo I, Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.
- “Libro I –Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos-. Título II –Partes en el contrato-“, en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, Tomo I, Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.
- “Pago directo de la administración a suministradores y a subcontratistas de obras. Aplicación del art. 1597 CC en el ámbito de la contratación administrativa”, *Contratación administrativa práctica*, núm. 25, 2003.
- “La garantía del equilibrio financiero en la concesión de servicios públicos (I)”, *Contratación administrativa práctica*, núm. 26, 2003.
- “La garantía del equilibrio financiero en la concesión de servicios públicos (y II)”, *Contratación administrativa práctica*, núm. 27, 2004.
- “Fuerza mayor en el contrato de obras”, *Contratación administrativa práctica*., núm. 28, 2004.
- “El procedimiento negociado (I)”, *Contratación administrativa práctica*: núm. 29, 2004.
- “El procedimiento negociado (y II)”, *Contratación administrativa práctica*., núm. 30, 2004.
- “Extinción de las concesiones (I)”, *Contratación administrativa práctica*., núm. 31, 2004.

- “Extinción de las concesiones (y II)”, *Contratación administrativa práctica*: núm. 32, 2004.
- “Distinción entre contratos civiles y contratos administrativos”, *Contratación administrativa práctica*: núm. 33, 2004.
- “Cancelación y devolución de garantías (I)”, *Contratación administrativa práctica*: núm. 34, 2004.
- “Cancelación y devolución de las garantías (y II)”, *Contratación administrativa práctica* núm. 35, 2004.
- “La clasificación de empresas (I)”, *Contratación administrativa práctica* núm. 36, 2004.
- “La clasificación de empresas (y II)”, *Contratación administrativa práctica* núm. 37, 2004.
- “Composición y funciones de las mesas de contratación (I)”, *Contratación administrativa práctica* núm. 38, 2005.
- “Composición y funciones de las mesas de contratación (II)”, *Contratación administrativa práctica* núm. 39, 2005.
- “Prohibiciones de contratar: el régimen de incompatibilidades (I)”, *Contratación administrativa práctica* núm. 40, 2005.
- “Prohibiciones de contratar: el régimen de incompatibilidades (II)”, *Contratación administrativa práctica* núm. 41, 2005.
- “La modulación convencional del régimen legal de intereses moratorios”, *Contratación administrativa práctica* núm. 42, 2005.
- “El abono de intereses por la demora en el pago del precio del contrato administrativo (I)”, *Contratación administrativa práctica* núm. 43, 2005.
- “El abono de intereses por la demora en el pago del precio del contrato administrativo (II)”, *Contratación administrativa práctica* núm. 44, 2005.
- “Resarcimiento del daño mayor al representado por el interés de demora”, *Contratación administrativa práctica* núm. 45, 2005.
- “Perfeccionamiento y formalización del contrato administrativo”, *Contratación administrativa práctica* núm. 46, 2005.
- “Responsabilidad patrimonial derivada de la adjudicación inválida del contrato (I)”, *Contratación administrativa práctica*, núm. 47, año 2005.
- “Responsabilidad patrimonial derivada de la adjudicación inválida del contrato (y II)”, *Contratación administrativa práctica*, núm. 48, año 2005.

- “Régimen jurídico de la presentación de las proposiciones (I)”, Contratación administrativa práctica, núm. 49, año 2006.
- “Régimen jurídico de la presentación de las proposiciones (y II)”, Contratación administrativa práctica, núm. 50, año 2006.
- “La valoración de la experiencia en los procedimientos de licitación”, Contratación administrativa práctica, núm. 51, año 2006.
- “La potestad de declarar desierto el concurso”, Contratación administrativa práctica, núm. 52, año 2006.
- “La prerrogativa de interpretación unilateral de los contratos (I)”, Contratación administrativa práctica, núm. 53, año 2006.
- “La prerrogativa de interpretación unilateral de los contratos (y II)”, Contratación administrativa práctica, núm. 54, año 2006.
- “Ejercicio del Ius variandi (I)”, Contratación administrativa práctica, núm. 55, año 2006.
- “Ejercicio del Ius variandi (y II)”, Contratación administrativa práctica, núm. 56, año 2006.
- “El incumplimiento del contratista y la resolución de contrato de obras (I)”, Contratación administrativa práctica, núm. 57, año 2006.
- “El incumplimiento del contratista y la resolución de contrato de obras (y II)”, Contratación administrativa práctica, núm. 58, año 2006.
- “La libertad de pactos y la renuncia a derechos por parte del contratista de la Administración”, Contratación administrativa práctica, núm. 59, año 2006.
- “Clases de expedientes de contratación: la tramitación urgente”, Contratación administrativa práctica, núm. 60, año 2007.
- “La transmisión de los derechos de cobro del contratista frente a la Administración (I)”, Contratación administrativa práctica, núm. 61, año 2007.
- “La transmisión de los derechos de cobro del contratista frente a la Administración” (y II), Contratación administrativa práctica, núm. 62, año 2007.
- “La cesión de los contratos administrativos (I)”, Contratación administrativa práctica, núm. 63, año 2007.
- “La cesión de los contratos administrativos (y II)”, Contratación administrativa práctica, núm. 64, año 2007.

- “Acciones de responsabilidad por daños derivados de la ejecución del contrato administrativo”, núm. 65, años 2007.
- “La responsabilidad patrimonial de los concesionarios y contratistas (I)” *Contratación administrativa práctica*, Nº. 66, 2007.
- “La responsabilidad patrimonial de los concesionarios y contratistas (II)” *Contratación administrativa práctica*, Nº. 67, 2007.
- “La responsabilidad patrimonial de los concesionarios y contratistas (y III)” *Contratación administrativa práctica*, Nº. 68, 2007.
- “Contratación pública electrónica” en *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, J. Punzón (dir.), Lex Nova, 2005, ISBN: 84-8406-672-X.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GARCÍA-ANDRADE, J., y ATHANASSIOU, P., “Reflections on the Status of Independent National Authorities Under Community Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, nº 5 (2007).

GARCÍA DE COCA, J.A., “Regulación comunitaria sustantiva sobre los contratos celebrados en los sectores especiales y su repercusión sobre los contratos entre empresas de titularidad privada”. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 59, año 2001.

GARCIA DE ENTERRIA, E., *–Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

–“El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas”, REDA 119, 2003.

–“Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las administraciones públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.120 (Octubre-Diciembre 2003).

GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R., *–Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, Tomo I.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *Manual de contratación y responsabilidad de la Administración. Estudio sistemático de las obligaciones de la Hacienda Pública, los contratos y convenios de la Administración y la responsabilidad patrimonial de ésta*, Granada, Comares, 2004.

GARCÍA HERRERO, J., “El concurso de proyectos con intervención de Jurado”, *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, núm. 8, año 2006.

GARCÍA RUBIO, F., “Procedimiento de suscripción de convenios interadministrativos”, *Actualidad administrativa*, núm. 11, año 2007.

GARCÍA SÁNCHEZ, J.M., “La motivación de los actos administrativos en el contrato menor”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, año 2002, núm. 2.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *La suspensión del contrato administrativo*, Madrid, Civitas, 2001.

–*El régimen de las garantías en la contratación administrativa*, 2ª Ed., Civitas, año 2002.

–*Las uniones temporales de empresarios en la contratación administrativa*, Editorial Civitas, año 2004.

–“Notas sobre la financiación de la obra pública mediante el otorgamiento de concesiones de dominio público”, *Revista de Administración Pública*, núm. 162 (Septiembre-Diciembre 2003).

GARCÍA VEGA, J.E., “Diferencias prácticas entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos”, *Contratación Administrativa Práctica*, 87 (junio 2009).

GARRIDO FALLA, F., “¿Crisis de la noción de servicio público?”, en *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje a S. Martín-*

Retortillo, coord. COSCULLUELA MONTANER, Civitas, Madrid, 2003.

–Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1989, vol. II.

GASCON Y MARIN, J., –*Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid, 1921.

GIANNINI, M.S., –«Per la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego», *Scritti per Mario Nigro*, Milán, 1991.

–«Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato», *Foro Italiano*, 1979.

GIL IBÁÑEZ, J.L., *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000.

–«La cesión de contratos y la subcontratación», *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Barcelona, 1995.

–*Procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998.

GIMENO FELIÚ, J.M., “Las Directivas europeas sobre contratación pública: ámbito subjetivo y objetivo y sus relaciones con la Ley de Contratos de las Administraciones Pública”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 205, año 2002.

–“El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista de Administración Pública*, 176 (2008).

–“El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública”, *RAP* nº 173 (2007).

–*Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003.

–*El control de la contratación pública*, Civitas, Madrid, 1995.

–“Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión”, *Cuadernos de Derecho Local* núm. 14, 2007.

–*La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid, 2006.

–“Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en AAVV (coordinación GIMENO FELIÚ), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Atelier, Barcelona, 2004.

–“Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión”, *Cuadernos de Derecho local*, núm. 14, año 2007.

–*Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, año 2004.

GIMENO TORRÓN, A., Contratos administrativos menores y entidades locales, *Revista de Estudios Locales*, año 2006, núm. 90.

GIRONÉS CEBRIÁN, M. E., “Guía para adaptarse a la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (LCSP); Administración pública local”, *La Administración Práctica-Enciclopedia de Administración Municipal*, abril, 2008.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “Gestión del planeamiento y contratos administrativos”, *Documentación administrativa*, núm. 261–262, año 2002; también en *Revista Andaluza de Administración pública*, núm. 46, año 2002.

GONZÁLEZ-ANTÓN ALVÁREZ, C., *Los concursos de proyectos con intervención de jurados: en especial, los concursos de arquitectura y urbanismo*, C. González-Antón Álvarez, Editorial Montecorvo, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ CARRILLO, J., “Libro IV –Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos- Título II –Normas especiales para contratos de obras, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministros, servicios y colaboración entre el sector público y el sector privado-”, en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, Tomo II, Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.

GONZALEZ CUETO, T., «Otros contratos: consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos», *Plan Estatal de Formación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Contrato de colaboración público-privada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, año 2006.

–“Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 173, año 2007.

–*Diccionario de obras públicas y bienes públicos*, Iustel, Madrid, 2007.

GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A., *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Marcial Pons, año 2002.

–“La inserción de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la contratación pública”, *Diario La Ley*, N ° 7190, 5 Jun. 2009, Ref. D-206.

GONZÁLEZ PUEYO, J., Libro III -Selección del Contratista y adjudicación de los contratos-. Títulos I –Adjudicación de los contratos- y II –Racionalización técnica de la contratación–, en AA.VV., *Contratación del Sector Público Local*, Tomo I, Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. (Revisado, actualizado y adaptado a la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007), Ed. Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2008.

–“Derechos y obligaciones de contratistas y Administración en la fase de ejecución del contrato administrativo”, *Revista de Estudios de la Administración Pública y Local*, núm. 285, año 2001.

–*El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, año 2003.

–“Los convenios urbanísticos y el Derecho comunitario europeo: la STJCE de 12 de julio de 2001”, *Revista de Derecho del Urbanismo y del Medio Ambiente*, nº 197 (2002).

–*Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, CGPJ, Madrid, 1994.

–“El Derecho administrativo español ante la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 en materia contractual”. *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 7, año 2003.

–“Los retos de la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 22, año 2003.

–“El debate sobre la figura del contrato administrativo”, en *La Justicia administrativa: libro homenaje a Rafael Entrena Cuesta*, coord.. Montoro Chiner, Barcelona, Atelier, 2003.

GOSALBEZ PEQUEÑO, HUMBERTO, “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia Administrativa*, nº 20 (2003).

GORDILLO, *Hacia la unidad del orden jurídico mundial*, Exposición del autor en la Universidad de Buenos Aires, en el Centro de Estudiantes, el 17 de marzo de 2009.

GRANADOS RODRÍGUEZ, J.F., “Las reuniones temporales de empresarios y la contratación administrativa”, *Actualidad Administrativa*, núm. 1, año 2006.

GRIMSEY, D., *Public private partnerships. The worldwide revolution in infrastructure provision and project finance*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2007.

GUERRA ARES, E., “La subcontratación en el ámbito de la ley de contratos de las administraciones publicas”, *Actualidad Administrativa*, 2001, núm. 14.

GUETTIER, C., *Droit des contrats administratifs*, Pr.Univ. France, año 2004.

GUGLIELMI, G.J., *Gestión privada de los servicios públicos*, Madrid, Ciudad Argentina, 2004.

GUIBAL, M., –«La transposition de la réglementation communautaire en France», *Revue du marché commun et de l'union européenne*, 1993.

GUINOT BARONA, M., “La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público”, *Actualidad Administrativa*, núm. 2, enero, 2008.

GUISOLPHE, G., –«Les concessions de service public et les Directives communautaires sur les marchés publics», en AA.VV.: *La concession de service public face au Droit communautaire*, Sirey, París, 1992.

GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (Dir.), *Manual práctico de La Ley de Contratos del Sector Público*, Ed. Fundación Asesores Locales, 2009. –“Contrato de gestión de servicios públicos”, en AA.VV., *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Ed. CEMCI, Granada, 2008.

GUZMÁN RAJA, *Las concesiones administrativas afectadas a reversión de activos: Un estudio empírico*, I. Madrid, 2000.

HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., “El contrato de suministro”, en AA.VV., *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Ed. CEMCI, Granada, 2008.

HERRERO POMBO, C., “Las modificaciones en los contratos de obras”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, año 2004, núm. 18.

HUERGO LORA, A., “El derecho español de los contratos públicos y el Derecho comunitario”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 165, 2005.

HUERTA BARAJAS, J. A., “La evaluación previa de la del sector público y el sector privado. El diálogo competitivo en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Auditoría Pública* nº 44 (2008).

IBÁÑEZ BENITO, L., “Las Centrales de Compra y la Encomienda de Gestión en los procedimientos de contratación”, en AA.VV., *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Coord. José Antonio Moreno Molina, Ed. CEMCI, Granada, 2008.

IGLESIAS MARTÍN, A., “De los Contratos de Consultoría y Asistencia y de los Servicios”, *Cunial: Revista de Estudios Locales*, año 2001, núm. 49.

ISTITUTO RSO, –«Organizzazione produttiva e sicurezza nel settore delle costruzioni: alcune evidenze della realtà italiana», en FILLEA-CGIL Campania, *Contrattare la sicurezza* (Atti del convegno svoltosi a Napoli il 19-2-1988).

JAN WINTER, A., –«Public Procurement in the EEC», *Common Market Law Review*, 1991.

JIMÉNEZ APARICIO, E., *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Aranzadi, Pamplona, 2009. 4 tomos.

JIMÉNEZ DÍAZ, A., “El contrato de colaboración público-privada y el de concesión de obras públicas (en la nueva Ley de contratos del sector público)”, *La Ley*, núm. 6934, 28 de abril de 2008.

JIMÉNEZ RIUS, P., “El diálogo competitivo, avance o retroceso”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 69, noviembre, 2007.

JIMÉNEZ y CORRONS, *Los contratos administrativos sobre los entes locales*, Editorial Marcial Pons, año 2001.

JINESTA LOBO, E., Aptitud para contratar con las administraciones públicas: Régimen jurídico de las prohibiciones en la contratación administrativa. Estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar, San José, Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 2009.
–Cobertura subjetiva y excepciones del régimen de la contratación administrativa. En Apuntes de Derecho Administrativo Tomo II. Homenaje al

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2009.

–Constitución y Contratación Administrativa. *Revista de Derecho Público*, Asociación Costarricense de Derecho Administrativo, No. 4, julio-diciembre 2006.

–et alt., *El nuevo proceso contencioso-administrativo*, San José, Publicaciones Poder Judicial, 2006.

–El principio constitucional de la libre contratación administrativa: Desmitificación del Voto de la Sala Constitucional No. 998-98, *Revista IVSTITIA*, año 24, Nos. 277-278, enero-febrero, 2010.

–*Tratado de Derecho Administrativo –Tomo I Parte General–*, San José, IUSconsultec S.A.-Editorial Jurídica Continental, 2ª. Edición, 2009.

–*Tratado de Derecho Administrativo –Tomo II Responsabilidad Administrativa–*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2005.

–*Tratado de Derecho Administrativo –Tomo III Procedimiento Administrativo–*, San José, IUSconsultec S.A.-Editorial Jurídica Continental, 2007.

–*Manual del Proceso Contencioso-Administrativo*, San José, IUSconsultec S.A.-Editorial Jurídica Continental, 1ª. Reimpresión 1ª. Edición, 2009.

–*La nueva justicia administrativa en Costa Rica*. *Revista de Administración Pública*, Madrid, No. 179, mayo-agosto, 2009.

JULIEN, A., “La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties”, *Revue Française De Droit Administratif*, año 2004, núm. 1.

KINGSBURY, B., KISCH, N. Y STEWART, R.B., The emergence of Global Administrative Law, 68 *Law and Contemporary Problems*, 15, 2005. En castellano, El surgimiento del Derecho Administrativo Global, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración pública*, n° 3, 2007.

KILTY, B. y O’DULACHAIN, C., “Discrimination of Foreign Supplies in Public Contracts -The Irish Experience-”, en AAVV, *Effects of EC Law on the European Construction Industry*, International Bar Association, Londres, 1990.

LAUBADERE, A., MODERNE, F. y DELVOLVE, P., *Traité des contrats administratifs*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1983, tomo I.

LECUYER-THIEFFRY C. THIEFFRY P., “Les prestataires effectués en “house” sans mise en concurrence: les évolutions en cours”, *Actualité juridique. Droit Administratif*, núm. 17, año 2005.

LEGUINA VILLA, J., «El ámbito de la jurisdicción», en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 1999.

«Responsabilidad de las Administraciones públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio», en *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Comunidad de Madrid, 1996.

LEMAIRE, S., *Les contrats internationaux de l'administration*, L.G.D.J. Montchrestien, París, año 2005.

LESGUILLONS, H., «Ouverture des marchés publics a la concurrence européenne», en AA.VV.: *Financement privé d'ouvrages publics a l'horizon 1993*, Feduci, París, 1990.

LINOTTE, D., “Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence?”, *Ajda: actualité juridique droit administratif*, núm. 28, año 2005.

LLAVADOR CISTERNAS, H., SELVA SACANELLES E., “Aproximación al proyecto de Ley de Contratos del Sector Público: principales novedades y modificaciones respecto a la regulación actual”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 97, año 2007.

LLISET BORREL F., LLISET CANELLES A., *Manual de los contratos públicos: comentarios al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RDL 2/2000) y su Reglamento (RD 1098/2001)*, Bayer Hermanos, año 2002.

LLORENS, F., «La définition actuelle de la concession de service public en Droit interne», en AA.VV.: *La concession de service public face au Droit communautaire*, Sirey, París, 1992.

LÓPEZ BENITEZ, M., *Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras publicas*, Barcelona, 2000.

LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, “El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares”, *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales* (dir. MORENO MOLINA, J.A.), CEMCI, Granada, 2008.

LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ Y MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Cátedra Jurídica del CentroPwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I., “El régimen especial de las medidas cautelares en la contratación pública”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 50, año 2003.

LÓPEZ PELLICER, J.A., “Las obras menores y su regulación legal”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 9, año 2001.

LÓPEZ VILLEGAS, P., *Contratos de las Administraciones Públicas, historia y legislación*, Andalucía, Consejería de Economía, Sevilla, 2004.

LÓPEZ VIÑA, J., “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: Nuevos conceptos aplicables a la Administración Local, cuadros sinópticos de plazos y cuantías”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1, 2008.

LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., “Ejecución de obra urbanizadora y Derecho comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 159, año 2002.

LUCAS RUIZ, E., *La contratación administrativa en la Administración local. Gestión, fiscalización y documentación contable*, Bayer Hermanos, Barcelona, año 2004.

MACERA, B., “La sujeción a control contencioso-administrativo del *feri* de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima”, RAP 155, 2001.

MACERA-TIRAGALLO, B.F., *La Teoría Francesa de los “Actos Separables” y su importación por el Derecho Público*. Barcelona, Cedecs, año 2001.

MADRID PARRA, A., “Contratación electrónica y protección de datos personales”, *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 94, junio, 2008.

MAESO SECO, L. F., “Comentarios a la ley 13/2003, de 23 de mayo, del contrato de concesión de obras publicas”, *Justicia Administrativa*, núm. 25, año 2005.

MALARET I GARCIA, E., *—Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Civitas, Madrid, 1993.

—La contratación pública en el horizonte de la integración europea: V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004.

MANCINI PROIETTI, M., “Attività consensuale della p.a. e disciplina dei lavori pubblici: lineamenti generali”, *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, año 2004, núm. LXXVIII, 4.

MANTECA VELARDE, V., “Garantías y revisión de precios en la contratación pública”, *Actualidad Administrativa*, núm. 18, año 2005.

—“Legalidad de los pliegos en la contratación pública”, *Actualidad administrativa*, núm. 2, año 2006.

—“Aspectos de contratación electrónica en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 75, mayo, 2008.

MARINETTO CALVO-FLORES, A., “Control de los contratos de participación público-privada. Una visión práctica: pautas generales en materia teórico-práctica para el seguimiento y fiscalización del cumplimiento de contratos en la participación público-privada “manualización”, *Redeti: Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 25, año 2006.

MARTIN CIZARRAGA –«La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública», *Justicia Administrativa* n.º 6 (2000).

MARTÍN-GIL GARCÍA, M. D., “Las modificaciones de los contratos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm.3, 2008.

MARTÍN MORENO, J. L., GALÁN SÁNCHEZ, J. A., y ROMERA MORÓN, J., *Ley de Contratos del Sector Público*, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

MARTIN PEREZ, P.A., “Contratos menores y procedimiento negociado sin publicidad en la contratación administrativa de conformidad con lo estipulado en el real decreto legislativo 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de contratos de las administraciones publicas”, *Actualidad Administrativa*, 2001, núm. 14.

MARTIN REBOLLO, L., –«La responsabilidad de la Administración Local», en *Tratado de Derecho Municipal*, Civitas, Madrid, 1988, Vol. I.

MARTIN RETORTILLO, S., –*Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1988, tomo I.

–«La prohibición de contratar establecida en el artículo 20.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *La Ley*, 1996-3.

MARTÍNEZ BELTRÁN, J.A., “El contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de contratos del sector publico”, *La Ley*, núm. 6934, 28 de abril de 2008.

MARTINEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Las Modificaciones Contractuales. La Potestad de Modificación de los Contratos Administrativos y su Regulación en el TRLCAP”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, año 2001, núm. 3.

—“La aplicación a la contratación administrativa de la Ley de medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales”, *Revista de Estudios Locales (Cunial)*, núm. 82, año 2005.

MARTÍNEZ MORALES, J.L., “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas versus la autonomía urbanística de las CCAA. El caso de la LRAU”, *Documentación administrativa*, núm. 261–262, año 2002.

MARTÍNEZ PALLARÉS, P.L., “Reflexiones sobre la inclusión de aspectos sociales y medioambientales como criterios de adjudicación de los contratos públicos”, *Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 18 (2003).

—“El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos. En especial, la inclusión de criterios medioambientales”, en AAVV (coordinación GIMENO FELIÚ), *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*. Atelier, Barcelona, 2004.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ, F., “La contratación pública en España tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”, *La Ley*, núm. 6934, 28 de abril de 2008.

MASSO GARROTE, M.F., —«Excursus concettuale sulla definizione di funzione pubblica nel diritto comunitario: la necessita di impiegare un concetto materiale e funciónale di funzione pubblica», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nº 6 (1997).

MATTERA, A., *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento* (traducción al castellano por CORA ZAPICO LANDROVE), Civitas, Madrid, 1991.

MEDINA ARNÁIZ, T., “EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts”, *International Handbook of Public Procurement*, Florida, 2009.

–“El papel de la Ley de Contratos del Sector Público en el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de género”, *Actualidad Administrativa*, n. 9 (2009).

MEDINA GUIJARRO, J., TORRES FERNANDEZ, J.J., *Código de Contratación administrativa*, Aranzadi, Pamplona, año 2003.

MEDINA, T. y TRYBUS, M., “Unfinished Business: The State of Implementation of the New EC Public Procurement Directives in the Member Status on February 1, 2007”, *Public Procurement Law Review*, n° 4 (2007).

MEILÁN GIL, J. L., *La estructura de los contratos públicos*. Norma, acto y contrato, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

MEILAN GIL y C. AYRERYCH, “Contratación pública en los sectores excluidos”, en libro col. *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, Madrid, 1998.

MELLERAY, F., “Incertitudes sur la notion d’ouvrage public”, *Actualité juridique. Edition droit administratif*, núm. 25, año 2005.

MENÉNDEZ GÓMEZ, E., “Contratos administrativos: presentación y envío por correo de las proposiciones de los licitadores”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 70, diciembre, 2007.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, año 2003.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E., “El nuevo sistema legal francés en materia de contratación de las Administraciones Públicas. Hacia la unidad

de jurisdicción” *Revista de Administración pública*, núm. 158, año 2002.
—*El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, año 2002.

MENENDEZ REXACH y ORTEGA BERNARDO, —«Comentario jurisprudencial sobre contratos de las Administraciones Públicas», *Justicia Administrativa* n.º 1, 1998.

MESTRE DELGADO, J.F., “La subasta electrónica: consideraciones sobre el empleo de medios telemáticos en la contratación pública”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 2, 2002.

—“Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291 (Enero-Abril 2003).

—Los sistemas de subasta electrónica como un ejemplo de compra pública de tecnología, Cotec, Madrid, 2004.

—“Las formas de prestación de los servicios públicos locales tras la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local”, *Revista General de Derecho administrativo*, num. 7, año 2004.

—“El control de la adjudicación de los contratos públicos”, en *Nuevas Perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor Jose M^a Boquera Oliver*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

—«El contrato público de suministro: su delimitación en Derecho Comunitario Europeo», *Noticias CEE* n.º 59, 1989.

—“La contratación local”, en *Tratado de Derecho Municipal*, t. II, Civitas, 2003.

MICHEL, N., “La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence”, *Revue du Marché Unique Européen*, n° 3 (1994).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, *Guía para la gestión de contratos de las Administraciones Públicas*, 4ª Ed., año 2004.

MIRANDA GONZALEZ, J., —«La contratación de las Fuerzas Armadas y las Directivas de contratos públicos en la Comunidad Económica Europea», *Noticias CEE* n.º 21, 1986.

MONEDERO GIL, J.I., *–Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

MONTOYA MARTÍN, E., “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de “poder adjudicador” en las Directivas de la contratación pública de servicios, suministros y obras”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 41. *–Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

MORALES MOYA, A. y MEDINA, E., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Boletín Oficial del Estado, 2002.

MORALES PLAZA, A. MEDINA MALO, E., *Comentarios al texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Boletín Oficial del Estado, Colección Estudios Jurídicos, 2ª Ed., año 2006.

MORCILLO MORENO, J., “El contrato de concesión de obra pública”, en AA.VV., *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Ed. CEMCI, Granada, 2008.

MORENO GIL, O., *–Contratos Administrativos. Legislación y Jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1998.

–Contratos administrativos. Legislación y Jurisprudencia., 3ª Ed., Editorial Civitas, año 2002.

MORENO MOLINA, J.A., “Un mundo para Sara”: una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada”, *Revista de Administración Pública*, año 2009, núm. 178.

–Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios al RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 2ª edición (La Ley, Madrid, 2000).

–*Principios Generales de la Contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

–*Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

–“Las novedades en la regulación de los contratos de consultoría, asistencia y servicios introducidas por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, año 2002, núm. 6.

–*Contratos públicos: Derecho español y comunitario* (Mc-Graw-Hill, Madrid, 1996).

–“Reciente evolución del Derecho comunitario de la contratación pública”, en *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública* (coord.) GIMENO FELIÚ, J.M.), Atelier, Barcelona, 2004.

–“Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración”, en AAVV, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dirección de GOMEZ FERRER, R.), Civitas, Madrid, 1996.

–“Las nuevas Directivas de la Comunidad Europea sobre contratos públicos (93/36, 93/37 y 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993)”, *Revista Estado & Direito*, nº 13 (1994).

–“Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm 45 (2008).

MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *Nuevo régimen de contratación administrativa (adaptada al nuevo reglamento de contratos y a la Ley de concesión de obras públicas)*, 3ª edición (La Ley, Madrid, 2003).

–*El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas: repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados*, La Ley, Madrid, 2002.

MORO, D., “Liberalization of Public Contracts or European Public Tenders?”, *Journal of Regional Policy*, vol. 9, n. 4 (1989).

MUÑOZ, R., “La mise en place d’authorités administratives indépendantes dans le domaine des marchés publics”, *Revue de Marché Unique Européen* núm. 3, 1999.

NAVARRO ESPEJO, A.J., *Las mesas de contratación*, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 37, año 2004.

NIETO, A., *–Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993.

NIETO GARRIDO, E., *–El Consorcio Administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1997.

–La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido, *Revista de Administración Pública*, núm. 164, año 2004.

NOGUERA DE LA MUELA, B., *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba su Texto Refundido), Barcelona. 2001.

–“Las Directivas comunitarias de “sectores excluidos” y la Ley 48/98 de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimientos de conciliación”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 205, año 2002.

–“El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español”, en *La Justicia administrativa: libro homenaje a Rafael Entrena Cuesta*, coord. Montoro Chiner, Barcelona, Atelier, 2003.

–“El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 4, 2004.

–“Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el ordenamiento jurídico español: concepto del poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRLCAP introducida por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, *Revista Andaluza de Administración pública*, núm. 53, año 2004.

NÚÑEZ MUNAIZ, R., *Comentarios al texto refundido y al reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Dykinson, Madrid, 2004.

—*Ley de contratos de las Administraciones públicas. Análisis práctico del texto refundido*, Madrid, Dykinson, 2000.

OJEDA MARIN, A., —«Hacia un sistema de contratación pública acorde con el mercado interior», *Revista de Instituciones Europeas* n° 3, Vol. 15, 1988.

—«Contratos públicos en la Comunidad Europea: la Ley de Contratos del Estado y su adecuación al ordenamiento jurídico comunitario», *RAP* n.º 112, 1987.

ONTIVEROS RODRÍGUEZ F./ MORA LORENZO, C., “La contratación electrónica”, *Diario la Ley*, núm. 5730, 3 de marzo de 2003.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La Contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, año 2002.

—“Las nuevas Directivas sobre contratación pública en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 18, año 2006.

OREFICE, M., —«La Direttiva 92/50/CEE di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi alla luce dei negoziati multilaterali del GATT», en *La Funcione Amministrativa*, 1993.

ORTEGA ALVAREZ, L., —*El Plan Unico de Obras y Servicios de Cataluña y la garantía institucional de la autonomía local*, Civitas, Madrid, 1992.

—«El reto dogmático del principio de eficacia», *RAP* n.º 133, 1994.

—«El concepto de medio ambiente», en *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

ORTEGA MONTORO, R., “La contratación de las Entidades Locales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público 30/2007, de 30 de octubre: sus especialidades”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1, 2008.

ORTIZ VAAMONDE, S., *El levantamiento del velo en el derecho administrativo: régimen de contratación de los entes instrumentales de la administración, entre sí y con terceros*, La Ley-Actualidad, S.A., Las Rozas, 2004.

PADRÓS, X., “La Llei de contractes del sector públic i les competències de la Generalitat de catalunya sobre contractació: possibilitats de desenvolupament”, REAF, núm. 6, abril 2008.

PALOMAR OLMEDA, A., *Guía de concursos y licitaciones*, Aranzadi, año 2002.

PALOMAR OLMEDA, A. y VÁZQUEZ GARRANZO, J., *Manual para licitadores y contratistas del sector público*, Dykinson, Madrid, año 2009.

PARADA VAZQUEZ, R., *-Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

PAREJO ALFONSO y BETANCOR RODRIGUEZ, *-«Los contratos administrativos»*, en *Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo* (dirigida por SANTAMARIA PASTOR y PAREJO ALFONSO), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.

PÉREZ CRESPO, B. (2008), “Los presupuestos y la estructura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en AAVV (coordinación MORENO MOLINA, J.A.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades locales*, CEMCI, Granada.

PEREZ MORENO, A., *-«La contratación de los Entes instrumentales: sociedades mercantiles y demás entidades del sector público»*, en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996.

PÉREZ VAN KAPPEL, A., “Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE en materia de contratación pública en el año judicial 2002/2003”, *Gaceta Jurídica de la CE* núm. 227, año 2003.

PICCOLI, P., “La transferencia del contrato: cesión y subcontratación en los contratos de obra pública y de concesión de obra pública”, *Derecho administrativo (Argentina)*, año 2004, núm. 16.

PIGNON, S., “Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation de marchés publics”, *Actualité Juridique-Droit Administratif* n° 26 (2004).

PIÑAR MAÑAS, J.L., —«El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996. —«La contratación local», en *Tratado de Derecho Municipal* (dirigido por MUÑOZ MACHADO, S.), Civitas, Madrid, 1988.

—“La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJCE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos públicos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 585 (2003).

PIÑAR MAÑAS y HERNÁNDEZ COCHETE, “El contrato de obras en el ámbito de los sectores excluidos”, en AAVV, *La contratación pública en los llamados sectores excluidos. Agua, energía, transportes y telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1997.

PLEITE GUADAMILLAS, F., —«Régimen jurídico aplicable a los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones Públicas», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* n.º 25, 1999.

—«Régimen de contratación de las empresas públicas», *Auditoría Pública* n.º 17, 1999.

POZO VILCHES, J., —«Los convenios de colaboración con empresas», en *La privatización de las empresas públicas en el ámbito de la Defensa y otros estudios jurídico-militares*, Madrid, 2000.

PUNZÓN MORALEDA, J. y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, F., “El uso de las nuevas tecnologías en la Administración Pública: la Contratación

Pública Electrónica prevista en la Directiva 2004/18/CE”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red -REDE-TI-*, núm. 24septiembre-diciembre, 2005.

RAGANELLI, B., “Il dialogo competitivo dalla direttiva 2044/18/CE al Codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato”, *Rivista italiana di Dirritto Púbblico Comunitario*, *Giuffré*, núm. 1 (2009).

RAZQUIN LIZAGARRA, J.A., “ Las reclamaciones y otras medidas de control en materia de contratación pública”, en Libro Col. (Dir. J. CRUZ ALLI) *La Contratación administrativa en Navarra*, “Las Disposiciones comunes a todos los contratos administrativos”, INAP, Pamplona 2007.

–“Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Repertorio de Jurisprudencia Thonsom-Aranzadi*, núm. 4, abril, 2008.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., “La contratación de las administraciones públicas y de los demás entes del sector público. Novedades. Procedimientos de adjudicación”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 80 (2008).

–*Contratos públicos y derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

–“La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública”, *Justicia Administrativa*, nº 6 (2.000).

REBOLLO PUIG, M., –«Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro», *Poder Judicial* n.º 20.

REZZOAGLI, B.A., *Corrupción y contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Ratio Legis, Salamanca, 2005.

RIVERO ORTEGA, R., “¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 120, año 2003.

RIVERO YSERN, E., “Procedimiento y contrato administrativo: reflexiones sobre los contratos verbales de ejecución de obras y el enriquecimiento injusto”, en *Estudios de Derecho Público Económico: Libro Homenaje a S. Martín-Retortillo*, coord. COSCULLUELA MONTANER, Civitas, Madrid, 2003.

–“¿Actos separables en los contratos de los entes públicos sometidos a derecho privado?”, libro col. Hom. Clavero Arevalo, Civitas, Madrid, 1988.

RIVERO YSERN, J.L., –*Manual de Derecho Local*, Civitas, Madrid, 1993.

RODRIGO LAVILLA, J., “Arbitraje y Administración del Estado”, *Diario La Ley*, Nº 7153, 14 Abr. 2009, Ref. D-122.

RODRIGUEZ LOPEZ, *Guía práctica de las nuevas formas de contratación del sector público. La aproximación de la Administración a la gestión privada*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.

–*Guía práctica del contrato de suministro del sector público*, Editorial Aranzadi, 2009.

–*Guía práctica de la obra pública, el contrato de obra y el contrato de concesión de obra pública*, Editorial Aranzadi, 2009.

RODRIGO MORENO, F., “La responsabilidad patrimonial de la Administración y la civil extracontractual del contratista”, *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, núm. 2, 2001.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., –«Sobre la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *La Ley* (2000).

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y ALVAREZ BARBEITO, F.J., –«El régimen de garantías para contratar con la Administración pública», *Actualidad Administrativa* n.º 32 (1997).

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Subcontratación de concesiones administrativas*, Marcial Pons, año 2006.

ROJAS GUERRERO, R., “El fraccionamiento del objeto en los contratos administrativos”, *Diario La Ley* nº 6737, 18 de junio de 2007.

ROJÍ BUQUERAS, J. M., “La enajenación del inmueble como contrato administrativo especial”. *Actualidad Administrativa*, núm. 21, año 2004.

ROMERO HERNÁNDEZ, F., “Los modos de gestión de servicios públicos en el Proyecto de Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 69, año 2003.

ROMERO HERNÁNDEZ, S., “Elementos en los contratos administrativos de los entes locales”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm.1-2008.

RUBIO GONZÁLEZ, A., *Manual de gestión de las obras de contratación pública: 5ª edición adaptada con la Ley contratos de las administraciones públicas y el nuevo reglamento general R.D. 1098/2001*. Madrid, año 2002.

RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., “La contratación de las Entidades Locales en la LCSP”, en AA.VV., *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las Entidades Locales*, Ed. CEMCI, Granada, 2008.

RUIZ OJEDA, A., “Los problemas de regulación de mercados en el nuevo derecho de la contratación pública: el caso del contrato de obra”, en *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI: Homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*, Instituto Nacional de Administración Pública, año 2002.

SÁEZ HIDALGO, I. [ET. AL.], *La contratación pública: aspectos jurídicos y de gestión*. Su aplicación en Castilla y León., Editorial Lex Nova, S.A., año 2002.

SALA ARQUER, J.M., “Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 56, año 2004.

SAMANIEGO BORDIU, G., —«La transposición española de la Directiva europea sobre los contratos públicos de servicios», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.

SANCHEZ CORDERO, A., “Medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad del empleo”, *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 9, año 2001.

SÁNCHEZ DÍAZ, J.L., “Los servicios locales de naturaleza económica. Municipalización, concesión y autorización”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291 (Enero-Abril 2003).

SANCHEZ MORON, M., —*Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

SANCHEZ RODRÍGUEZ Y PUNZÓN MORALEDA, “La autenticidad como requisito de validez y eficacia en las comunicaciones electrónicas”, *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 54, junio 2006.

SANDULLI, M.A., “Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, núm. 1, año 2005.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “Incidencia de la Ley Concursal en el ámbito administrativo”, *Actualidad Administrativa*, núm. 3, 2004.

SANTAMARIA PASTOR, J., —«La invalidez de los contratos públicos», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.

SANTIAS VIADA, J.A., —«La reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», Ponencia presentada a las *Jornadas sobre contratación pública*, organizadas por la Universidad de Valladolid los días 27, 28 y 29 de enero de 1993.

SANZ RUBIALES, I., “Los poderes del concesionario de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 291 (Enero-Abril 2003).

SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, 2003.

SERRERA CONTRERAS, P. L., “Algunas cuestiones sobre responsabilidad en el contrato de concesión de obra pública”, *Revista Andaluza de Administración pública*, año 2003, núm. 52.

SOSA WAGNER, F., *–Manual de Derecho Local*, Tecnos, Madrid, 1989.

–*La gestión de los servicios públicos locales*, 6º Ed., Civitas, Madrid, año 2004.

–“La gestión de servicios públicos mediante una sociedad de capital íntegramente público y mediante una sociedad mixta”, *Cuadernos de Derecho local*, núm. 7, año 2005.

TEJEDOR BIELSA, J.C., “Contratación de la obra pública urbanizadora y sistema de compensación. La sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 112, año 2001.

TOLOSA TRIBIÑO, C., *Bases de datos de contratación administrativa*, Dapp. Distribución y Asesoramiento, Pamplona, 2004.

–*Contratación Administrativa*, Ed. DAPP Publicaciones Jurídicas S.L., 2ª ed., Pamplona, 2008.

TORNOS MAS, J., “La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 relativa a la reclamación de intereses de demora. ¿una drástica reducción del silencio administrativo?”, *Revista de Administración Pública*, núm. 173, año 2007.

–Actuaciones relativas a la contratación: pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración», en *Comentario a la Ley*

de Contratos de las Administraciones públicas, Civitas, Madrid, 1996.
–“Potestad Tarifaria y Política de Precios”, *RAP*, No. 135 (Septiembre – Diciembre 1994).

TORRES FERNANDEZ, –«Análisis legal de un catálogo de problemas que plantea la aplicación de la parte general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de su desarrollo reglamentario parcial aprobado por Real Decreto 390/1996», *Actualidad Administrativa* n.º 29, 1996.

TRICART, J.P., –«La portée de l’article 48, paragraphe 4, du traité CEE et les modalités de l’action de la Commission des Communautés Européennes suite à la jurisprudence de la Cour de Justice», *Europe Sociale* n.º 1, 1989.

TRILLO TORRES, R., “El control judicial de la contratación administrativa”, *Justicia administrativa*, núm. 10, año 2001.
–”El control judicial de la contratación administrativa”, *Justicia Administrativa*, nº 10 (2001).

TRYBUS, M. y MEDINA, T. (2007), “Unfinished Business: The State of Implementation of the New EC Public Procurement Directives in the Member States on February 1, 2007”, *Public Procurement Law Review*, nº 4.

–“La transposición de las Directivas comunitarias sobre contratación pública en los Estados miembros (01. 07. 2008)”, *Noticias de la Unión Europea*, número monográfico sobre la LCSP, en prensa.

UREÑA SALCEDO J.A./BOIX PALOP, A., “Obras benéfico-social de las Cajas de Ahorros y financiación de infraestructuras”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, año 2006.

URÍA FERNÁNDEZ, F., “Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas”, *RAP* 165 (2004).

URZAIZ ARANA, N., –«La contratación local», en AA.VV.: *Manual básico de Administración Local*, Aranzadi, Madrid, 1992.

VALENZUELA VILLARRUBIA, I., “La lucha contra la morosidad llega a la Administración Pública”, *Revista de Estudios Locales*, año 2005, núm. 82.

VALLETTI, A., *Il subappalto*, Giuffrè Editore, 2005.

VALLINA VELARDE, J.L., “La subcontratación administrativa”, en *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI: Homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*, Instituto Nacional de Administración Pública, año 2002.

VAN GERVEN y GILLIAMS, “La aplicación en los Estados miembros de las Directivas sobre contratos públicos”, *Gaceta Jurídica de la CEE*, nº 96 (1991), p. 309 (traducción al español del “Rapport général”, cuya versión original se encuentra en FIDE, 14 Congrès, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

VERNIA TRILLO, S., “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 20, año 2002.

VICENTE IGLESIAS, J. L., *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.
–Las contrataciones del artículo 211 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo», *Actualidad Administrativa* n.º XIX, 1997.

VILLAR PALASI, J.L., –*Principios de Derecho Administrativo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, tomo III.

VILLAR PALASI y VILLAR EZCURRA, –«Revisión de precios», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996.

WAINWRIGHT, R., –«Legal Reforms in Public Procurement», *Yearbook of European Law*, 1990.

–«Rapport communautaire», en *FIDE, 14 Congreso*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

WEBER, M., –*Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Tomo II, Mexico, 1977.

WEISS, F., *Public procurement in European Community Law*, Athlone Press, Londres, 1993.

–“The law of public procurement in EFTA and the EEC; The legal framework and its implementation”, *Yearbook of European Law* 1987.

YÁÑEZ VELASCO, I., “Pero ¿alguien dudó en serio de que era un contrato administrativo? Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal superior de justicia de Valencia de 1 de octubre de 2002 y 5 de febrero de 2003 relativas al agente urbanizador”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio ambiente*, núm. 217, año 2005.



INEJ
Fundado en 1995

EL INSTITUTO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN JURÍDICA (INEJ). Fundado en 1995 es una institución académica, autónoma y sin fines de lucro, que tiene por finalidad contribuir al desarrollo humano y económico de la nación y la región produciendo e innovando conocimientos a través de la investigación científica y los estudios de postgrado en los niveles de especialización, maestrías y doctorados, en las diferentes áreas de las Ciencias Jurídicas y disciplinas afines.

En esta obra, Derecho Internacional de las Contrataciones Administrativas (Estudio comparado de los TLC, de las norma internacionales y del derecho comunitario europeo sobre contratación administrativa), los autores han querido exponer sucintamente algunas de las peculiaridades de la contratación desde una perspectiva global, conscientes de que en esta materia el Derecho Administrativo Global, que es hoy por hoy necesariamente un Derecho prudencial, va dando pasos relevantes.

La obra fue elaborada por Jaime Rodríguez Arana, Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela; Catedrático y Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de La Coruña. José Antonio Moreno Molina, Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Ernesto Jinesta Lobo, Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad Complutense de Madrid y Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Escuela Libre de Derecho de Costa Rica y Karlos Navarro Medal, Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de Salamanca y Catedrático de Derecho Administrativo del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

www.inej.edu.ni