

## LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN (III)

### Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DOUE de 28-3-2014)

#### 1. INTRODUCCIÓN

La aprobación por primera vez en el seno de la UE de una regulación común para la adjudicación de concesiones supone, indudablemente, una de las novedades más relevantes de la reciente revisión de las normas comunitarias de contratación pública.

Tal y como se desprende de la tramitación de la Directiva 2014/23/UE ante las instituciones comunitarias, la razón de ser de una normativa independiente de la aplicable a los restantes contratos se justifica, en esencia, por la diferente naturaleza de la concesión con respecto a los contratos “tradicionales” (obras, servicios y suministros).

En particular, es sobradamente conocido que dos de las características definatorias de las concesiones –que

las diferencian en la regulación comunitaria de otras figuras contractuales- son la transferencia de responsabilidad de la autoridad concedente al concesionario y la existencia de un riesgo económico vinculado a la explotación de las obras o servicios correspondientes.

Adicionalmente, en el Documento de Trabajo de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo, de fecha 20 de febrero de 2012, se reflejan otras cuatro razones que justifican el valor añadido de una regulación específica para las concesiones. Así, se considera que la Directiva:

i) permite aclarar el marco legislativo existente y delimitar varios conceptos que hasta la fecha algunos poderes adjudicadores venían empleando de manera indistinta (concesión, riesgo, diferencia entre

#### FINALIDAD DE LA DIRECTIVA 2014/23/UE

Su aprobación viene motivada por la necesidad de instaurar un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones, que garantice a todos los operadores económicos de la Unión Europea un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano.

concesiones de servicios y concesiones de obras, distinción entre los contratos de obras y servicios y las concesiones, etc.). Estas cuestiones han sido planteadas de manera recurrente en sede jurisdiccional en los últimos años;

ii) garantiza la seguridad jurídica, atendiendo a la conflictividad existente hasta la fecha en el TJUE en relación con la adjudicación de concesiones;

iii) apoya la actuación de las autoridades públicas para el desarrollo y la modernización de las infraestructuras económicas y la promoción de los servicios públicos;

iv) estimula la competencia en el seno de la UE y fomenta la aparición de nuevos actores comunitarios, al fijar unas reglas claras que, entre otras cuestiones, evitan penalizaciones a pequeñas y medianas empresas.

Al margen de lo anterior, conviene destacar que en la tramitación de la Directiva 2014/23/UE ante las instituciones comunitarias se ha procurado resaltar que su finalidad no es servir de instrumento para impulsar la privatización de los servicios públicos. Por ello, en sus Considerandos (6) y (7), y en su artículo 2, la Directiva contempla la plena libertad de los poderes públicos para decidir la forma de organizar sus iniciativas de prestación de servicios públicos, sin prejuzgar la utilización de la gestión directa o indirecta.

## 2. DEFINICIÓN DE CONCESIÓN

Tal y como se ha expuesto, una de las funciones esenciales de la Directiva 2014/23/UE es clarificar la definición de concesión y fijar sus límites con respecto a otras figuras afines.

En tal sentido, se define con más precisión la figura de la concesión, con la finalidad de evitar las

múltiples controversias que en los últimos años se han suscitado ante el TJUE. Para ello, se dota a esta figura de una sustantividad propia, superando, por ejemplo, la definición de las concesiones por referencia a la figura del contrato público (de obras o servicios) que contemplaban los apartados 3 y 4 del artículo 1 de la Directiva 18/2004.

Asimismo, dentro de la figura de la concesión, la Directiva 2014/23/UE distingue las concesiones de obras de las concesiones de servicios, situando ambas dentro de su ámbito de aplicación.

Esta es una de las novedades de la nueva regulación, pues, si bien las concesiones de obras ya se incluían en la Directiva 18/2004, las concesiones de servicios estaban excluidas de su ámbito de aplicación<sup>1</sup>.

Aunque bien es cierto que, en este último caso, la licitación de las concesiones de servicios debía respetar los principios derivados de los Tratados de la UE y seguir, en defecto de una regulación nacional aplicable, los criterios establecidos por la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02).

La definición de las concesiones de obras y servicios queda establecida por el artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE en los siguientes términos:

a) Concesión de obras: “contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”.

---

<sup>1</sup> Ambas figuras estaban excluidas de la Directiva 17/2004, en virtud de su artículo 18.

b) Concesión de servicios: “contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”.

Es importante destacar, también, que la definición de concesión se encuentra vinculada, en todo caso, a la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de la obra o servicio.

Se considera, a este respecto, que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión<sup>2</sup>.

SE VINCULA LA DEFINICIÓN DE  
CONCESIÓN (DE OBRAS O DE  
SERVICIOS) A LA TRANSFERENCIA  
REAL Y EFECTIVA DE RIESGOS AL  
CONCESIONARIO

De este modo, la parte de los riesgos transferidos al concesionario ha de suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado tal que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal.

Por ejemplo, en el caso de que la reglamentación específica de un determinado sector de actividad elimine el riesgo, estableciendo una garantía en

<sup>2</sup> Esto es, el poder o entidad adjudicadora tiene la obligación de no aliviar al operador económico de cualquier posible pérdida con la garantía de unos ingresos mínimos iguales o superiores a las inversiones y los costes que aquél ha de asumir para llevar a cabo la ejecución de la concesión.

beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato, este último no debería considerarse concesión a efectos de la Directiva 2014/23/UE<sup>3</sup>.

Lo anterior, sin embargo, no implica que sea posible que “parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador” –Considerando (18)-, o que existan determinadas cláusulas para acotar algunos riesgos (fuerza mayor, rescisión anticipada, etc.).

Finalmente, conviene resaltar que, en ocasiones, esta figura contractual conlleva la explotación en el marco de una misma relación jurídica de actividades de índole diversa (obras-servicios). Para solventar esta problemática, el artículo 20.1 de la Directiva 2014/23/UE recurre a la clásica regla aplicable a los contratos mixtos, y en su virtud, las concesiones cuyo objeto comprenda tanto la explotación de obras como de servicios se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de concesión que sea predominante en el objeto principal del contrato.

### 3. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

La Directiva 2014/23/UE se aplicará solamente a las concesiones de obras o servicios cuyo valor sea igual o superior a un determinado umbral. Se trata de un parámetro de referencia para determinar el interés transfronterizo de la correspondiente licitación. A estos efectos, el artículo 8.1 de la Directiva 2014/23/UE determina dicho umbral: concesiones de obras o servicios con valor igual o superior a 5.186.000 EUR.

El valor de la concesión se calculará teniendo en cuenta el volumen total de negocios de la empresa

<sup>3</sup> Incluso según el Considerando (17), “la presente Directiva no debe aplicarse a los contratos que no conlleven pagos al contratista y en los que este reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentadas calculadas de manera que cubran la totalidad de los costes e inversiones que este haya soportado para prestar el servicio”.

concesionaria que se vaya a generar durante la duración del contrato, excluido el IVA.

Dicha cantidad será estimada por el poder adjudicador tomando en consideración la contrapartida percibida por el concesionario en relación con las obras y servicios objeto de la concesión, así como, también, los suministros relacionados con tales obras y/o servicios.

LA DIRECTIVA SE APLICARÁ A  
CONCESIONES DE OBRAS O  
SERVICIOS CON VALOR IGUAL O  
SUPERIOR A 5.186.000 EUROS

Para la concreta determinación del valor estimado de la concesión se siguen pautas y criterios generales semejantes a los establecidos por la Directiva 18/2004 y a los contemplados en el artículo 88 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (“**TRLCSP**”), aunque con diversas modulaciones y varias particularidades de nueva incorporación al régimen de la figura concesional.

Concretamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 8.3 de la Directiva 2014/23/UE, para determinar el valor estimado de una concesión se habrá de considerar:

- i) El valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión.
- ii) La renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre de la entidad concedente.
- iii) Los pagos o ventajas financieras al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadora, o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una

obligación de servicio público y las subvenciones a la inversión pública.

iv) El valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros, a cambio de la ejecución de la concesión.

v) La renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión.

vi) El valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadoras pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios.

vii) Las primas o pagos a los candidatos o licitadores.

Asimismo, hay que tener en cuenta que, si el valor de la concesión en el momento de la adjudicación supera en más de un veinte por ciento (20%) su valor estimado, la cuantificación válida será el valor de la concesión en el momento de la adjudicación (una regla, esta última, que podría ocasionar algunos problemas prácticos para garantizar la adecuada publicidad).

Por su parte, en el caso de que en una obra o servicio las concesiones puedan ser adjudicadas en lotes separados, deberá tenerse en cuenta el valor estimado de todos los lotes. Si el valor acumulado de los lotes iguala o supera el umbral de 5.186.000 EUR, a la adjudicación de cada lote se le aplicará la Directiva 2014/23/UE.

Finalmente, es necesario llamar la atención sobre la relación entre la regulación contemplada en la Directiva 2014/23/UE y el margen de maniobra del legislador estatal cuando proceda a su incorporación al ordenamiento español.

En este sentido, si bien el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva está perfectamente definido, los Estados miembros han de poder completar y desarrollar estas disposiciones si lo consideran oportuno, en particular si desean reforzar y maximizar la observancia de los principios derivados de los Tratados comunitarios (igualdad de trato -publicidad y concurrencia- libre prestación de servicios, etc.).

Resulta razonable, por ello, entender que para la licitación de aquellas concesiones de obras o servicios que no superen el umbral cuantitativo de la Directiva 2014/23/UE, el legislador español adoptará un esquema similar al actualmente contemplado en el TRLCSP en relación con los contratos no sujetos a regulación armonizada (tales concesiones estarán sometidas, por lo tanto, también a publicidad y concurrencia, aunque tal vez con un esquema menos exigente).

#### 4. EXCLUSIONES

Además de las concesiones de obras y servicios cuyo importe sea inferior a 5.186.000 EUR, la Directiva 2014/23/UE prevé específicamente una serie de exclusiones de relaciones jurídicas que materialmente encajarían en su ámbito de aplicación, estableciendo paralelismos en un número significativo de casos con algunos de los supuestos de exclusión ya contemplados para los contratos de obras, suministros y servicios en las Directivas 18/2004 y 17/2004.

Entre otras, con carácter enunciativo, cabe destacar las siguientes exclusiones:

i) Las concesiones de servicios adjudicadas a un poder o entidad adjudicadora, a una asociación de

tales poderes o entidades, o a un operador económico, sobre la base de un derecho exclusivo<sup>4</sup>.

ii) Las concesiones de servicios de transporte aéreo que estén basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, o que se refieran a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) n° 1370/2007.

iii) Las concesiones adjudicadas por entidades adjudicadoras, cuando en el Estado miembro donde vayan a ejecutarse tales concesiones haya quedado probado que la actividad está sometida directamente a la competencia.

Esta excepción está basada en el hecho de que, en los mercados cuyo acceso no está limitado, no existirían, razonablemente, derechos exclusivos.

Para contextualizar mejor la exclusión, al margen de remitirse al artículo 16 de la Directiva 2014/23/UE, es necesario acudir a los artículos 34 y 35 de la nueva Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Igualmente, resulta conveniente consultar la doctrina y jurisprudencia en relación con las previsiones del antiguo artículo 30 de la Directiva 17/2004.

---

<sup>4</sup> Un derecho concedido por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legislativa, reglamentaria o administrativa publicada que sea compatible con los Tratados, que tenga como efecto limitar el ejercicio de una actividad a un único operador económico y que afecte sustancialmente a la capacidad de los demás operadores económicos de ejercer una actividad (la definición es similar a la contemplada en las Directivas de contratos anteriores y, razonablemente, su origen suele traer causa de los denominados “sectores excluidos”).

iv) Las relaciones “in house providing” o entre entidades del sector público, esto es, las concesiones adjudicadas por un poder adjudicador o entidad adjudicadora –de las contempladas en el artículo 7.1.a) de la Directiva- a otra persona jurídica de Derecho privado o de Derecho público en la que se cumplan los requisitos de la Jurisprudencia del TJUE en la materia, tales como control análogo, ejecución de parte esencial de actividad, exclusión de participación directa de capital privado, etc. El artículo 17 de la Directiva 2014/23/UE contempla una detallada regulación de esta cuestión.

v) Las concesiones adjudicadas a una empresa asociada –existen particularidades en función de si presentan cuentas anuales conjuntas, conforme a la Directiva 2013/34/UE, o no están sujetas a dicho régimen; igualmente, habrá que atender, entre otras cuestiones, al volumen de negocio de la empresa asociada con la entidad adjudicataria u otras entidades asociadas-.

vi) Las concesiones adjudicadas a una empresa conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta -el artículo 14 de la Directiva 2014/23/UE regula las condiciones temporales y de exclusividad que resultan de aplicación en este supuesto, interpretadas en relación con el artículo 17 de la misma norma-.

vii) Las concesiones que el poder o entidad adjudicadora esté obligado a adjudicar u organizar de conformidad con procedimientos establecidos en virtud de un acuerdo, institución financiera u organización que tengan carácter internacional.

viii) Determinadas concesiones en los ámbitos de la defensa y de la seguridad a que se refiere la Directiva 2009/81/CE (la Directiva 2014/23/UE contempla diversos supuestos y excepciones en los apartados 5 y 6 del artículo 10).

ix) Las concesiones cuyo objeto principal sea permitir a los poderes adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones, o el suministro al público de uno o más servicios de comunicaciones electrónicas.

x) Las concesiones de servicios relativas a los servicios de lotería, adjudicadas por un Estado miembro a un operador económico sobre la base de un derecho exclusivo.

xi) Las concesiones relativas a servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos que sean prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, excepción hecha de los servicios de transporte de pacientes en ambulancia (las concretas prestaciones llevadas a cabo por estas entidades sin ánimo de lucro están definidas a través de códigos CPV).

xii) Las concesiones de servicios destinadas, entre otros, a: la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual; servicios financieros ligados a la emisión, la compra, la venta o la transmisión de títulos u otros instrumentos financieros, y las operaciones efectuadas en el marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y en el Mecanismo Europeo de Estabilidad; campañas electorales adjudicadas por un partido político, etc.

Finalmente, conviene destacar también la exclusión específica que la Directiva 2014/23/UE establece para las concesiones en el sector del agua, debido a la polémica planteada en relación con la existencia de una posible privatización encubierta en tal sector. Atendiendo a las controversias surgidas a propósito de esta materia, se le dedicará a continuación un apartado específico.

## 5. EXCLUSIÓN DEL SECTOR DEL AGUA

En el apartado 1 del artículo 12 de la Directiva 2014/23/UE se establece que la nueva normativa no se aplicará a las concesiones adjudicadas en relación con:

*a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable.*

*b) El suministro de agua potable a dichas redes.*

Por su parte, el apartado 2 del artículo 12 determina que la Directiva 2014/23/UE tampoco se aplicará a las concesiones relativas a las siguientes actividades (siempre que estén relacionadas con la puesta a disposición o explotación de redes o con el suministro de agua potable, en los términos descritos en el apartado 1 del artículo 12):

*a) Los proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del veinte por ciento (20%) del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje.*

*b) La eliminación o tratamiento de aguas residuales.*

La justificación de la exclusión trae causa, tal y como se ha apuntado con anterioridad, de la tramitación de la Directiva. En este punto concreto, el debate excedió ampliamente el marco jurídico, para trasladarse a un plano más ideológico, en el que se contrapusieron los puntos a favor y en contra de la privatización de los servicios relacionados con el agua potable. Esta discusión motivó algunos cambios en la tramitación de la Directiva con respecto a su versión inicial.

En tal sentido, la Propuesta de Directiva de adjudicación de contratos de concesión de 20 de

diciembre de 2011 -COM(2011) 897 final- contemplaba diversas referencias a las bondades de las concesiones en el sector del agua.

Por ejemplo, su Considerando (20) señalaba que *“la presente Directiva debe aplicarse a una serie de servicios (por ejemplo, los servicios de catering y distribución de agua) que muestran un potencial de comercio transfronterizo”*.

Y, en su ANEXO III, la Propuesta de Directiva de 20 de diciembre de 2011 establecía expresamente que sus previsiones se aplicarían a la puesta a disposición o a la explotación de redes fijas destinadas a la producción, el transporte o la distribución de agua potable, e igualmente, al suministro de agua potable a dichas redes.

No obstante, modificando el criterio original, en textos posteriores no solo se eliminan dichas referencias, sino que se excluye expresamente del articulado de la Directiva las concesiones de obras y servicios sobre la práctica totalidad de las actividades relacionadas con el ciclo integral del agua.

El motivo para tal exclusión también se desprende del trámite de aprobación de la Directiva 2014/23/UE (son numerosas las alusiones a la materia), e incluso de su Considerando (40): los mecanismos específicos y complejos a que están sujetas las concesiones en el sector del agua requieren una consideración especial, debido a la importancia del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la UE.

Tal y como se ha señalado, la exclusión comprende, finalmente, las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable, o bien a suministrar agua potable a dichas redes.

Asimismo, comprende -en la medida en que los servicios estén vinculados a tales actividades- la concesión de servicios para la evacuación o tratamiento de aguas residuales e, incluso en determinados supuestos, los proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje.

Dicha exclusión, sin embargo, no puede interpretarse como un impedimento para que los poderes adjudicadores puedan licitar concesiones en relación con este tipo de actividades vinculadas con el sector del agua, pues de ningún precepto de la Directiva 2014/23/UE se desprende semejante prohibición.

Lo contrario, además, iría contra la libertad de organización interna de los Estados miembros –es razonable entender que el Derecho comunitario no puede interferir en la decisión de las autoridades públicas de gestionar ellas mismas una actividad económica o bien confiársela a un tercero-.

SI BIEN LA DIRECTIVA EXCLUYE LAS CONCESIONES EN EL SECTOR DEL AGUA, ELLO NO SUPONE UN IMPEDIMENTO PARA QUE LOS PODERES ADJUDICADORES LAS PUEDAN LICITAR CONFORME A SU NORMATIVA INTERNA

De hecho, los efectos prácticos de la no inclusión, al no existir una regulación homogénea en la materia, se ponen de manifiesto en el Considerando (84) de la Directiva 2014/23/UE, que se ocupa de las posibles repercusiones de esta exclusión sobre el mercado interior, especialmente a propósito de cuestiones tales como la adjudicación transfronteriza de contratos o la participación de las pymes, considerando las estructuras específicas del sector del agua. El telón de fondo lo conforman las implicaciones que la decisión legislativa de excluir al sector del agua tiene sobre la aplicación de los principios derivados de los Tratados comunitarios.

Esta situación, consecuentemente, no difiere demasiado de la existente hasta la fecha. Así, conviene recordar que en virtud de lo previsto en el artículo 17 de la Directiva 18/2004, las concesiones de servicios están excluidas de su ámbito de aplicación (no así las concesiones de obra pública superiores a un determinado umbral).

En similar sentido, el artículo 18 de la Directiva 17/2004 (relativa, recordemos, a los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales) excluye de su aplicación las concesiones de obras o de servicios que sean adjudicadas por las entidades adjudicadoras que desarrollen sus actividades en el sector del agua -siempre que su objeto traiga causa del desarrollo de dicha actividad-.

Consecuentemente, los Estados miembros tendrán plena libertad para escoger el modelo que estimen oportuno para la gestión del ciclo integral del agua (aducción, abastecimiento, saneamiento, depuración y, en su caso, reutilización), y serán ellos quienes determinen en su normativa la posibilidad o no de adjudicar tales concesiones, respetando, en todo caso, los principios y normas derivadas de los Tratados, y las Comunicaciones Interpretativas de la Comisión Europea en la materia.

Todo ello con la finalidad de permitir tanto la apertura del mercado a la competencia como un adecuado control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación de este tipo de concesiones (garantizando, entre otras cuestiones, una publicidad adecuada, criterios de aptitud y solvencia no restrictivos, mecanismos efectivos para el control de las decisiones relativas a la adjudicación de la concesión, etc.).

En el caso español, el régimen vigente aplicable a la licitación por parte de los poderes públicos de



concesiones en el sector del agua no ha planteado, aparentemente, ningún problema aplicativo relevante (sin perjuicio de algunas particularidades que afectan en exclusiva a procesos privatizadores en sentido estricto).

## 6. APLICACIÓN A SERVICIOS SOCIALES

El artículo 19 de la Directiva 2014/23/UE establece un régimen especial para algunas concesiones que, aun encontrándose dentro de su ámbito de aplicación, solo se someten al cumplimiento de determinados preceptos.

Este sometimiento “parcial” afecta a las concesiones relativas a servicios sociales, así como a otros servicios específicos recogidos en el ANEXO IV de la Directiva 2014/23/UE, tales como determinados servicios educativos, sanitarios, culturales, etc<sup>5</sup>.

LA DIRECTIVA ESTABLECE UN  
RÉGIMEN SIMPLIFICADO PARA  
CONCESIONES RELATIVAS A  
SERVICIOS SOCIALES Y OTROS  
SERVICIOS ANÁLOGOS

La justificación de la medida reside en la importancia del contexto social y cultural, y en el delicado carácter de estos servicios, que hace necesario que los Estados miembros dispongan de una amplia discrecionalidad para seleccionar, de la manera que consideren más apropiada, a los prestadores de los mismos.

Así, los poderes públicos serán libres de prestar directamente estos servicios, asignar concesiones o emplear otros mecanismos para asegurar su efectiva prestación, tales como la simple financiación de los mismos o la concesión de licencias y autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan unas

condiciones establecidas de antemano (respetando, en todo caso, los principios de transparencia y no discriminación).

En el caso de que tales prestaciones se articulen a través de concesiones, se aplicará el citado régimen simplificado, debiendo cumplir únicamente las siguientes obligaciones:

i) Dar a conocer la intención de adjudicar la concesión a través de la publicación de un anuncio de información previa. Estos anuncios contendrán la información recogida en el ANEXO VI de la Directiva 2014/23/UE.

ii) Enviar un anuncio con el resultado del procedimiento de adjudicación de la concesión (podrán agruparse trimestralmente).

iii) En aquello que resulte aplicable, cumplir con las previsiones de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras.

iv) En aquello que resulte aplicable, cumplir con las previsiones de la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores excluidos.

Finalmente, y dentro del marco de libertad existente en la materia, la Directiva 2014/23/UE sugiere la posibilidad de que los Estados miembros apliquen criterios específicos de calidad a la hora de seleccionar a los prestadores de estos servicios.

<sup>5</sup> La lista contenida en el ANEXO IV de la Directiva es bastante amplia.

## 7. CONTRATOS MIXTOS

Tal y como se ha señalado con anterioridad, el artículo 20.1 de la Directiva 2014/23/UE establece una regla específica para la adjudicación de aquellas concesiones cuyo objeto comprenda tanto la explotación de obras como de servicios. Así, dicha adjudicación se llevará a cabo con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de concesión predominante en el objeto principal del contrato.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 20.1 de la Directiva 2014/23/UE determina que, en el caso de concesiones mixtas que consistan en parte en servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el ANEXO IV, y en parte en otros servicios, el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios sea el más alto<sup>6</sup>.

Los anteriores, sin embargo, no son los únicos supuestos regulados por la Directiva 2014/23/UE en relación con la coexistencia de prestaciones correspondientes a tipologías diferentes de concesiones o contratos.

Como veremos, tales supuestos revisten particular importancia a los efectos de articular el correspondiente procedimiento de adjudicación del contrato mixto. Una importancia que aumenta si se considera la notable complejidad derivada de la redacción de los artículos 20, 21, 22 y 23 de la Directiva 2014/23/UE.

---

<sup>6</sup> Este criterio se encuentra previsto desde hace años en nuestro ordenamiento jurídico. Sirva de ejemplo lo señalado en el artículo 12 del TRLCSP. La JCCA ha configurado el ámbito del criterio de la prestación económicamente más relevante, señalando que queda limitado a la determinación del régimen jurídico aplicable a la adjudicación, “*debiéndose aplicar la denominada técnica de la yuxtaposición de regímenes jurídicos en lo que se refiere a la preparación y ejecución del contrato*” (por ejemplo, Informes de la JCCA 29/10, de 24 de noviembre de 2010, y 13/11, de 10 de mayo de 2012).

En relación con esta cuestión, la Directiva contempla un doble esquema:

- Un criterio general, en función de si las distintas partes que constituyen el objeto del contrato son o no separables.
- Una serie de criterios especiales, por razón de la naturaleza de algunas de las actividades que forman parte del objeto del contrato<sup>7</sup>.

En base a lo anterior, en resumidas cuentas, y a pesar de las diversas excepciones contempladas en la norma, se pueden formular las siguientes líneas esenciales:

i) Si las distintas partes que constituyen el objeto del contrato no son objetivamente separables, la regla general es que las normas aplicables para su adjudicación deben determinarse en función del objeto principal del contrato.

De este modo, en el caso de que los elementos relativos a las concesiones sean su objeto principal, de manera razonable, se aplicarían las disposiciones de la Directiva 2014/23/UE.

En ocasiones, sin embargo, esta tarea de análisis puede resultar compleja debido a la confusión que podría existir entre los elementos propiamente concesionales y los relativos a contratos de obras, suministros y servicios.

La Directiva 2014/23/UE no arroja demasiada luz sobre esta cuestión, limitándose a señalar que, en el caso de contratos relacionados con elementos de una concesión de servicios y con contratos de suministro,

---

<sup>7</sup> Seguridad, Defensa y actividades incluidas en el ámbito de aplicación del ANEXO II de la Directiva, relativas a los siguientes sectores: gas y calefacción, electricidad, servicios de transporte, puertos y aeropuertos, servicios postales, extracción de petróleo y gas, y prospección y extracción de carbón u otros combustibles sólidos.

el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros sea el más alto.

ii) Si las diferentes partes que constituyen el objeto del contrato son objetivamente separables, los poderes o entidades adjudicadoras tendrán dos alternativas.

En primer lugar, podrán adjudicar contratos independientes para cada una de las partes separadas del contrato mixto, en cuyo caso, la decisión sobre el régimen jurídico que se aplica a cualquiera de dichos contratos separados se adoptará sobre la base de las características de la parte separada de que se trate.

La segunda alternativa que pueden adoptar los poderes o entidades adjudicadoras es adjudicar un único contrato<sup>8</sup>.

En este supuesto, la regla general es que se apliquen al contrato mixto resultante las disposiciones de la Directiva en materia de adjudicación de concesiones. Sin embargo, la propia Directiva 2014/23/UE establece dos notables excepciones en el último párrafo de su artículo 20.3.

La primera excepción consiste en que el artículo 21 de la propia Directiva (relativo a contratos públicos mixtos que contienen aspectos relativos a la defensa y la seguridad) no disponga lo contrario.

---

<sup>8</sup> La necesidad de celebrar un contrato único se deberá justificar caso por caso, acudiendo a la Jurisprudencia del TJUE en la materia. Hay que tener en cuenta, además, que: i) la intención expresa o presunta de los poderes o entidades adjudicadoras de considerar los diversos aspectos que constituyen un contrato mixto como indivisibles, lejos de ser suficiente, debe apoyarse en pruebas objetivas capaces de justificarla y de establecer la necesidad de celebrar un contrato único; ii) la necesidad de celebrar un único contrato puede deberse a motivos de índole tanto técnica como económica.

La segunda excepción, que tiene una mayor relevancia práctica -por cuanto que podría llegar a invertir la regla general citada- es la obligación de atender también a la regulación establecida por el artículo 20.4 de la Directiva.

Este precepto determina que, en el caso de contratos mixtos que contengan elementos de concesiones, así como elementos de contratos públicos regulados por la Directiva 2014/24/UE<sup>9</sup>, o de contratos regulados por la Directiva 2014/25/UE<sup>10</sup>, el contrato mixto se adjudicará de conformidad con las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/25/UE, respectivamente<sup>11</sup>.

iii) En el supuesto de contratos mixtos que tengan por objeto elementos de una concesión y contrataciones u otros elementos regulados por el artículo 346 TFUE<sup>12</sup>, o la Directiva 2009/81/CE<sup>13</sup>,

---

<sup>9</sup> Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

<sup>10</sup> Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

<sup>11</sup> El artículo 3.4 de la Directiva 2014/24/UE, para el supuesto de contratos mixtos en el que los poderes adjudicadores elijan adjudicar un único contrato, establece que “cuando se trate de contratos mixtos que contengan elementos de contratos de suministro, obras y servicios y de concesiones, el contrato mixto se adjudicará de conformidad con la presente Directiva, siempre que el valor estimado de la prestación propia de un contrato regulado por la presente Directiva, calculado con arreglo al artículo 5, sea igual o mayor al umbral correspondiente establecido en el artículo 4”. Y una previsión análoga se contempla en el artículo 5.4 de la Directiva 2014/25/UE: “Cuando se trate de contratos mixtos que contengan elementos de contratos de suministro, obras y servicios y de concesiones, el contrato mixto se adjudicará de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva, siempre que el valor estimado de la parte que sea un contrato público regulado por la presente Directiva, calculado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16, sea igual o mayor al umbral correspondiente establecido en el artículo 15”.

<sup>12</sup> El artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se refiere a intereses esenciales de la seguridad de los Estados miembros.

<sup>13</sup> Directiva 2009/81/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados

habrá de estarse al régimen establecido en el artículo 21 de la Directiva 2014/23/UE.

iv) En el caso de contratos destinados a la realización de varias actividades, estando una de ellas sujeta al ANEXO II de la Directiva 2014/23/UE o a la Directiva 2014/25/UE (relativa a los sectores excluidos) las disposiciones aplicables se establecerán de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 de la Directiva 2014/23/UE o en el artículo 6 de la Directiva 2014/25/UE<sup>14</sup>.

## 8. ÁMBITO SUBJETIVO

De conformidad con lo previsto en el artículo 1.2 de la Directiva 2014/23/UE, ésta “*se aplicará a la adjudicación de concesiones de obras o servicios a los operadores económicos por:*

*a) los poderes adjudicadores, o*

*b) las entidades adjudicadoras, siempre que las obras o servicios estén destinados a la realización de alguna de las actividades recogidas en el ANEXO II”.*

Atendiendo a lo anterior, conviene llamar de nuevo la atención sobre la vocación de homogeneidad de la Directiva 2014/23/UE, y su finalidad de crear un marco jurídico común para la adjudicación de concesiones.

Ello no solo implica que se regule la adjudicación de concesiones en el ámbito del sector público<sup>15</sup>, sino

---

contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

<sup>14</sup> El artículo 6 de la Directiva 2014/25/UE regula la contratación mixta relativa a varias actividades. Por su parte, el artículo 5 de la Directiva 2014/25/UE, mencionado al final de la nota nº 11, regula la contratación mixta relativa a la misma actividad.

<sup>15</sup> La Directiva 18/2004 solo regulaba la adjudicación de concesiones de obras públicas. La adjudicación de concesiones de servicios públicos simplemente debía respetar los principios derivados de los Tratados de la UE

también la introducción *ex novo* de disposiciones de coordinación para la adjudicación de concesiones de obras y servicios en los sectores de la energía, los transportes y los servicios postales<sup>16</sup>.

De este modo, se explica la diferenciación existente en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2014/23/UE -y en el propio artículo 1.2- en relación con su ámbito de aplicación subjetivo<sup>17</sup>, y las referencias a ambos sujetos (“poderes y entidades adjudicadores”) en la práctica totalidad de los artículos de la Directiva.

Así, por una parte, en su artículo 6, la Directiva 2014/23/UE define el concepto de poder adjudicador, *mutatis mutandis*, en términos análogos a la Directiva 18/2004 de contratos públicos -y también al vigente TRLCSP-.

Y, por otra parte, en su artículo 7, la Directiva 2014/23/UE define el concepto de entidades adjudicadoras con un alcance similar al previsto en la Directiva 17/2004 -si bien, como hemos visto, no comprende todos los sectores de actividad incluidos en esta última norma-.

Considerando lo anterior, en este doble esquema, el artículo 6.1 de la Directiva 2014/23/UE establece que serán poderes adjudicadores “*el Estado, las*

---

y seguir, en defecto de una regulación nacional aplicable, los criterios y parámetros establecidos por la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02).

<sup>16</sup> El artículo 18 de la Directiva 17/2004 excluía de su ámbito de aplicación las concesiones de obras y las concesiones de servicios que adjudicasen las entidades adjudicadoras que operasen en los “sectores excluidos”.

<sup>17</sup> E, igualmente, se comprende el matiz en la definición de concesión. Como se puede comprobar, la Directiva no se refiere a concesiones de obras públicas o servicios públicos, sino a concesiones de obras o de servicios. Y ello por cuanto que las entidades concedentes pertenecerán tanto al sector público como al sector privado.

autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público distintos de aquellos que desarrollen alguna de las actividades recogidas en el ANEXO II y adjudiquen una concesión para la realización de una de esas actividades”.

Ninguna particularidad plantea el alcance de los sujetos incluidos en la definición de “poder adjudicador”, si bien es necesario mencionar que el artículo 6.4 de la Directiva 2014/23/UE, que delimita el alcance del concepto de “Organismo de Derecho público”, ha de ser interpretado conjuntamente con lo señalado en el Considerando (21), que recoge las modulaciones más recientes del TJUE en relación con este término, en particular, en lo referente al origen de su financiación<sup>18</sup>.

LA DIRECTIVA SE APLICARÁ  
TANTO A LOS PODERES  
ADJUDICADORES COMO A LAS  
ENTIDADES ADJUDICADORAS  
QUE OPERAN EN LOS SECTORES  
DE LA ENERGÍA, TRANSPORTES  
Y SERVICIOS POSTALES

Por su parte, el artículo 7.1 de la Directiva 2014/23/UE establece que serán entidades adjudicadoras “*las entidades que desarrollan una actividad recogida en el ANEXO II y adjudican una concesión para la realización de una de esas actividades*”.

<sup>18</sup> Organismo de Derecho público será “cualquier organismo que reúna todas las características siguientes: a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) que esté dotado de personalidad jurídica, y c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, por autoridades regionales o locales, o por otros organismos de Derecho público, o que esté sujeto a la supervisión de dichos organismos, que cuente con un órgano de administración, de dirección o de supervisión más de la mitad de cuyos miembros sean nombrados por el Estado, por autoridades regionales o locales o por otros organismos de Derecho público”.

El propio artículo 7.1 delimita qué entidades habrán de entenderse incluidas dentro del concepto de “entidad adjudicadora”:

a) *Las autoridades estatales, regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por una o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público.*

b) *Las empresas públicas*<sup>19</sup>.

c) *Las entidades distintas de las dos anteriores, pero que funcionan sobre la base de derechos especiales o exclusivos, concedidas por las autoridades competentes de un Estado miembro para el ejercicio de una de las actividades contempladas en el ANEXO II.*

A la vista de lo anterior, cabe extraer tres conclusiones relevantes.

En primer lugar, que la definición de “entidad adjudicadora” está directamente vinculada a la realización de las actividades contempladas en el ANEXO II de la Directiva 2014/23/UE -y a la consiguiente adjudicación de concesiones en ejercicio de dichas actividades-.

Lo conveniente, en cualquier caso, es acudir a dicho ANEXO para contrastar con detalle las actividades que en él se incluyen: a grandes rasgos, se trata de actividades en los sectores del gas y calefacción, electricidad, servicios de transporte, puertos y aeropuertos, servicios postales, extracción de petróleo y gas, y prospección y extracción de carbón u otros combustibles sólidos.

Puede decirse que tales actividades son coincidentes, *mutatis mutandis*, con las previstas en la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva

<sup>19</sup> Toda empresa sobre la que los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por razón de propiedad o participación financiera, o en virtud de las normas que la rigen.

17/2014, si bien se excluye, como ya se ha comentado en un apartado precedente, el sector del agua, de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Directiva 2014/23/UE.

En segundo lugar, a los efectos de definir las entidades adjudicadoras y determinar el alcance de sus obligaciones, la Directiva 2014/23/UE aborda esta cuestión considerando, precisamente, las actividades realizadas, con independencia de que se trate de autoridades estatales, locales o regionales, de organismos de Derecho público, de empresas públicas o de otras entidades que gozan de derechos especiales o exclusivos.

Finalmente, a los efectos de la aplicación de la Directiva 2014/23/UE a entidades privadas que operan en los sectores citados, revisten especial importancia los conceptos de “derechos especiales” y “derechos exclusivos”<sup>20</sup>.

En tal sentido, las entidades que no son entidades adjudicadoras a tenor del artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva<sup>21</sup>, ni tampoco empresas públicas, están sujetas a lo dispuesto en la nueva regulación únicamente en la medida en que ejerzan una de las

---

<sup>20</sup> La definición de derechos exclusivos se encuentra en el apartado 10 del artículo 5 de la Directiva 2014/23/UE: “un derecho concedido por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legislativa, reglamentaria o administrativa publicada que sea compatible con los Tratados, que tenga como efecto limitar el ejercicio de una actividad a un único operador económico y que afecte sustancialmente a la capacidad de los demás operadores económicos de ejercer una actividad. Por su parte, la definición de derechos especiales se encuentra en el apartado 11) del artículo 5 de la Directiva: “un derecho concedido por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legislativa, reglamentaria o administrativa publicada que sea compatible con los Tratados, que tenga como efecto limitar el ejercicio de una actividad a una serie de operadores económicos y que afecte sustancialmente a la capacidad de los demás operadores económicos de ejercer una actividad”.

<sup>21</sup> Autoridades estatales, regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por una o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público.

actividades incluidas en el ANEXO II y amparadas por dichos derechos.

Por otra parte, también conviene tener presente que el artículo 7.2 de la Directiva 2014/23/UE establece, en relación con las entidades que gozan de derechos especiales o exclusivos, que no se las considerará entidades adjudicadoras si dichos derechos se han obtenido merced a un procedimiento que se haya ajustado a criterios objetivos -y, en primer lugar, a la normativa de la Unión Europea- y que tal otorgamiento haya contado con la debida publicidad<sup>22</sup>.

## 9. PRINCIPIOS PROCEDIMENTALES

Durante el procedimiento de tramitación de la Directiva 2014/23/UE se reiteró la necesidad de que la nueva regulación instaurase un marco jurídico equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones, que garantizase a todos los operadores económicos de la UE un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado, y que afianzase la seguridad jurídica.

En particular, en el Documento de Trabajo de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo, de fecha 20 de febrero de 2012, se planteaba el siguiente *desiderátum* en relación con la nueva regulación, atendiendo a la problemática existente:

- Que las reglas relativas a las concesiones no sean el resultado de un simple ejercicio de copiar y pegar las reglas que se aplican a los contratos públicos.
- Que tales reglas sean claras, sencillas y no generen una burocracia excesiva.

---

<sup>22</sup> A estos efectos, el artículo 7.2 y el ANEXO III de la Directiva 2014/23/UE enumeran algunos de estos procedimientos (se trata de un listado abierto).

- Los poderes y entidades adjudicadoras deben disponer de un cierto margen de maniobra y de discreción en su toma de decisiones.
- Debe garantizarse el respeto de los derechos de los licitadores (criterios objetivos, transparencia, derecho de recurso, confidencialidad de la información, etc.).

Atendiendo a lo anterior, la Directiva 2014/23/UE cumple, sobre el papel, con los objetivos propuestos.

LA DIRECTIVA CONFIGURA UN  
PROCEDIMIENTO SENCILLO, A LA  
VEZ QUE TRATA DE MAXIMIZAR  
EL CUMPLIMIENTO DE LOS  
PRINCIPIOS COMUNITARIOS  
APLICABLES A LA ADJUDICACIÓN  
DE CONCESIONES

Así, diseña un esquema procedimental sencillo, susceptible de ser complementado en su caso por los Estados miembros. Y, por otra parte, trata de garantizar el debido cumplimiento de los principios generales aplicables a la elección de participantes y a la adjudicación de concesiones, al establecer ciertas obligaciones a los Estados miembros, así como a los poderes y entidades adjudicadoras.

En cuanto a los principios aplicables a la adjudicación de concesiones, la Directiva contempla una doble regulación.

En primer lugar, en el artículo 3 de la Directiva 2014/23/UE, dedicado al *“Principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia”*, en cuya virtud se establece que

i) los poderes y entidades adjudicadoras darán a los operadores económicos un trato igualitario y no

discriminatorio, y actuarán de forma transparente y proporcionada;

ii) el procedimiento de adjudicación de la concesión no será concebido con la intención de excluirlo del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23/UE, ni de favorecer o perjudicar de manera indebida a determinados operadores económicos;

iii) los poderes y entidades adjudicadoras tendrán como objetivo garantizar la transparencia tanto del procedimiento de adjudicación como de la ejecución de la concesión, respetando al mismo tiempo el deber de no divulgar la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan señalado como confidencial (por ejemplo, secretos técnicos o comerciales, u otros aspectos designados como confidenciales en las ofertas)<sup>23</sup>.

Por su parte, el artículo 30 de la Directiva 2014/23/UE regula de manera específica los principios generales aplicables al procedimiento de adjudicación de concesiones, determinando

i) la libertad de los poderes o entidades adjudicadoras para organizar el procedimiento conducente a la elección del concesionario, siempre que se cumplan las disposiciones de la Directiva;

ii) la obligación de que la concepción del procedimiento de adjudicación de la concesión respete los principios establecidos en el artículo 3 de la Directiva 2014/23/UE y, en particular, de que durante el procedimiento de adjudicación no se facilite información de forma discriminatoria, pues ello puede dar ventajas a determinados candidatos o licitadores respecto a otros;

---

<sup>23</sup> Conviene resaltar que éste es un derecho-deber para los operadores económicos, pues estos tienen, a su vez, la obligación de proteger el carácter confidencial de la información que se les comunique en el marco del procedimiento de adjudicación de concesiones.

iii) la obligación de que los Estados miembros adopten las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de los contratos de concesión, los adjudicatarios cumplan adecuadamente con las obligaciones establecidas por la normativa de la Unión Europea, así como por la regulación nacional e internacional<sup>24</sup>, en materia medioambiental, laboral y social<sup>25</sup>.

Finalmente, y dentro de este marco general, podrían incluirse también las previsiones contenidas en el artículo 35 de la Directiva 2014/23/UE, relativo a la *“Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés”*.

En su virtud, se impone a los Estados miembros la obligación de exigir a los poderes y entidades adjudicadoras que tomen las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses <sup>26</sup> que

---

<sup>24</sup>El ANEXO X de la Directiva 2014/23/UE contempla una lista de convenios internacionales en materia social y medioambiental que podrá ser modificada por la Comisión Europea cuando sea procedente (en caso de que sea necesario añadir nuevos acuerdos internacionales que hayan sido ratificados por todos los Estados miembros, o cuando los acuerdos internacionales vigentes incluidos ya no sean ratificados por todos los Estados miembros o hayan sido modificados).

<sup>25</sup> El control del cumplimiento de dichas disposiciones legales en materia ambiental, social y laboral se realizará en las respectivas fases del procedimiento de adjudicación de la concesión, a saber, cuando se haga uso de los principios generales relativos a la elección de participantes y a la adjudicación de contratos, y al aplicar los criterios de exclusión. Obviamente, también en la fase de ejecución se controlarán estas cuestiones, en relación tanto con la actividad del contratista, como con la de sus subcontratistas.

<sup>26</sup> El concepto de “conflicto de intereses” abarcará al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder o entidad adjudicador que participen en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de una concesión o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o particular que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el

puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones, a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores.

## 10. PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN

Como se ha señalado con anterioridad, la Directiva 2014/23/UE se limita a establecer una coordinación mínima de los procedimientos nacionales para la adjudicación de concesiones. Sus aspectos esenciales son los siguientes:

### i) Publicación previa

Con el fin de garantizar que los poderes y entidades adjudicadoras den una adecuada publicidad a las concesiones de obras y servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23/UE, su artículo 31 establece la obligación general de que la adjudicación de tales concesiones deba ir precedida de la publicación obligatoria de un anuncio de la licitación de la concesión en el Diario Oficial de la Unión Europea.

No obstante, los apartados 4 y 5 del propio artículo 31 permiten la adjudicación de concesiones sin publicación previa, en circunstancias excepcionales.

En primer lugar, cuando las obras o servicios sólo puedan ser suministrados por un único operador económico, sobre la base de alguno de los siguientes motivos:

- El objeto de la concesión es la creación o la adquisición de una obra de arte o una representación artística única.

---

contexto del procedimiento de adjudicación de la concesión.



- La ausencia de competencia por razones técnicas.
- La existencia de un derecho exclusivo<sup>27</sup>.
- La protección de derechos de propiedad intelectual y de otros derechos exclusivos.

Hay que tener en cuenta, en todo caso, que la imposibilidad de adjudicar la concesión a cualquier otro operador económico no debe haber sido creada por el propio poder o entidad adjudicadora, ante la perspectiva de dicho procedimiento de adjudicación, y con la intención de eludir la aplicación de la Directiva 2014/23/UE. Además, se deberá estudiar exhaustivamente por la entidad concedente si existen sustitutos adecuados.

En segundo lugar, también se exceptúan del requisito de la publicación previa aquellos supuestos en los que no se presente ninguna solicitud de participación u oferta, o ninguna oferta adecuada<sup>28</sup>, o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento de concesión previa, siempre que las condiciones iniciales del contrato de concesión no se modifiquen sustancialmente.

#### ii) Anuncio de adjudicación

El artículo 32 de la Directiva 2014/23/UE establece la obligación de enviar por medios electrónicos a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea un anuncio con el resultado del procedimiento de adjudicación, en el plazo máximo de cuarenta y ocho (48) días desde la adjudicación de la concesión.

---

<sup>27</sup> La definición de derecho exclusivo ha de ser entendida conforme al apartado 10) del artículo 5 de la Directiva.

<sup>28</sup> Se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente para la concesión, al no poder satisfacer manifiestamente, sin cambios sustanciales, las necesidades y requisitos del poder adjudicador o de la entidad adjudicadora especificados en la documentación de la concesión.

#### iii) Acceso electrónico a documentos

El artículo 34 de la Directiva 2014/23/UE recoge la obligación de los poderes y entidades adjudicadoras de dar acceso directo, completo y gratuito, por medios electrónicos (Internet), a los documentos relativos a las concesiones, a partir de la fecha de publicación del anuncio de licitación o, cuando el anuncio de licitación no incluya la convocatoria de ofertas, a partir de la fecha de envío de esta última.

Sin perjuicio de lo anterior, se establecen excepciones a esta obligación, en circunstancias debidamente justificadas: esencialmente, por motivos de seguridad o razones técnicas, o debido a la naturaleza especialmente sensible de la información comercial, en cuyo caso se deberá implementar un mecanismo alternativo de transmisión de la información, prolongando el plazo de recepción de ofertas.

#### iv) Plazos mínimos

Para que todos los operadores interesados puedan presentar sus solicitudes de participación y sus ofertas, los poderes y entidades adjudicadoras estarán obligados a respetar los plazos mínimos<sup>29</sup> para la recepción de esas solicitudes y ofertas, establecidos en el artículo 39 de la Directiva 2014/23/UE.

Sin perjuicio de dichos plazos mínimos fijados por el artículo 39, los poderes y entidades adjudicadoras deberán tener en cuenta, en cada caso, la complejidad de la concesión y el tiempo necesario para preparar las ofertas o solicitudes. Además, en el supuesto de que las solicitudes de participación o las

---

<sup>29</sup> La Directiva establece un doble esquema de plazos, en función de si el procedimiento se desarrolla en fases sucesivas o no –veintidós (22) días o treinta (30) días, respectivamente-. El plazo mínimo de recepción de ofertas podrá reducirse en cinco días cuando el poder o entidad adjudicadora acepte su presentación por vía electrónica.

ofertas solo puedan hacerse previa visita sobre el terreno o después de una consulta *in situ* de documentos adjuntos a los documentos relativos a la concesión, los plazos deberán ser obligatoriamente superiores a estos plazos mínimos.

#### v) Garantías procedimentales

Bajo el título “Garantías procedimentales”, el artículo 37 de la Directiva 2014/23/UE establece diversos requisitos mínimos que deberán presidir los procedimientos de adjudicación. Al margen de los relativos a la idoneidad del candidato y a la información a suministrar en el anuncio de licitación, cabe destacar los siguientes:

- Se deberá comunicar a todos los participantes la descripción de la organización prevista del procedimiento y un plazo de ejecución aproximado. Cualquier modificación relativa a las cuestiones anteriores también deberá ser comunicada a todos los participantes y, en la medida en que afecte a los elementos descritos en el anuncio de la licitación de la concesión, a todos los operadores económicos.
- El poder o entidad adjudicadora deberá garantizar un registro adecuado de las etapas del procedimiento, según los medios que juzgue oportunos, y respetando, en su caso, la obligación de confidencialidad.

Por otra parte, conviene resaltar que la Directiva 2014/23/UE no predetermina la utilización de ningún procedimiento concreto para la adjudicación de concesiones (abierto, restringido, negociado o diálogo competitivo), ni tampoco regula sus características esenciales<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Los procedimientos de adjudicación, así como los criterios para su elección sí están detallados de manera específica tanto en la Directiva 2014/24/UE como en la Directiva 2014/25 UE.

No obstante, sí es cierto que el artículo 37 de la Directiva 2014/23/UE establece diversas modulaciones en relación con la hipotética utilización de determinados procedimientos.

Así, en lo que atañe a la utilización del procedimiento negociado<sup>31</sup>, determina que el poder o entidad adjudicadora podrá celebrar negociaciones con los candidatos y licitadores, con la única limitación de que el objeto de la concesión, los criterios de adjudicación y los requisitos mínimos no se modifiquen durante las negociaciones.

Igualmente, establece la posibilidad de que el poder o entidad adjudicadora limite el número de candidatos o licitadores a un nivel adecuado, a condición de que lo haga de forma transparente y sobre la base de criterios objetivos.

En todo caso, el número de candidatos o licitadores admitidos deberá ser suficiente para garantizar una competencia real<sup>32</sup>.

## 11. LA SELECCIÓN DEL CONCESIONARIO

El proceso de evaluación cualitativa de los licitadores y la posterior selección del concesionario no presentan grandes peculiaridades en la Directiva 2014/23/UE. Resumidamente, se pueden destacar las siguientes cuestiones:

---

<sup>31</sup> La Propuesta de Directiva inicial de 20 de diciembre de 2011 -COM(2011) 897 final-, regulaba con cierto detalle en su artículo 35.5 -relativo a garantías procedimentales- las condiciones de la negociación y también reconocía expresamente en sus Considerandos que, para mantener un margen de flexibilidad en la organización del proceso de adjudicación, resulta necesario contemplar la posibilidad de negociar el contenido del contrato con los candidatos.

<sup>32</sup> Este requisito es especialmente aplicable para procedimientos restringidos, negociados, y también para el diálogo competitivo. Si bien la Propuesta de Directiva inicial lo vinculaba expresamente a las adjudicaciones de concesiones que conllevaran una negociación, lo cierto es que ha de interpretarse sistemáticamente con la restante normativa en materia de contratación.

### i) Evaluación cualitativa de los candidatos

Las condiciones de participación relativas a la capacidad profesional y técnica, así como a la solvencia financiera y económica, deberán ser no discriminatorias.

Igualmente, los criterios de capacidad y solvencia habrán de guardar una relación y una proporción con la necesidad de garantizar la suficiencia del concesionario para ejecutar la concesión, teniendo en cuenta el objeto de la misma, y la obligación de lograr una competencia real.

Tal y como sucede con las Directivas en materia de contratos públicos y de sectores excluidos, se permite a los operadores económicos acreditar su capacidad y solvencia con medios externos.

En el caso de la capacidad técnica o profesional, si se acude a las capacidades de otras entidades, el licitador deberá demostrar que dispondrá, durante todo el período de la concesión, de los recursos necesarios, mediante la presentación del compromiso asumido por dichas entidades a tal efecto.

Por lo que se refiere a la solvencia financiera, el poder o entidad adjudicadora podrá exigir que el operador económico y las entidades en cuya solvencia se basa asuman una responsabilidad conjunta para la ejecución del contrato.

### ii) Causas de exclusión

Los apartados 4 a 10 del artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE regulan con bastante detalle las causas de exclusión de los licitadores o candidatos.

El régimen contemplado en la Directiva, en líneas generales, no difiere demasiado del contenido en otras normas comunitarias relativas a contratación, y

contempla los tradicionales supuestos de exclusión, además de otros de nueva incorporación basados en los principios que inspiran el procedimiento de adjudicación (conflictos de interés, lucha contra la corrupción, prácticas anticompetitivas, etc.).

Sí conviene mencionar que el artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE establece una serie de causas “obligatorias” de exclusión, y que configura, además, otras causas de exclusión “potestativas”, a apreciar por el poder o entidad adjudicadora, sin necesidad, en muchos casos, de que exista una resolución definitiva y vinculante de la autoridad administrativa o judicial competente sobre la existencia de una causa que motive la exclusión.

Entre las causas de exclusión “obligatorias”, previstas en los apartados 4 y 5 del artículo 38, se encuentran: la condena mediante sentencia firme por participar en organización criminal, fraude, corrupción, blanqueo de capitales, terrorismo, trabajo infantil; resolución administrativa o judicial que acredite el impago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social, etc.

De conformidad con lo previsto en el artículo 38.6 de la Directiva 2014/23/UE, los poderes y entidades adjudicadoras pueden establecer excepciones en los supuestos de exclusión “obligatoria”, bien por razones imperiosas de interés general, bien cuando la exclusión sea claramente desproporcionada<sup>33</sup>.

Por su parte, entre las diversas causas de exclusión “potestativas”, cabe destacar que los poderes o

---

<sup>33</sup> A estos efectos, la Directiva aduce el siguiente ejemplo de exclusión desproporcionada: “cuando sólo no se hayan pagado pequeñas cantidades de impuestos o contribuciones de seguridad social o cuando se haya informado al operador económico de la cantidad exacta debida después del incumplimiento de sus obligaciones relativas al pago de impuestos o contribuciones de seguridad social en el momento en que no tenía la posibilidad de adoptar medidas (...) antes de la expiración del plazo de presentación de su solicitud”.

entidades adjudicadoras tendrán la posibilidad de excluir a un licitador en caso de que

- pueda demostrar por cualquier medio adecuado que el operador económico es culpable de una falta profesional grave que haga cuestionable su integridad;
- acredite la existencia de conflictos de interés;
- si dispone de indicadores convincentes que lleven a la conclusión de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia;
- cuando el operador económico haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder o entidad adjudicadora, o bien obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas de cara a la adjudicación de la concesión;
- cuando el operador económico haya intentado proporcionar información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación.

En todo caso, ha de señalarse que, de conformidad con lo previsto en el artículo 38.9 de la Directiva 2014/23/UE, todo operador económico que se encuentre en alguna de las causas de exclusión<sup>34</sup> (“obligatorias” o “potestativas”) podrá presentar pruebas de que ha adoptado medidas para mitigar la causa que motiva su exclusión, y de que tales medidas son suficientes para demostrar su fiabilidad,

---

<sup>34</sup> Excepto aquellos operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de participar en procedimientos de contratación, que no tendrán derecho a hacer uso de esta facultad durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en los Estados miembros en que la sentencia sea efectiva.

no obstante la existencia del motivo pertinente para la exclusión<sup>35</sup>.

Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento<sup>36</sup>.

A pesar de esta aparente flexibilidad en la apreciación de las causas de exclusión de los apartados 4 a 7 del artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE, lo cierto es que, precisamente, el apartado 10 de dicho artículo establece que *“mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión, los Estados miembros precisarán las condiciones de ejecución del presente artículo”*.

Consecuentemente, será la normativa interna de cada Estado miembro la que determine el alcance concreto de las causas de exclusión<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> En concreto, podría tratarse de medidas que afecten tanto al personal y la organización, como a la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas. Igualmente, podrían implementarse medidas adecuadas de reorganización del personal, sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización, etc. Serán los Estados miembros quienes determinen las condiciones exactas de fondo y de procedimiento para la aplicación de dicha posibilidad, incluyendo la opción de dejar que sea cada poder o entidad adjudicadora quien haga las evaluaciones pertinentes, o bien si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel central o subcentral.

<sup>36</sup> A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha compensado o se ha comprometido a compensar cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva, colaborando activamente con las autoridades investigadoras y, además, que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y personales concretas que resulten apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas. Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta.

<sup>37</sup> Consecuentemente, pueden precisarse y especificarse en el Derecho nacional, al igual que sus efectos, respetando siempre el Derecho de la Unión. En todo caso, su adecuación y proporcionalidad será controlable por el

Si tomamos como ejemplo la regulación de la Directiva 18/2004, observaremos que contemplaba un régimen análogo de causas de exclusión, y que igualmente otorgaba a los Estados miembros la facultad para desarrollarlo. En la normativa española, el actual artículo 60 del TRLCSP, relativo a “Prohibiciones de contratar”, no permite, como es sabido, demasiada flexibilidad en la materia (de hecho, estar incurso en alguna de las prohibiciones para contratar previstas en el artículo 60 del TRLCSP es una causa de nulidad de derecho administrativo que supone la invalidez del contrato).

### iii) Requisitos técnicos y funcionales para ejecutar la concesión

El artículo 36 de la Directiva 2014/23/UE regula los requisitos técnicos y funcionales de la concesión (las especificaciones o prescripciones técnicas que resultan exigibles para ejecutar la concesión).

Ciertamente, no incorpora novedades con respecto al tratamiento de estas especificaciones técnicas en la vigente normativa contractual. Así, por ejemplo, establece que

- los requisitos técnicos o funcionales definirán las características requeridas de los trabajos o servicios que son objeto de la concesión, y que figurarán en la documentación contractual;
- las características requeridas podrán referirse al proceso específico de producción o prestación de las obras o servicios, siempre que estén vinculadas a la materia objeto del contrato y sean proporcionadas a su valor y sus objetivos<sup>38</sup>;

---

TJUE (sirva de ejemplo, en materia de contratos, la STJUE de 13 de diciembre de 2012, asunto C-465/11).

<sup>38</sup> Estas características podrán incluir, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de los discapacitados) y la

- los requisitos técnicos y funcionales no podrán hacer referencia a una fabricación o una procedencia determinada, a un procedimiento concreto que caracterice los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, a marcas, patentes o tipos, ni a una concreta producción con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos;
- solo se contemplará una excepción a la regla anterior en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato. Tal referencia deberá ir acompañada de la mención “o equivalente”.

Finalmente, establece que los poderes y entidades adjudicadoras no podrán rechazar una oferta basándose en que las obras y los servicios ofrecidos no se ajustan a los requisitos técnicos u funcionales a los que han hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador pruebe, por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos técnicos y funcionales.

### iv) Criterios de adjudicación

De conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Directiva 2014/23/UE, la adjudicación de las concesiones deberá efectuarse basándose en criterios objetivos que cumplan los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, y que garanticen la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva tales que se

---

evaluación de la conformidad, el rendimiento, la seguridad o las dimensiones, la terminología, los símbolos, los ensayos y métodos de ensayo, el marcado y etiquetado o las instrucciones de uso.

pueda determinar la ventaja económica global para el poder o entidad adjudicadora<sup>39</sup>.

Como es tradicional -y se desprende, además, de la Jurisprudencia del TJUE- los criterios de adjudicación estarán vinculados al objeto de la concesión y no conferirán al poder adjudicador o a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada.

Asimismo, la Directiva mantiene la ya clásica obligación para los poderes y entidades adjudicadoras de enumerar en orden de importancia decreciente los criterios de adjudicación que se establezcan en la documentación contractual.

Por otra parte, entre otros elementos para valorar la adjudicación, los poderes o entidades adjudicadoras podrán incluir criterios medioambientales, sociales o relacionados con la innovación. En todo caso, deberán ir acompañados de requisitos que permitan que la información proporcionada por los licitadores se verifique efectivamente.

Finalmente, como particularidad, puesto que se trata de un régimen relativamente novedoso, el artículo 41.3 de la Directiva 2014/23/UE permite que el poder o entidad adjudicadora pueda modificar excepcionalmente el orden de clasificación de los criterios de adjudicación para tener en cuenta soluciones innovadoras, siempre que dicha modificación no dé lugar a discriminación. En un apartado posterior se abordará con más detalle esta cuestión.

## 12. RÉGIMEN DE RECURSOS

Para garantizar una protección judicial adecuada de los candidatos y los licitadores en los procedimientos

---

<sup>39</sup> Pueden referirse a factores que no sean de índole puramente económica pero que incidan en el valor de una licitación desde el punto de vista de la entidad concedente.

de adjudicación de concesiones, y para hacer efectiva la aplicación de la Directiva 2014/23/UE y de los principios del TFUE, se necesita un mecanismo de recursos ágil y eficaz, que sea accesible, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener una determinada concesión, y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

En tal sentido, el legislador considera que también deben aplicarse a las concesiones de servicios y de obras que sean adjudicadas por poderes o entidades adjudicadoras los procedimientos de recurso previstos en

- 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;
- la Directiva 92/13/CEE del Consejo, 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.

En consecuencia, los artículos 46 y 47 de la Directiva 2014/23/UE modifican, respectivamente, diversos preceptos de la Directiva 89/665/CEE y de la Directiva 92/13/CEE, con la finalidad de adaptar sus disposiciones al nuevo marco normativo de las concesiones de obras y servicios.

Finalmente, en los anuncios relativos a la licitación (ANEXO V), adjudicación (ANEXO VII) y modificación (ANEXO XI) deberán figurar: i) el

nombre y dirección del órgano competente para los procedimientos de recurso y, si procede, de mediación; ii) la indicación precisa del plazo de presentación de recursos o, en caso necesario, el nombre, dirección, números de teléfono y de fax y dirección electrónica del servicio del que pueda obtenerse dicha información.

### 13. LA DURACIÓN DE LA CONCESIÓN

La Directiva 2014/23/UE pone de manifiesto una particular preocupación por la duración de las concesiones, debido a que la fijación de un plazo elevado podría provocar el cierre del mercado y la restricción de la competencia, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento<sup>40</sup>.

**ES IMPORTANTE FIJAR PLAZOS DE DURACIÓN ADECUADOS, PARA NO RESTRINGIR LA COMPETENCIA**

Si bien la limitación de la duración máxima de las concesiones es una cuestión que atañe a la normativa interna de los Estados miembros (y el plazo concreto que ha de regir en cada licitación a los poderes o entidades adjudicadoras, atendiendo a la concreta naturaleza y alcance de la relación concesional), el artículo 18 de la Directiva 2014/23/UE bosqueja una serie de pautas o criterios a seguir a la hora de delimitar esta cuestión.

En primer lugar, el artículo 18.1 establece una suerte de principio general (que podría calificarse incluso de obviedad), en virtud del cual las concesiones serán de duración limitada, y su plazo de vigencia deberá ser calculado en función de las obras o los servicios solicitados.

<sup>40</sup> Aunque también considera que una duración amplia puede estar justificada en determinados supuestos.

Por su parte, el artículo 18.2 configura un régimen específico para las concesiones de más de cinco años de duración. Determina además que su duración máxima no podrá exceder el tiempo que se considere razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, y un rendimiento sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación<sup>41</sup>.

Para la estimación de la duración máxima se tendrán en cuenta, igualmente, las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. De este modo, se incluirán a efectos del cálculo tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión<sup>42</sup>.

No hay que olvidar, a este respecto, que el plazo de duración es un elemento esencial de la concesión y supone una referencia clave para determinar la adecuada retribución del concesionario.

**SE VINCULA LA DURACIÓN DE LA CONCESIÓN A LA AMORTIZACIÓN DE LAS INVERSIONES REALIZADAS Y A LA OBTENCIÓN DE UN BENEFICIO RAZONABLE POR EL CONCESIONARIO**

Finalmente, la Directiva 2014/23/UE establece la obligación de que la duración máxima de la

<sup>41</sup> En su Considerando (52), la Directiva también contempla como opción que los poderes y entidades adjudicadoras asignen una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional.

<sup>42</sup> A tal efecto, la Directiva estima que en el momento de la adjudicación de la concesión debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores que se consideren necesarias para la explotación de la concesión, tales como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales.

concesión esté indicada en los documentos relativos a la licitación.

La única excepción a la exigencia de fijar a priori el plazo de duración es que éste sea un criterio para la adjudicación del contrato (lo razonable, en este supuesto, sería que los poderes o entidades adjudicadoras contemplasen, al menos, un plazo máximo orientativo: por ejemplo, los límites de duración establecidos en su normativa interna).

#### 14. EJECUCIÓN DE LAS CONCESIONES

Como es sabido, la regulación de las Directivas comunitarias en materia de contratación tiene como objeto principal garantizar de manera efectiva que los procedimientos de adjudicación sean transparentes y no discriminatorios, con el fin último de asegurar que los operadores económicos gocen del pleno disfrute de las libertades fundamentales previstas en los Tratados comunitarios cuando compiten por contratos públicos (en este caso, concesiones de obras o servicios).

Otra finalidad complementaria de esta normativa es permitir que los compradores utilicen mejor la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes en el ámbito de la Unión Europea: como proteger el medio ambiente, promover la innovación y la inclusión social, facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas, o asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad.

La consecución de los objetivos anteriores también traerá como consecuencia, en buena lógica, un gasto público más eficiente a largo plazo, lo que redundará en beneficio de los ciudadanos.

La nueva regulación contemplada en la Directiva 2014/23/UE para la adjudicación de concesiones de

obras y servicios no es ajena a todas estas cuestiones en su articulado.

De esta manera, como se ha expuesto, el procedimiento de adjudicación diseñado trata de garantizar los principios derivados de los Tratados comunitarios, respetando al mismo tiempo la autonomía de los Estados miembros.

Además, en fase de adjudicación, la Directiva 2014/23/UE plantea la posibilidad de que se incluyan criterios sociales, medioambientales o relacionados con la innovación a la hora de determinar los criterios de adjudicación (artículo 41). Asimismo, los poderes y entidades adjudicadoras, dentro del margen de libertad del que disponen, podrían llegar a establecer criterios de evaluación de la capacidad técnica de los licitadores que tengan en cuenta estas cuestiones, siempre que razonablemente estén vinculados al objeto del contrato.

Lo cierto es, sin embargo, que las Directivas en materia de contratación no solo regulan los procedimientos de adjudicación en sentido estricto, sino que, de manera habitual, también contemplan determinadas previsiones en relación con la ejecución de los negocios jurídicos adjudicados, en la medida en que los principios derivados de los Tratados comunitarios se podrían ver afectados, y comprometido el cumplimiento de las políticas y objetivos de la Unión Europea.

La Directiva 2014/23/UE tampoco constituye una excepción a lo anterior.

Por una parte, en la ejecución de las concesiones de obras y servicios, trata de preservar el adecuado cumplimiento de la normativa medioambiental, social y laboral que pueda resultar aplicable en el lugar en el que se realicen las obras o se presten los servicios.



Ello, esencialmente, a través de dos mecanismos:

- i) la posibilidad de que los poderes y entidades adjudicadoras establezcan condiciones especiales de ejecución en las concesiones de obras y servicios;
- ii) un especial control de la subcontratación durante la ejecución de la concesión, al reforzar la transparencia y el flujo de información, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la citada normativa.

Por otra parte, y con una gran incidencia práctica, la Directiva 2014/23/UE intenta preservar el adecuado cumplimiento de los principios derivados de los Tratados comunitarios en la ejecución de las concesiones, particularmente en aquellos supuestos en los que más podría verse afectado el principio de libre competencia.

Por ello, la Directiva 2014/23/UE también establece una regulación detallada de la modificación de las concesiones, y regula algunos supuestos esenciales en los que debería resultar procedente su resolución.

## 15. MODIFICACIÓN DE LAS CONCESIONES

### a) Comentarios generales

La Directiva 2014/23/UE es plenamente consciente de dos realidades inherentes a los contratos de concesión:

- Suelen incluir regímenes de ejecución duraderos y complejos que, con frecuencia, están sujetos a variaciones por causa de las circunstancias externas o, por ejemplo, de los intereses que se pretende alcanzar con la adjudicación de la concesión.

- La posibilidad de modificación de las concesiones, aunque admisible, no es ilimitada, toda vez que podría afectar a los principios de publicidad y competencia, así como a la pureza de la licitación. Consecuentemente, en función de su entidad cualitativa y cuantitativa, la introducción de determinadas modificaciones podría implicar la necesidad de una nueva licitación, en el caso de que aquéllas supongan una alteración sustancial de los términos inicialmente pactados entre las partes<sup>43</sup>.

Considerando lo anterior, y teniendo en cuenta la Jurisprudencia aplicable del TJUE, la Directiva 2014/23/UE pretende aclarar las condiciones en las que la modificación de una concesión implica la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación. Para ello, establece un régimen bastante detallado con el fin de evitar interpretaciones divergentes en los Estados miembros y atender, también, a la seguridad jurídica de los concesionarios.

En relación con la modificación de las concesiones, conviene resaltar que existen muchas cuestiones relevantes (así, entre otras, la determinación de supuestos de reequilibrio y la delimitación del “desequilibrio sustancial”, el alcance aplicativo de la cláusula de progreso o de las cláusulas de evolución tecnológica, la limitación de riesgos en determinados supuestos, etc.).

---

<sup>43</sup> Entre otras, la STJUE (Gran Sala), de 13 de abril de 2010 (asunto C-91/08), pone de manifiesto esta cuestión a propósito de las concesiones de servicios, al señalar que “cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación”.

Estas cuestiones no se abordan en profundidad en la Directiva 2014/23/UE o, al menos, no con la suficiente concreción.

Lo anterior es así porque la finalidad de esta norma, como se ha señalado, es la preservación de los principios derivados de los Tratados comunitarios, no la regulación en sentido estricto de las relaciones entre los concesionarios y los poderes o entidades adjudicadoras.

Ahora bien, la regulación de las modificaciones de las concesiones en la Directiva 2014/23/UE resulta ser particularmente relevante, toda vez que clarifica muchas situaciones hasta la fecha controvertidas y, además, establece límites claros a los poderes y entidades adjudicadoras a la hora de afrontar los expedientes de modificación.

SE REGULA CON DETALLE EL RÉGIMEN DE LA MODIFICACIÓN DE LAS CONCESIONES, A LOS EFECTOS DE DELIMITAR DE MANERA CLARA LOS SUPUESTOS EN LOS QUE RESULTARÁ PROCEDENTE LLEVAR A CABO UN NUEVO PROCESO DE LICITACIÓN

Hay que tener en cuenta, además, que, dado que esta regulación recoge en gran medida la Jurisprudencia del TJUE más relevante en la materia, los criterios establecidos por el artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE podrían llegar a emplearse como parámetros interpretativos en la modificación de aquellas concesiones licitadas con anterioridad a su entrada en vigor y transposición (atendiendo, también, por razones obvias, a las previsiones contenidas en los pliegos y en la restante normativa que regule el título concesional)<sup>44</sup>, ello a pesar de que

<sup>44</sup> Un criterio similar para los contratos públicos es el que sigue la Circular N° 1/2011, de 7 de abril de 2011, de la Abogacía General del Estado, sobre el “Régimen de

la Directiva 2014/23/UE no se aplicará a las concesiones adjudicadas antes del 17 de abril de 2014.

Por otra parte, como se podrá comprobar, algunos de estos supuestos de modificación que contempla la Directiva 2014/23/UE ya se regulan en el vigente TRLCSP, aunque ciertamente, no con todas las modulaciones que ahora se prevén<sup>45</sup>.

b) Reglas esenciales de la modificación de las concesiones en la Directiva 2014/23/UE

Para valorar el régimen de la modificación de las concesiones, al margen de contrastar las previsiones del artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE, resulta conveniente acudir a los Considerandos (75) y siguientes de dicha Directiva, pues en ellos se describen sus rasgos esenciales.

En lo que ahora interesa, tales Considerandos recogen la obligación de llevar a cabo un nuevo procedimiento de adjudicación de la concesión cuando se introducen en la concesión inicial cambios fundamentales que pueden alterar su alcance global, en particular, los referidos al ámbito de aplicación<sup>46</sup> y

*Modificación de Contratos del Sector Público*”, diversos Informes de la JCCA de Aragón (por todos, Informe 1/2014, de 22 de enero), el Informe 03/2012, de 25 de mayo, de la Junta de Contratación Administrativa de la Región de Murcia, o el Informe 1/2013, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, en el sentido de interpretar de manera uniforme las modificaciones contractuales, y también en coherencia con las Directivas en materia de contratación pública y con la Jurisprudencia del TJUE.

<sup>45</sup> Recogidos casi en su totalidad en nuestro ordenamiento en virtud de las reformas introducidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por la disposición final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo de 2011, de Economía Sostenible.

<sup>46</sup> Funcional y, en su caso, territorial.

al alcance y contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes<sup>47</sup>.

La Directiva 2014/23/UE, siguiendo la reiterada Jurisprudencia del TJUE en materia de contratos públicos, considera que estos cambios hacen patente la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de la concesión. Así ocurrirá, en particular, cuando se considere que las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento original de licitación, si hubieran formado parte del mismo.

Esta interpretación ya se recoge, por ejemplo, en la STJUE de 19 de junio de 2008 (asunto C-454/06), que considera que la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando

- introduce condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos, o bien habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente elegida;
- cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.

No obstante, a pesar de este aparente criterio restrictivo, hay que reiterar que la Directiva 2014/23/UE no es ajena a la necesaria flexibilidad y adaptabilidad de las concesiones, como muestran los apartados 1 y 2 de su artículo 43, siempre dentro de los límites que marca la obligación de no alterar las condiciones esenciales de la adjudicación.

---

<sup>47</sup> La Directiva 2014/23/UE incluye en este supuesto la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

En este sentido, considera que en todo momento debe ser posible introducir modificaciones de la concesión que sean susceptibles de producir una pequeña modificación del valor del contrato que no rebase determinado nivel, sin que para ello sea necesario iniciar un nuevo procedimiento.

También entiende que puede resultar procedente modificar la concesión por, entre otras razones, las alteraciones que se hubieran hecho necesarias debido a la atención de peticiones formuladas por los poderes o entidades adjudicadoras (ej: en relación con la implementación de requisitos de seguridad), o por aquellas que traigan causa de la evolución normativa, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el citado artículo 43 (que establece condiciones a cada supuesto de modificación).

LA INTRODUCCIÓN EN LA  
CONCESIÓN DE MODIFICACIONES  
AL MARGEN DE LOS SUPUESTOS  
PREVISTOS EN LOS APARTADOS 1  
Y 2 DEL ART 43 DE LA DIRECTIVA  
EXIGIRÁ UNA NUEVA LICITACIÓN

Es importante tener en cuenta que, en el caso de que se pretenda introducir modificaciones en la concesión fuera de los supuestos expresamente previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE, será necesario iniciar un nuevo procedimiento de licitación (art 43.5).

De una interpretación sistemática del artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE, y siguiendo la evolución de su tramitación, esta mención, además de servir de “cláusula de cierre”, parece referirse, por ejemplo, a supuestos en los que el objetivo de la modificación sea solventar las deficiencias del concesionario en el cumplimiento de sus obligaciones, o bien proteger al concesionario de riesgos inicialmente asumidos en la adjudicación de la concesión.

c) Modificación de concesiones sin necesidad de un nuevo procedimiento de licitación

De conformidad con lo previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE, las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de licitación en cualquiera de los casos siguientes:

c.1) *Cuando las modificaciones estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión*

El artículo 43.1.a) de la Directiva 2014/23/UE establece que será posible la modificación de la concesión sin necesidad de una nueva licitación cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, *“entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones”*.

Por lo tanto, y aunque no se establezcan de manera expresa dos categorías de supuestos de modificación (previstas o no previstas en la documentación que ha servido de base para la licitación)<sup>48</sup>, sí se pueden deducir, sobre todo a la vista del alcance aplicativo que podría conllevar el artículo 43.1.a).

Así, en el caso de que las modificaciones estén inicialmente contempladas en la documentación de la licitación, es razonable entender que serán conocidas por todos los operadores económicos, por lo que su posterior ejecución no vulneraría los principios derivados de los Tratados comunitarios, siempre que se lleven a cabo dentro del marco previsto.

De lo anterior se deriva un amplio margen de actuación en el diseño de los documentos contractuales para las entidades concedentes, así como, en principio, para articular *a posteriori* las

correspondientes modificaciones, pues teóricamente podrían introducirse con independencia de su valor económico.

Existen, no obstante, ciertas limitaciones, pues las cláusulas que contemplen la modificación no deben atribuir a los poderes y entidades adjudicadoras una discrecionalidad ilimitada.

En primer lugar, las cláusulas de revisión han de estar previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación inicial de la concesión.

Ello implica, entre otras cuestiones, que se deberá determinar el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que los poderes o entidades adjudicadoras pueden recurrir a ellas.

Razonablemente, y aunque no esté expresamente señalado en el artículo 43, el grado de detalle deberá permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta. En este sentido, hay que recordar que el artículo 8.3.a) de la Directiva 2014/23/UE señala que para calcular el valor estimado de la concesión se deberá tener en cuenta *“el valor de cualquier tipo de opción”*.

Conviene resaltar, además, que las cláusulas que prevean la modificación no podrán contemplar modificaciones u opciones susceptibles de alterar el carácter global de la concesión (pues ello supondría una modificación sustancial a los efectos de la Directiva).

En cuanto al alcance material de las cláusulas que regulan las modificaciones en la documentación contractual debe, por razones obvias, ser abierto y atender a la concreta naturaleza de la concesión y a las características de la explotación.

<sup>48</sup> Como sí sucede, por ejemplo, en los artículos 106 y 107 del TRLCSP.

La Directiva 2014/23/UE, en sus Considerandos, apunta algunos ejemplos orientativos de su posible contenido, tales como indexaciones de precios, garantías de idoneidad de las prestaciones debidas ante cambios tecnológicos, adaptaciones o actualizaciones que vengan derivadas de las necesidades de funcionamiento o mantenimiento del bien o servicio, intervenciones excepcionales para garantizar la continuidad del servicio público, etc.

### *c.2) Necesidad de obras y servicios adicionales*

La Directiva 2014/23/UE también es consciente de que los poderes y las entidades adjudicadoras pueden afrontar situaciones en las que resulte necesario llevar a cabo obras o servicios adicionales no previstos en la concesión original.

Por ello, en su artículo 43.1.b), considera justificada una modificación de la concesión inicial para que sea el concesionario original quien ejecute estas obras o servicios adicionales, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que un cambio de concesionario no sea viable por razones económicas o técnicas<sup>49</sup>, o genere inconvenientes significativos, o un aumento sustancial de costes.
- Que el posible aumento de valor no supere el cincuenta por ciento (50%) del valor de la concesión original<sup>50</sup>, en caso de que el objeto de la concesión no esté vinculado al ejercicio de una de las actividades previstas en el ANEXO

<sup>49</sup> Tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente o con los servicios o instalaciones adquiridos en el marco de la concesión inicial.

<sup>50</sup> El precio actualizado será el valor de referencia, si la concesión incluye una cláusula de indexación. Si la concesión no incluye una cláusula de indexación, el valor actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media en el Estado miembro del poder o entidad adjudicadora.

II de la Directiva 2014/23/UE <sup>51</sup>. En el supuesto de que se lleven a cabo varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas.

En todo caso, en el supuesto de modificaciones consecutivas, las mismas no podrán tener por objetivo eludir las reglas establecidas por la Directiva 2014/23/UE. Igualmente, aunque no se indique de manera expresa, parece razonable entender que las modificaciones habrán de responder exclusivamente a la causa objetiva que las motiva y no alterar las condiciones esenciales de la licitación.

Finalmente, como mecanismo de garantía y control, el artículo 43 prevé que los poderes o entidades adjudicadoras que hayan modificado una concesión sobre la base de este presupuesto deberán publicar un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea, en los términos previstos en el artículo 33 y en el ANEXO XI de la Directiva 2014/23/UE.

### *c.3) Por causas imprevistas*

El artículo 43.1.c) de la Directiva 2014/23/UE prevé también la posibilidad de modificar la concesión por causas imprevistas.

El Considerando (76) de la Directiva 2014/23/UE delimita este supuesto, al aclarar que el concepto de circunstancias imprevisibles al que alude el artículo 43 hace referencia a “*aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto*”

<sup>51</sup> Las actividades incluidas en el ámbito de aplicación del ANEXO II de la Directiva se encuadran en los siguientes sectores: gas y calefacción, electricidad, servicios de transporte, puertos y aeropuertos, servicios postales, extracción de petróleo y gas, prospección y extracción de carbón u otros combustibles sólidos.

concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible”.

Asimismo, el citado artículo 43.1.c) –abstracción hecha del elemento esencial de que la necesidad de la modificación resulte de circunstancias que un poder o entidad adjudicadora diligente no hubiera podido prever- establece dos requisitos adicionales para que tal modificación se pueda llevar a cabo, respetando, siempre, los principios derivados de los Tratados comunitarios:

- Que la modificación no altere el carácter global de la concesión<sup>52</sup>.
- Que el posible aumento de valor no supere el cincuenta por ciento (50%) del valor de la concesión original<sup>53</sup>, en caso de que el objeto de la concesión no esté vinculado al ejercicio de una de las actividades previstas en el ANEXO II de la Directiva 2014/23/UE<sup>54</sup>. Si se llevan a cabo varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de ellas. No podrán tener por objetivo eludir las reglas establecidas por la Directiva 2014/23/UE.

<sup>52</sup> Por ejemplo, se entiende que se altera el carácter global de la concesión si se sustituyen las obras que deban ejecutarse o los servicios que deban prestarse por otros diferentes, o si se modifica de forma fundamental el tipo de la concesión.

<sup>53</sup> El precio actualizado será el valor de referencia si la concesión incluye una cláusula de indexación. Si la concesión no incluye una cláusula de indexación, el valor actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media en el Estado miembro del poder o entidad adjudicadora.

<sup>54</sup> Las actividades incluidas en el ámbito de aplicación del ANEXO II de la Directiva pertenecen a los siguientes sectores: gas y calefacción, electricidad, servicios de transporte, puertos y aeropuertos, servicios postales, extracción de petróleo y gas, prospección y extracción de carbón u otros combustibles sólidos.

Finalmente, como mecanismo de garantía y control, el artículo 43 prevé que los poderes o entidades adjudicadoras que hayan modificado una concesión sobre la base de este presupuesto deberán publicar un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea, en los términos previstos en el artículo 33 y en el ANEXO XI de la Directiva 2014/23/UE.

*c.4) En determinados supuestos de sustitución del concesionario*

Tal y como veremos posteriormente, la Directiva 2014/23/UE sostiene que, con arreglo a los principios de igualdad de trato y transparencia, el licitador adjudicatario no puede ser sustituido por otro operador económico sin la convocatoria de una nueva licitación.

No obstante, el artículo 43.1.d) de la Directiva exceptúa esta regla general en determinados supuestos, en los que entiende que no se deben exigir automáticamente nuevos procedimientos de adjudicación de la concesión ejecutada por el licitador. En particular, cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario, como consecuencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- Que dicha posibilidad se contemple como una opción o cláusula de revisión inequívoca en la documentación inicial que ha servido de base para la licitación de la concesión.
- La sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial -en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia- por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente.

Como condición general a todas las anteriores, la sustitución no podrá implicar otras modificaciones sustanciales del contrato, ni tener por objeto eludir la aplicación de la Directiva 2014/23/UE.

Asimismo, la sustitución del concesionario se permite en caso de asunción por el propio poder o entidad adjudicadora de las obligaciones del concesionario principal en relación con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la correspondiente legislación nacional.

*c.5) En caso de modificaciones no sustanciales*

El epígrafe e) del artículo 43.1 de la Directiva 2014/23/UE contempla una suerte de cláusula residual, en virtud de la cual no se hace necesario iniciar un nuevo procedimiento de licitación cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales.

A estos efectos, y sin perjuicio de lo que más adelante se señalará, una modificación de una concesión durante su período de vigencia se considerará como modificación sustancial cuando tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio.

*c.6) Modificaciones que no superen determinados umbrales*

El artículo 43.2 de la Directiva 2014/23/UE también establece un criterio cuantitativo a la hora de determinar la posibilidad de articular modificaciones concesionales.

Así, no es necesario llevar a cabo un nuevo procedimiento de licitación si el valor de la modificación de la concesión es inferior a los dos valores siguientes:

- El umbral indicado en el artículo 8 de la Directiva 2014/23/UE (5.186.000 EUR).
- El diez por ciento (10%) del valor inicial de la concesión<sup>55</sup>.

No obstante, la aplicación de este supuesto está sujeta a que tal modificación no suponga una alteración global de la concesión<sup>56</sup>. Del mismo modo, hay que tener en cuenta que, cuando se realicen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará tomando como base el valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

En relación con estas modificaciones, el artículo 43.2 de la Directiva 2014/23/UE determina que no será necesario verificar si se cumplen o no las condiciones previstas en las letras a) y d) del artículo 43.4<sup>57</sup>.

**MODIFICACIONES SIN NECESIDAD DE NUEVA LICITACIÓN (43.1 y 43.2):**

- A) Modificaciones previstas inicialmente.
- B) Causas imprevistas.
- C) Obras y servicios adicionales.
- D) Algunos supuestos de sustitución del concesionario.
- E) Modificaciones no sustanciales.
- F) Inferiores a umbrales cuantitativos.

<sup>55</sup> El precio actualizado será el valor de referencia si la concesión incluye una cláusula de indexación. Si la concesión no incluye una cláusula de indexación, el valor actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media en el Estado miembro del poder adjudicador o la entidad adjudicadora.

<sup>56</sup> Por lo tanto, se recoge implícitamente el criterio de que una modificación que sea inferior a ese diez por ciento no debe ser rechazada automáticamente como no sustancial.

<sup>57</sup> La primera relativa a la introducción de condiciones que habrían permitido la participación de otros licitadores o la selección de una oferta diferente. La segunda aborda la cuestión de la sustitución del adjudicatario.

d) Modificaciones sustanciales que implican la necesidad de un nuevo procedimiento de licitación

La Directiva 2014/23/UE entiende que la modificación de una concesión durante su período de vigencia se considerará sustancial cuando *“tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio”*.

A la vista de lo anterior, el término “modificación sustancial” es un concepto jurídico indeterminado, por lo que resulta complejo establecer fórmulas de general aplicación. Antes bien, el análisis de esta cuestión ha de llevarse a cabo caso por caso, teniendo en cuenta las características de la alteración pretendida.

Resulta evidente, no obstante, que se pueden establecer unos parámetros razonables para determinar qué supuestos podrían tener el carácter de sustancial.

En tal sentido, el citado artículo 43.4 establece que la modificación de una concesión se considerará sustancial cuando se cumpla una de las siguientes condiciones:

i) Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la elección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente, o la aceptación de una oferta distinta a la aprobada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión.

Esta condición contempla uno de los primeros criterios que estableció la Jurisprudencia comunitaria para considerar esencial o sustancial la modificación de un contrato. Se trata, concretamente, de la STJUE de 29 de abril de 2004 (asunto C-496/99, Comisión/CAS Succhi di Frutta SpA), cuyo alcance

ha sido concretado posteriormente por otras sentencias.

En virtud de la misma, si una entidad concedente desea que por determinadas razones puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente en el anuncio de licitación esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de todo ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta.

En el caso de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad concedente pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, el procedimiento no puede continuar válidamente aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente.

En particular, la Sentencia considera que es esencial introducir estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación, habrían permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente. Tal modificación vulneraría los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas.

ii) Que la modificación altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo no previsto en la concesión inicial.

Esta condición recoge el criterio establecido, entre otras, por la STJUE de 19 de junio de 2008 (asunto C-454/06), en virtud de la cual *“una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del*



*contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial*<sup>58</sup>.

iii) Que la modificación amplíe de manera considerable el ámbito de la concesión.

Esta condición, al igual que las anteriores, recoge una consolidada Jurisprudencia del TJUE<sup>59</sup>, según la cual, no podrán realizarse modificaciones con el fin de ampliar el objeto del contrato para que éste pueda cumplir nuevas finalidades no contempladas en la documentación preparatoria del mismo<sup>60</sup>.

Así, por ejemplo:

- La STJUE de 19 de junio de 2008 (asunto C-454/06) considera que la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el objeto del contrato, en gran medida, a servicios no previstos inicialmente.
- La STJUE de 13 de abril de 2010 (asunto C-91/08) aplica el criterio de la sentencia anterior también a las concesiones de servicios, para garantizar el respeto a los principios derivados de los Tratados comunitarios (a pesar de que las mismas no estaban incluidas en el ámbito

objetivo de aplicación de las Directivas 18/2004 y 17/2004).

- La STJUE de 22 de abril de 2010 (asunto C-423/07) aunque no abordaba en sentido estricto un supuesto de modificación<sup>61</sup>, consideró contrario al Derecho comunitario la atribución al concesionario de la ejecución de diversas obras complementarias no previstas en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones<sup>62</sup>.

La Jurisprudencia anterior debería interpretarse sistemáticamente en el caso de las concesiones de obras y servicios y, por lo tanto, el carácter sustancial comprendería “ampliaciones considerables” tanto desde un punto de vista funcional (nuevas prestaciones), como territorial.

Finalmente, interesa mencionar, a modo de ejemplo, que algunas Juntas Consultivas ya han abordado esta problemática en concesiones, aplicando criterios interpretativos semejantes.

Así, el Informe 1/2013, de 11 de abril, de la JCCA de la Generalitat de Catalunya, en relación con la posibilidad de ampliar el ámbito territorial de un contrato de gestión de servicios públicos para el abastecimiento de agua potable en un municipio, o el Informe 10/2012, de 11 de abril, de la JCCA de Aragón, que se pronuncia sobre la procedencia de ampliar el ámbito territorial de una concesión para la

<sup>58</sup> La Sentencia analiza varios supuestos. Entre ellos, la alteración de la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial (sobre esta base, cabe entender el ejemplo de la Directiva en referencia a la posibilidad de prever expresamente en la documentación inicial de la concesión modificaciones de las cláusulas relativas a las indexaciones de precios). Por otra parte, la JCCA de Aragón, en su Informe 24/2013, de 25 de noviembre, aplicó este criterio al abordar la ampliación de plazo de una concesión más allá de los límites previstos en el TRLCSP, con el fin de restablecer el equilibrio económico de una concesión en beneficio del adjudicatario.

<sup>59</sup> También incorporada en el artículo 105.2 del TRLCSP.

<sup>60</sup> O, en directa relación con esta cuestión, incorporar prestaciones que puedan ser susceptibles de utilización o aprovechamiento independiente.

<sup>61</sup> Puesto que la Administración entendió que se trataba de obras emprendidas por iniciativa del concesionario.

<sup>62</sup> Se trata de la conocida sentencia en relación con la autopista A-6 y la ejecución de las siguientes obras complementarias: i) la construcción de un tercer carril de circulación por sentido en el tramo de peaje de la autopista A-6 situado entre la localidad de Villalba y la conexión del Valle de los Caídos; ii) la construcción de un tercer carril reversible en el tramo de peaje de la autopista A-6 situado entre el enlace del Valle de los Caídos y la ciudad de San Rafael, incluida la construcción de un nuevo túnel; y iii) la construcción de un cuarto carril de circulación por sentido en el tramo gratuito de la autopista A-6 situado entre las ciudades de Madrid y Villalba.

prestación del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos.

iv) Cuando un nuevo concesionario sustituya a aquel al que el poder o entidad adjudicadora haya adjudicado inicialmente la concesión, en supuestos diferentes a los previstos en la letra d) del artículo 43.1 de la Directiva 2014/23/UE

Tal y como se ha expuesto en apartados anteriores, la Directiva 2014/23/UE analiza en diversas ocasiones los supuestos de cambio de concesionario. Y, conforme a lo señalado en su Considerando (77), *“con arreglo a los principios de igualdad de trato y transparencia, el licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador económico sin la convocatoria de una nueva concesión”*.

Esta afirmación se basa, entre otras cuestiones, en la STJUE de 19 de junio de 2008 (asunto C-454/06), que determina que una cesión de participaciones sociales *“a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50”*.

Consecuentemente, la Directiva 2014/23/UE entiende que la sustitución del concesionario es una modificación sustancial, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, o en supuestos de reorganización interna o empresarial del concesionario (ambas excepciones contempladas en la STJUE de 19 de junio de 2008).

Teniendo en cuenta lo anterior, a primera vista podría plantearse la compatibilidad de la ya tradicional regulación de la cesión del contrato en la normativa española con la nueva regulación, y la

Jurisprudencia del TJUE de la que trae causa. Esta cuestión se planteó en el Dictamen del Consejo de Estado nº 1748/2011, de 3 de noviembre de 2011, sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con la redacción del actual artículo 226 del TRLCSP.

Concretamente, se planteaba la conveniencia de añadir en el apartado 1 del artículo 226 (*“los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato”*) un inciso *“tendente a asegurar que no se incurre en restricción a la concurrencia”*, y ello precisamente sobre la base de lo señalado en la STJUE de 19 de junio de 2008 (asunto C-454/06).

El Consejo de Estado resolvió la cuestión planteada en los siguientes términos:

*“Ciertamente, la ratio decidendi del caso no necesariamente debe llevarse al artículo 226 del texto refundido de la LCSP, relativo a la cesión de los contratos, cuyo único límite a la cesión se sitúa -como se ha visto- en el dato de que las circunstancias personales del cedente hubiesen sido determinantes para la adjudicación del contrato.*

*Pero también es cierto que la facultad de aclarar y armonizar puede incluir la de precisar ciertas normas en el sentido en que han sido interpretadas por la jurisprudencia.*

*En el caso del artículo 226, podría en efecto introducirse alguna precisión relativa, no solo a que la cesión no debe restringir la competencia (objetivo por lo demás general de las normas sobre contratación pública, conforme al artículo 1.1 y la disposición adicional vigésimo tercera del texto refundido), sino también a que la cesión de derechos y obligaciones no podrá válidamente realizarse cuando suponga una alteración total de la parte contratante, si la*

*consideración de esta es la de un elemento esencial del contrato”.*

En similares términos se recogió en la redacción final del artículo 226.1 del TRLCSP: *“los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato”.*

Entendemos que la interpretación realizada en el ordenamiento español es razonable. Más aún teniendo en cuenta que los documentos relativos a la licitación de concesiones suelen contemplar la posibilidad de cesión, por remisión al TRLCSP. También porque los ejemplos planteados en la Directiva parecen referirse a supuestos bastante específicos, como, por ejemplo, *“cuando se rescinda una concesión con motivo de deficiencias en la ejecución”*, y no a la casuística habitual (adquisiciones, reorganización de grupos empresariales, etc.).

#### MODIFICACIÓN SUSTANCIAL (43.4):

- A) Nuevas condiciones que hubieran permitido mayor concurrencia o la selección de otra oferta.
- B) Alteración del equilibrio económico a favor del concesionario en un modo no previsto en la concesión.
- C) Ampliación del ámbito de la concesión.
- D) Sustitución del concesionario en supuestos diferentes al art 43.1.d)

## 16. LA SUBCONTRATACIÓN

El artículo 42 de la Directiva 2014/23/UE regula diversas cuestiones en relación con las condiciones en las que los concesionarios deberán llevar a cabo la subcontratación, con la finalidad de dotarla de mayor transparencia y garantizar, también, el cumplimiento de las políticas y objetivos comunitarios.

En primer lugar, el apartado 1 del artículo 42 establece la obligación para los Estados miembros de asegurar que los subcontratistas cumplan todas las obligaciones que se puedan derivar de la normativa medioambiental, social y laboral, mediante la adopción de las medidas que resulten procedentes (legales, reglamentarias o administrativas)<sup>63</sup>. Algunas de las posibles medidas a adoptar por las autoridades estatales son concretadas posteriormente por el apartado 4 de dicho artículo 42:

- Establecer mecanismos de responsabilidad conjunta en tales materias entre los subcontratistas y el concesionario.
- Verificar si, conforme al artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE, concurren motivos para excluir a algún subcontratista<sup>64</sup>.
- Configurar en su reglamentación nacional normas más estrictas de responsabilidad.

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 42 regula la ya tradicional potestad, reconocida al poder o

<sup>63</sup> Al precisar dichas condiciones, los Estados miembros podrán limitar los supuestos de aplicación de las medidas, con respecto, por ejemplo, a determinados tipos de contrato o a determinadas categorías de poderes adjudicadores, entidades adjudicadoras u operadores económicos, o bien a partir de ciertos importes.

<sup>64</sup> En este caso, el poder o entidad adjudicadora: i) deberá exigir que el operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido en motivos de exclusión obligatoria, o ii) podrá exigirlo, por decisión propia o por requerimiento de un Estado miembro, en caso de que haya incurrido en motivos de exclusión no obligatoria.

entidad adjudicadora, de pedir al licitador, en los documentos relativos a la concesión, que mencione en la oferta la parte de la concesión que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos (ello, sin prejuzgar la responsabilidad del concesionario principal).

Finalmente, el apartado 3 del artículo 42 establece una regulación específica para maximizar la transparencia y el flujo de información en la cadena de subcontratación.

Así, se establece que en el caso de los contratos de obras, y respecto de los servicios que deban prestarse *in situ* bajo la supervisión directa del poder o entidad adjudicadora tras la adjudicación de la concesión y, a más tardar, cuando se inicie la ejecución de ésta, se exigirá por la entidad concedente al concesionario que le comunique el nombre, los datos de contacto y los representantes legales de los subcontratistas que intervengan en las obras o servicios en cuestión, siempre que se conozcan en ese momento.

Asimismo, el poder o entidad adjudicadora deberá exigir al contratista principal que le notifique cualquier modificación que experimente esta información durante el transcurso de la concesión, así como toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas a los que asocie posteriormente a la obra o servicio en cuestión.

La regulación de estas obligaciones tiene, además, otras particularidades:

- Al margen de que en principio el encargado de velar por su cumplimiento sea la entidad concedente, la Directiva contempla también la posibilidad de que sean los Estados miembros quienes impongan directamente al contratista la obligación de facilitar la información exigida.

- La obligación de dar la información necesaria corresponde en cualquier caso al concesionario.
- En principio, las obligaciones de información del apartado 3 del artículo 42 no se aplicarán a los suministradores, ni tampoco a las concesiones de servicios que no se refieran a servicios que deban prestarse *in situ* bajo la supervisión directa del poder o entidad adjudicadora.

Sin perjuicio de lo señalado en el último epígrafe en relación con la limitación del alcance de las obligaciones de información, la Directiva 2014/23/UE prevé que los poderes o entidades adjudicadoras, por decisión propia o por requerimiento de un Estado miembro, puedan hacer extensivas tales obligaciones a

- las concesiones de servicios que no se refieran a servicios que deban prestarse *in situ* bajo la supervisión directa del poder o entidad adjudicador, o a los suministradores que participen en concesiones de obras o de servicios;
- a los subcontratistas de los subcontratistas del concesionario o a los subcontratistas que ocupen un lugar más alejado dentro de la cadena de subcontratación.

En todo caso, ha de remarcarse el alcance limitado de la Directiva 2014/23/UE en relación con la ejecución de las concesiones, para lo cual nos remitimos al Apartado 14 de la presente Nota Informativa. Por ello, la propia Directiva reitera en los diversos epígrafes del artículo 42 la idea de que los Estados miembros pueden regular la subcontratación y, además, tienen la libertad de establecer disposiciones más estrictas en la materia.

## 17. RESOLUCIÓN DE CONCESIONES

Al igual que sucede con la modificación de las concesiones<sup>65</sup>, la Directiva 2014/23/UE considera que, en ciertas circunstancias, los poderes y entidades adjudicadoras deben proceder a la rescisión anticipada de la concesión con objeto de cumplir con obligaciones derivadas de los Tratados comunitarios.

En tal sentido, su artículo 44 establece la obligación de que los Estados miembros se aseguren de que los poderes y entidades adjudicadoras tienen la posibilidad, con arreglo a las condiciones que determine la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su periodo de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

a) Que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE.

b) Que el contratante se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en alguna de las situaciones de prohibición de contratar que contempla el artículo 38.4 de la Directiva 2014/23/UE y, por lo tanto, deba ser excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión.

c) Que el TJUE dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados, debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a los requisitos que le imponen los Tratados o la Directiva 2014/23/UE.

---

<sup>65</sup> De hecho, en íntima conexión, pues la imposibilidad de llevar a cabo una modificación puede implicar su resolución en diversos supuestos.

## 18. LOS CONTRATOS RESERVADOS

El artículo 24 de la Directiva 2014/23/UE establece la posibilidad de que los Estados miembros reserven la participación en procedimientos de adjudicación de concesiones a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas<sup>66</sup>.

Asimismo, los Estados miembros podrán prever la ejecución de concesiones en el contexto de programas de empleo protegido, siempre que, al menos, el treinta por ciento (30%) de los empleados de tales talleres, operadores económicos o programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

En el caso de que se opte por esta alternativa, se deberá hacer mención expresa del artículo 24 de la Directiva 2014/23/UE en el correspondiente anuncio de información previa de la concesión.

## 19. TRATAMIENTO DE LA INNOVACIÓN

Los contratos de concesión son instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de las infraestructuras y los servicios estratégicos, hacen posible que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyen a lograr eficiencia y aportar innovación.

Precisamente, la innovación desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y de la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que da una

---

<sup>66</sup> Una opción de reserva semejante ya se contemplaba en el artículo 19 de la Directiva 18/2004, y también en la disposición adicional quinta del vigente TRLCSP. Trae causa de que los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Para profundizar en la naturaleza de esta medida, conviene remitirse al Informe 59/08, de 31 de marzo de 2009, de la JCCA, o a los Informes de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón 16/2010, de 1 de diciembre, o 16/2011, de 8 de junio.

respuesta a desafíos fundamentales para la sociedad<sup>67</sup>.

La primera mención a la innovación en la Directiva se realiza en su Considerando (53), en virtud del cual *“los Estados miembros deben velar por que los poderes y entidades adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la innovación”*, poniendo esta cuestión en igualdad de plano con la prestación de servicios con un alto nivel de calidad y accesibilidad económica.

Sin embargo, y a pesar de este “prometedor” inicio, lo cierto es que la Directiva 2014/23/UE no introduce tan decididamente la innovación como las nuevas Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE. Ello, probablemente, por su carácter de regulación de mínimos y flexible.

La Directiva 2014/23/UE, al igual que sus “compañeras” en el nuevo paquete de medidas en materia de contratación, contempla, en el apartado 13) de su artículo 5, la definición de “innovación” como la *“introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, de un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización en las prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos sociales o apoyar la estrategia Europa 2020”*.

Del mismo modo, en su artículo 25, la Directiva 2014/23/UE contiene previsiones en relación con los servicios de investigación y desarrollo. Concretamente, excluye de su ámbito de aplicación concesiones de servicios de I+D que podrían englobarse dentro de la contratación precomercial.

---

<sup>67</sup> Pues contribuye a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas, así como amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales, al generar nuevas ideas, plasmarlas en productos y servicios innovadores y fomentar, de este modo, un crecimiento económico sostenible.

Así, se aplicará únicamente a las concesiones de servicios de investigación y desarrollo con números de referencia CPV 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 y 73430000-5, a condición de que se cumplan las dos condiciones siguientes: i) beneficios exclusivos para el poder o entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y ii) remuneración íntegra del servicio por el poder o entidad adjudicadora.

Al margen de lo anterior, el alcance de la innovación en la Directiva 2014/23/UE se centra en los criterios de adjudicación. Como se ha comentado, la adjudicación de las concesiones deberá realizarse basándose en criterios objetivos, los cuales han de garantizar, entre otras cuestiones, la evaluación de las ofertas en unas condiciones de competencia efectiva tales que se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora. A tal fin, podrán incluirse criterios relacionados con la innovación.

Ahora bien, la especial incidencia de la innovación en la adjudicación de concesiones viene reflejada de modo particular en el artículo 43.3 de la Directiva 2014/23/UE.

Si bien el poder o entidad adjudicadora enumerará en orden de importancia decreciente los criterios establecidos, en casos excepcionales en los que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora reciban una oferta que proponga una solución innovadora con un nivel excepcional de rendimiento funcional, tal que un poder o entidad adjudicadores diligentes no habrían podido preverlo, el concedente podrá, excepcionalmente, modificar el orden de los criterios de adjudicación para atender a las nuevas posibilidades que ofrece esta solución innovadora<sup>68</sup>, a condición de que garantice la igualdad de trato a

---

<sup>68</sup> La modificación del orden de clasificación no podrá dar lugar a discriminación.

todos los licitadores efectivos o potenciales, mediante la convocatoria de una nueva licitación o, si procede, mediante la publicación de un nuevo anuncio de concesión.

A tal efecto, el concedente deberá informar a todos los licitadores acerca de la modificación del orden de importancia de los criterios de adjudicación, y emitirá una nueva invitación a presentar ofertas, respetando en todo caso los plazos mínimos previstos en el artículo 39.4 de la Directiva.

Si los criterios de adjudicación se han publicado en el anuncio de la licitación, el poder o entidad adjudicadora deberá publicar un nuevo anuncio, con sujeción a los plazos mínimos previstos en el artículo 39.3 de la Directiva.

Finalmente, el concedente también podrá establecer criterios innovadores a la hora de fijar las condiciones de ejecución de la concesión.

## 20. ENTRADA EN VIGOR. TRANSPOSICIÓN

La Directiva 2014/23/UE entrará en vigor a los veinte (20) días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE de 28 de marzo de 2014).

Los Estados miembros tendrán un plazo máximo de veinticuatro (24) meses desde la entrada en vigor de la Directiva 2014/23/UE para adoptar todas aquellas disposiciones de carácter legal, reglamentario y administrativo que puedan resultar necesarias para garantizar su efectivo cumplimiento –esto es, la Directiva se deberá transponer antes del 18 de abril de 2016-.

La Directiva 2014/23/UE no se aplicará a las concesiones adjudicadas antes del 17 de abril de 2014.

---

Las opiniones jurídicas recogidas en esta Nota Informativa se someten a cualquier otro criterio mejor fundado en Derecho, declinando cualquier responsabilidad como consecuencia de decisiones, acciones u omisiones basadas en su contenido. Se permite la libre distribución del documento, y su enlace a través de Internet. También se autoriza la reproducción total o parcial de su contenido para fines no comerciales, siempre que los extractos sean reproducidos de manera fiel y sin modificaciones, y que se mencionen los autores y la fecha.

---

**Germán Bouso Darriba**

**María Lomas Meneses**



**CONTACTO: [info@papilioabogados.com](mailto:info@papilioabogados.com)**