

LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN (I)

Comentarios a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE de 28-3-2014)

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (“**Directiva 2014/24/UE**” o “**la Directiva**”) pretende modernizar la regulación aplicable a la adquisición de obras, suministros o servicios, y establecer un marco más adecuado al cumplimiento de los objetivos de la Unión Europea (“**UE**”).

Si bien las metas a alcanzar con la nueva regulación tienen diversa naturaleza y alcance, se pueden sintetizar en dos puntos esenciales.

En primer lugar, la Directiva 2014/24/UE trata de implementar procedimientos de adjudicación más

flexibles y adecuados a las necesidades de los poderes adjudicadores, a la vez que persigue maximizar la seguridad jurídica de los operadores económicos, incorporando la Jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”) relativa a la contratación pública. Todo ello con la finalidad última de garantizar el cumplimiento de los principios derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“**TFUE**”) y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia.

Por otra parte, la Directiva 2014/24/UE es plenamente consciente del indudable potencial de las compras públicas como instrumento para alcanzar

FINALIDAD DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE

Su aprobación viene motivada por la necesidad de modernizar las normas vigentes sobre contratación pública para, entre otros objetivos, garantizar la seguridad jurídica, incrementar la eficiencia en el gasto público, facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas y permitir que los poderes adjudicadores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.

los objetivos y prioridades de la UE (de manera destacada, aquellos derivados de la estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador) garantizando, al mismo tiempo, un uso más eficiente de los fondos públicos.

Por ello, entre otros, la Directiva 2014/24/UE incorpora diversos mecanismos para facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas (“PYME”) en la contratación pública, así como para permitir que los poderes adjudicadores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes.

LA NUEVA DIRECTIVA PRETENDE:

1. FLEXIBILIZAR LOS TRÁMITES Y PROCEDIMIENTOS.
2. FACILITAR LA PARTICIPACIÓN DE LAS PYME.
3. AUMENTAR LA EFICIENCIA EN LAS COMPRAS PÚBLICAS.
4. CONTRIBUIR AL LOGRO DE LOS OBJETIVOS SOCIALES DE LA UE.

De manera complementaria, en el Documento de Trabajo de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo de 23 de febrero de 2012 se concretan las razones que justifican el valor añadido de la nueva regulación. Cabe destacar que la Directiva:

i) amplía los procedimientos de adjudicación, y flexibiliza los ya existentes, para incrementar el margen de elección de los poderes adjudicadores;

ii) introduce el concepto de coste del ciclo de vida, así como el de externalidades del proceso de producción;

iii) reduce los requisitos que imponen los poderes adjudicadores a los operadores económicos para demostrar su admisibilidad en un determinado procedimiento de licitación mediante la aclaración y el fomento del uso de las declaraciones responsables y las certificaciones electrónicas;

iv) refuerza las herramientas que utilizan medios electrónicos de comunicación y amplía notablemente las disposiciones en materia de contratación electrónica;

v) mejora los sistemas e instrumentos para racionalizar las adquisiciones de bienes y servicios, y refuerza los instrumentos de agregación de la demanda, regulando de manera explícita y detallada los procedimientos de contratación pública conjunta transfronteriza;

vi) regula las consultas preliminares de mercado en tanto que instrumento de especial utilidad para que los poderes adjudicadores preparen sus contrataciones e informen a los operadores económicos acerca de sus planes y sus requisitos de contratación;

vii) contempla la obligación de que los Estados miembros creen o designen un organismo nacional de supervisión, con vistas a implantar un control más sistemático del cumplimiento de las normas de la UE por parte de los poderes adjudicadores.

Al margen de lo anterior, conviene destacar que la Directiva 2014/24/UE establece una serie de mecanismos para que los poderes adjudicadores puedan hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación y el crecimiento económico sostenible.

En particular, la Directiva 2014/24/UE implementa un nuevo procedimiento específico de adjudicación: la asociación para la innovación. Ello con vistas al

desarrollo y la ulterior adquisición (a largo plazo) por parte de los poderes adjudicadores de nuevos productos, servicios u obras innovadores, siempre que estos se ajusten a un nivel acordado de prestaciones y de costes, sin necesidad de recurrir a la licitación de varios procedimientos de contratación independientes.

LA DIRECTIVA REGULA UN NUEVO
PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN
PARA EL DESARROLLO Y POSTERIOR
ADQUISICIÓN DE OBRAS, SERVICIOS
Y PRODUCTOS INNOVADORES

Finalmente, interesa señalar que en la tramitación de la Directiva 2014/24/UE ante las instituciones comunitarias se ha procurado resaltar que la nueva normativa no tiene por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público. Tampoco es su finalidad obligar a los Estados miembros a subcontratar o externalizar la prestación de aquellos servicios que, bien deseen prestar ellos mismos, bien estimen oportuno organizar de otra manera que no sea mediante contratos públicos.

2. DEFINICIONES RELEVANTES

La Directiva 2014/24/UE pone de manifiesto en el Considerando (4) que uno de sus cometidos es definir con mayor claridad el propio concepto de contratación, a la vista de las formas cada vez más diversas de acción pública en relación con la adquisición de obras, suministros y servicios.

Así, por una parte, en su artículo 1.2 determina que se entiende por contratación *“la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de*

que las obras, los suministros o los servicios estén o no destinados a un fin público”.

Este último inciso tiene por objeto remarcar que el concepto de adquisición debe entenderse de manera amplia, en tanto en cuanto se trata de que los poderes adjudicadores obtengan los beneficios de las obras, suministros o servicios de que se trate, sin que ello implique necesariamente una transferencia de propiedad¹.

Por otra parte, en el apartado 5 de su artículo 2 define los contratos públicos como *“contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”*.

Como veremos, en la práctica, las anteriores definiciones no implican novedad alguna de relieve², teniendo en cuenta, además, que el pretendido alcance clarificador tiene un límite en el citado Considerando (4). No constituye, de hecho, una ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE con respecto al de la Directiva 2004/18/CE.

LA NUEVA REGULACIÓN NO
CONLLEVA UNA AMPLIACIÓN DEL
ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN
DE LA DIRECTIVA 2004/18/CE

Tampoco plantean mayores novedades respecto a la regulación anterior las definiciones de contratos de obras, suministros y servicios contempladas en la Directiva 2014/24/UE.

¹ Conviene igualmente remarcar que la adquisición de obras, suministros o servicios debe estar sujeta a la Directiva, ya se realice mediante adquisición o a través de cualquier otra forma contractual.

² De hecho, la definición de contratos públicos es análoga a la del artículo 1.2.a) de la Directiva 2004/18/CE.

En cuanto a los contratos públicos de obras, se delimitan, en el apartado 6 de su artículo 2, como aquellos cuyo objeto sea uno de los siguientes:

a) *la ejecución, o bien, conjuntamente³, el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II;*

b) *la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de una obra;*

c) *la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por el poder adjudicador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra⁴.*

Conviene resaltar, a estos efectos, que el apartado 7 del artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE define “obra”, en términos idénticos a los de su inmediato precedente legislativo, como “*el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica*”.

Por otra parte, el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE concreta la definición de los contratos públicos de suministro en los siguientes términos: “*los contratos públicos cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos. Un contrato público de suministro podrá incluir, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación*”⁵.

³ La Directiva no pretende imponer una adjudicación separada o conjunta del proyecto y de la ejecución de obras.

⁴ La alusión a la “influencia decisiva” en el inciso final de este apartado es, tal vez, la única diferencia relevante con respecto a la definición contemplada en la Directiva 2004/18/CE. Se justifica en los términos siguientes en el Considerando (9): “*la realización de una obra que cumpla los requisitos especificados por el poder adjudicador requiere a su vez que dicho poder tenga que haber tomado medidas para definir el tipo de obra o, al menos, que haya ejercido una influencia decisiva en su proyecto. El hecho de que el contratista ejecute toda o parte de la obra por sus propios medios o vele por su ejecución por otros medios no debe modificar la calificación del contrato como contrato de obra, siempre que el contratista asuma una obligación directa o indirecta, ejecutable jurídicamente, de garantizar que las obras se ejecuten*”.

⁵ No introduce ninguna particularidad con respecto a la definición recogida en la Directiva 2004/18/CE.

Para concluir con la delimitación de los negocios jurídicos objeto de la Directiva⁶, el apartado 9 de su artículo 2 define los contratos públicos de servicios como aquellos “*cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos de aquellos a los que se refiere el punto 6*”⁷.

Tampoco esta descripción se aparta de la señalada en la regulación precedente.

Visto lo anterior, cabe afirmar que, a salvo de modulaciones de menor entidad, el alcance teórico de los tipos contractuales no sufre variación alguna con respecto a la Directiva 2004/18/CE. Ello al margen de que se suprimen las definiciones de las concesiones de obras y de servicios, que son objeto de regulación específica en la nueva Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Sin embargo, la Directiva 2014/24/UE sí contempla en su artículo 2 algunos conceptos que deben ser ahora analizados, toda vez que reflejan una parte de los aspectos modernizadores de la nueva regulación.

En primer lugar, buscando maximizar las posibilidades que ofrecen la agregación de la demanda y la centralización de las compras, y teniendo igualmente en cuenta la teórica necesidad de reducir los costes de transacción y de mejorar la gestión de la contratación, el apartado 15 del artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE define las actividades

⁶ Sin perjuicio de los concursos de proyectos, cuya definición contempla el apartado 21 del artículo 2 de la Directiva, como “*el procedimiento que permite al poder adjudicador adquirir planes o proyectos, principalmente en los ámbitos de la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura y la ingeniería o el tratamiento de datos; dichos planes o proyectos serán seleccionados por un jurado después de haber sido objeto de una licitación, con o sin concesión de premios*”.

⁷ Atendiendo al Considerando (8) de la Directiva, los contratos públicos de servicios, en particular los relativos al ámbito de los servicios de gestión de la propiedad, “*pueden incluir obras en determinadas circunstancias. No obstante, cuando dichas obras sean accesorias al objeto principal del contrato y sean, por tanto, consecuencia posible o complemento del mismo, el hecho de que tales obras estén incluidas en el contrato no justifica que el contrato público de servicios se considere un contrato público de obras*”.

de compra auxiliares como aquellas “*consistentes en la prestación de apoyo a las actividades de compra, en particular en las formas siguientes:*”

a) *infraestructuras técnicas que permitan a los poderes adjudicadores adjudicar contratos públicos o celebrar acuerdos marco de obras, suministros o servicios;*

b) *asesoramiento sobre la realización o la concepción de los procedimientos de contratación pública;*

c) *preparación y gestión de los procedimientos de contratación en nombre del poder adjudicador y por cuenta de este.*

De manera complementaria, el apartado 17 del artículo 2 define el concepto de proveedor de servicios de contratación como “*organismo público o privado que propone actividades de compra auxiliares en el mercado*”.

La Directiva 2014/24/UE permite, por lo tanto, que estas actividades de compras auxiliares se lleven a cabo por organismos públicos o privados. En el primer supuesto, de manera razonable, se articularán a través de las Centrales de Contratación⁸, en conexión con su oferta de actividades de compra centralizada. En el caso de que tales actividades se lleven a cabo por un operador privado a través de un contrato oneroso, se deberá licitar un contrato de servicios, siguiendo para ello los procedimientos de la Directiva 2014/24/UE.

Por otra parte, para garantizar un uso más eficaz y eficiente de los fondos públicos, la Directiva muestra su preferencia por que los poderes adjudicadores, a la hora de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, adopten un planteamiento basado en el coste del ciclo de vida de la obra, servicio o suministro.

⁸ El apartado 16 del artículo 2 incluye a las actividades de compra auxiliares como una de las funciones que pueden llevar a cabo las Centrales de Compras.

La definición de ciclo de vida queda establecida por el apartado 20 del artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE en los siguientes términos: “*todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización*”.

Esta noción, por lo tanto, pretende incluir todos los costes que se pueden generar a lo largo de la vida útil de las obras, suministros o servicios objeto de adquisición.

LA DIRECTIVA MUESTRA SU PREFERENCIA POR QUE LOS PODERES ADJUDICADORES, A LA HORA DE DETERMINAR CUÁL ES LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA, ADOPTEN UN PLANTEAMIENTO BASADO EN EL COSTE DEL CICLO DE VIDA DE LA OBRA, SERVICIO O SUMINISTRO

En relación con esta cuestión, el Considerando (96) de la Directiva 2014/24/UE pone de manifiesto que, dentro de estos costes, también pueden incluirse los atribuidos a factores medioambientales externos, tales como la contaminación provocada por la extracción de las materias primas utilizadas en el producto o la causada por el propio producto o por su fabricación, siempre que puedan cuantificarse en términos monetarios y ser objeto de seguimiento⁹. Incluso sería posible establecer metodologías comunes sobre el cálculo del coste del ciclo de vida social, para evitar distorsiones a la competencia.

⁹ Los métodos utilizados para evaluar los costes atribuidos a factores medioambientales externos deben establecerse previamente de manera objetiva y no discriminatoria, y ser accesibles a todas las partes interesadas.

Finalmente, conviene reiterar aquí que la Directiva 2014/24/UE trata de potenciar de manera relevante la innovación, en tanto que objetivo prioritario de la Estrategia Europa 2020, dados sus beneficiosos efectos sobre la contratación pública, considerada en sí misma, así como en relación con otras políticas de la UE. A tal efecto, el apartado 22 de su artículo 2 introduce la definición de innovación¹⁰. Igualmente, en otros preceptos de la Directiva se desarrollan aspectos novedosos sobre esta cuestión. Debido a su relevancia, se le dedicará un apartado específico en la presente Nota Informativa.

3. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

La Directiva 2014/24/UE, siguiendo el ya tradicional criterio de que una multiplicidad de umbrales de aplicación de las disposiciones de coordinación en materia de contratos públicos es una fuente de complicaciones para los poderes adjudicadores, configura, en su artículo 4, un sencillo esquema para delimitar su ámbito de aplicación.

Así, estarán sujetas a las previsiones de la Directiva las contrataciones cuyo valor estimado, IVA excluido, sea igual o superior a los siguientes umbrales:

a) 5.186.000 EUR, en los contratos de obras;

b) 134.000 EUR, en los contratos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades, órganos y

organismos estatales¹¹, así como en los concursos de proyectos organizados por estos¹²;

c) 207.000 EUR, en los contratos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales¹³, así como en los concursos de proyectos organizados por los mismos¹⁴;

d) 750.000 EUR, en los contratos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el ANEXO XIV.

El valor de la contratación se calculará teniendo en cuenta el importe total a pagar, IVA excluido, incluyendo cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de los contratos que figuren explícitamente en los pliegos de la contratación¹⁵.

Para la concreta determinación del valor estimado del contrato en cada licitación, los apartados 2 a 14 del artículo 5 de la Directiva 2014/24/UE siguen pautas y criterios generales semejantes a los establecidos por la Directiva 2004/18/CE 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 algunas modulaciones. A modo de resumen, cabe destacar los siguientes aspectos:

¹⁰ 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, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, con el objetivo, entre otros, de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

¹¹ Los poderes adjudicadores que figuran en el ANEXO I de la Directiva y, en la medida en que se introduzcan rectificaciones o modificaciones a escala nacional, las entidades que les sucedan.

¹² Este umbral solo se aplicará a los contratos públicos de suministro adjudicados por poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, en el caso de productos contemplados en el ANEXO III de la Directiva.

¹³ Todos los poderes adjudicadores que no sean las autoridades, órganos u organismos estatales.

¹⁴ Este umbral se aplicará también a los contratos públicos de suministro adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales que operen en el sector de la defensa, cuando estos contratos tengan por objeto productos no contemplados en el ANEXO III.

¹⁵ Igualmente, para el cálculo del valor estimado del contrato, se tendrá en cuenta la cuantía de los hipotéticos premios o pagos a los candidatos o licitadores que haya previsto el poder adjudicador.

i) cuando un poder adjudicador esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales¹⁶;

ii) para los acuerdos marco y para los sistemas dinámicos de adquisición, se tendrá en cuenta el valor máximo estimado del conjunto de contratos previstos durante la duración total del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición;

iii) cuando la realización de una obra, la contratación de unos servicios o la obtención de unos suministros homogéneos pueda dar lugar a la adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes¹⁷;

iv) en las asociaciones para la innovación¹⁸, el valor que se tendrá en cuenta será el valor máximo estimado de las actividades de investigación y desarrollo (“I+D”) que se realizarán a lo largo de todas las etapas de la asociación, así como de los suministros, servicios u obras que se desarrollarán y adquirirán al final de la misma.

Por otra parte, la Directiva 2014/24/UE también establece una serie de reglas para calcular el valor

estimado de las tres tipologías de contratos (obras, servicios y suministros):

i) respecto de los contratos de obras, se tendrá en cuenta tanto el coste de las obras como el valor total estimado de los suministros y servicios que los poderes adjudicadores pongan a disposición del contratista, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras;

ii) respecto de los contratos de suministro o de servicios que tengan un carácter periódico, o que se deban renovar en un período de tiempo determinado, la base de cálculo será la siguiente:

- bien el valor real total de los contratos sucesivos similares adjudicados durante el ejercicio económico precedente o durante los doce (12) meses anteriores¹⁹,
- bien el valor total estimado de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega, o durante el ejercicio económico, si este excede de los doce meses;

iii) respecto de los contratos de suministro que sean relativos al arrendamiento financiero, al arrendamiento o la venta a plazos de productos, la base de cálculo será la siguiente:

- en el caso de los contratos de duración determinada, cuando esta sea igual o inferior a doce (12) meses, el valor total estimado para el período de duración del contrato, o, cuando el período de duración del contrato sea superior a doce (12) meses, su valor total, incluido el valor residual estimado;

¹⁶ Excepción hecha de los supuestos en los que una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ésta.

¹⁷ Se pretende con ello evitar la fragmentación de las contrataciones en lotes con la intención de eludir la aplicación de la Directiva. Así, la regla general a tener en cuenta es la siguiente: si el valor acumulado de los lotes es igual superior a los umbrales establecidos en el artículo 4, se aplicará la Directiva 2014/24/UE a la adjudicación de cada lote. No obstante, la propia Directiva establece una singularidad. Así, los poderes adjudicadores tendrán la posibilidad de adjudicar contratos por lotes individuales sin aplicar los procedimientos previstos en la Directiva, siempre que el valor estimado del lote de que se trate sea inferior a 80.000 EUR para los suministros o servicios, o a 1.000.000 EUR para las obras. En este caso, el valor acumulado de los lotes adjudicados no debe superar el veinte por ciento (20%) del valor acumulado de la totalidad de los lotes.

¹⁸ Un nuevo procedimiento de adjudicación, cuyas características se desarrollarán en epígrafes posteriores.

¹⁹ Ajustado cuando sea posible para tener en cuenta los cambios de cantidad o valor que pudieran sobrevenir durante los doce (12) meses posteriores al contrato inicial.

- en el caso de los contratos de duración indeterminada, o cuya duración no pueda definirse, el valor mensual multiplicado por 48;

iv) respecto de los contratos de servicios, la base de cálculo será, según proceda:

- servicios de seguros: la prima y otras formas de remuneración,
- servicios bancarios y otros servicios financieros: los honorarios, las comisiones, los intereses, así como otras formas de remuneración,
- contratos que impliquen un proyecto: los honorarios, las comisiones y otras formas de remuneración;

v) respecto de los contratos de servicios en los que no se indique un precio total, la base de cálculo será la siguiente:

- en el caso de los contratos de duración determinada, cuando ésta sea igual o inferior a cuarenta y ocho (48) meses: el valor total correspondiente a toda su duración,
- en el caso de los contratos de duración indeterminada o superior a cuarenta y ocho (48) meses: el valor mensual multiplicado por 48.

Al margen de lo anterior, conviene resaltar que la Directiva 2014/24/UE también se aplicará, en virtud de su artículo 13, a contratos subvencionados directamente en más de un cincuenta por cien (50%)²⁰ por los poderes adjudicadores²¹, en los siguientes supuestos:

²⁰ Al igual que sucedía en el artículo 8 de la Directiva 2004/18/CE.

²¹ Los poderes adjudicadores que concedan las subvenciones tienen la obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Directiva cuando no sean ellos los que

- contratos de obras cuyo valor estimado, IVA excluido, sea igual o superior a 5.186.000 EUR, cuando tales contratos tengan por objeto: i) actividades de ingeniería civil enumeradas en el ANEXO II de la Directiva, u ii) obras de construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos y de ocio, edificios escolares y universitarios y edificios de uso administrativo,

- contratos de servicios cuyo valor estimado, IVA excluido, sea igual o superior a 207.000 EUR, siempre que estén vinculados a las obras enumeradas en el epígrafe anterior.

Finalmente, para concluir este apartado, es necesario llamar la atención sobre la relación entre la regulación contemplada en la Directiva 2014/24/UE -de aplicación si se superan los umbrales citados- y el margen de maniobra del legislador estatal cuando proceda a la incorporación de la Directiva 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 aquellos contratos públicos que no superen los umbrales cuantitativos de la Directiva 2014/24/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 contratos estarán sometidos, por lo tanto, también a publicidad y

adjudiquen los contratos subvencionados, o cuando los adjudiquen en nombre y por cuenta de otras entidades.

conurrencia, aunque con un esquema menos exigente, que podría variar igualmente en función de la entidad del sector público de que se trate).

4. EXCLUSIONES

Además de los contratos públicos cuyo importe sea inferior a los umbrales previstos en el artículo 4, la Directiva 2014/24/UE prevé específicamente la exclusión de diversas relaciones jurídicas que materialmente encajarían en su ámbito de aplicación, estableciendo paralelismos significativos con los supuestos ya contemplados en la Directiva 2004/18/CE.

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

i) los contratos públicos y los concursos de proyectos que, de conformidad con la Directiva 2014/25/UE²², sean adjudicados u organizados por poderes adjudicadores que ejerzan una o varias de las actividades mencionadas en los artículos 8 a 14 de dicha Directiva, y que se adjudiquen para el ejercicio de tales actividades²³;

ii) los contratos públicos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25/UE, en virtud de sus artículos 18, 23 y 34²⁴;

iii) contratos celebrados por un poder adjudicador que preste servicios postales, para la realización de las siguientes actividades:

- servicios vinculados a medios electrónicos y prestados íntegramente por esta vía²⁵,
- determinados servicios financieros que incluyen, en particular, los giros postales y las transferencias postales,
- servicios filatélicos,
- servicios logísticos²⁶;

iv) los contratos públicos y los concursos de proyectos cuyo objeto principal sea permitir a los poderes adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones o la prestación al público de uno o varios servicios de comunicaciones electrónicas²⁷;

v) los contratos públicos y los concursos de proyectos que el poder adjudicador esté obligado a adjudicar u organizar de conformidad con procedimientos establecidos en virtud de un acuerdo, institución financiera u organización que tengan carácter internacional²⁸;

vi) los contratos públicos de servicios destinados, entre otros, a la adquisición o el arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes

²² 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.

²³ Sin perjuicio del hecho de que los contratos adjudicados por poderes adjudicadores en el marco de sus actividades de explotación de servicios de transporte marítimo, costero o fluvial entran efectivamente en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/CE.

²⁴ Relativos, respectivamente, a: i) contratos adjudicados a efectos de reventa o arrendamiento financiero a terceros; ii) contratos adjudicados para la compra de agua y para el suministro de energía o de combustibles destinados a la generación de energía; iii) contratos destinados a hacer posible la prestación de una actividad sometida directamente a la competencia.

²⁵ Incluyendo la transmisión segura de documentos codificados por vía electrónica, los servicios de gestión de direcciones y la transmisión de correo electrónico certificado.

²⁶ Servicios que combinan la distribución física y/o el depósito con otras funciones no postales.

²⁷ Las definiciones de “redes públicas de comunicaciones”, así como de “servicios de comunicaciones electrónicas” se contemplan en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

²⁸ Con carácter general, contrataciones reguladas por normas internacionales específicas.

inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes; la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o de comunicación radiofónica; determinados servicios jurídicos; servicios financieros ligados a la emisión, compra, venta o transmisión de títulos u otros instrumentos financieros, y las operaciones realizadas en el marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y en el Mecanismo Europeo de Estabilidad; campañas electorales adjudicadas por un partido político²⁹, etc.;

vii) contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador a otro poder adjudicador o a una asociación de poderes adjudicadores, sobre la base de un derecho exclusivo del que estos gocen en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el TFUE;

viii) las relaciones “in house providing” o entre entidades del sector público, esto es, contratos adjudicados por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado, siempre que se cumplan determinadas condiciones³⁰;

ix) determinados contratos de servicios de investigación y desarrollo que encajarían en la tradicional definición de compra precomercial, esto es, contratos de servicios de I+D en los que:

- el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso en

exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y los beneficios de la I+D que sea necesario emplear para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado,

- el servicio no es íntegramente remunerado por el poder adjudicador;

x) algunos contratos públicos y concursos de proyectos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad³¹;

xi) los contratos públicos³² relativos 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.

5. LAS RELACIONES “IN HOUSE”

a) Régimen general

Tal y como se ha señalado con anterioridad, el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE excluye de su ámbito de aplicación las relaciones “in house providing” o entre entidades del sector público, siempre que se cumplan determinadas condiciones.

En relación con esta cuestión, el Considerando (31) de la Directiva 2014/24/UE pone de manifiesto la inseguridad jurídica existente hasta la fecha en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre

²⁹ Por otra parte, en relación con la extensión del ámbito subjetivo de la Directiva a los partidos políticos, su Considerando (29) señala que “es conveniente recordar que la presente Directiva solo se aplica a los poderes adjudicadores de Estados miembros. Por consiguiente, los partidos políticos en general no están sometidos a sus disposiciones al no tratarse de poderes adjudicadores. Sin embargo, puede darse el caso, en algunos Estados miembros, de partidos políticos que se incluyan en el concepto de organismos de Derecho público”.

³⁰ Teniendo en cuenta su relevancia, esta exclusión se abordará de manera específica en el siguiente apartado de la Nota Informativa.

³¹ En esencia: i) los incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/81/CE; ii) los excluidos de la aplicación de la Directiva 2009/81/CE en virtud de sus artículos 8, 12 y 13; iii) aquellos en los que la protección de los intereses esenciales de seguridad de un Estado miembro no pueda garantizarse con medidas que supongan una menor injerencia, y iv) aquellos excluidos en virtud del artículo 346 TFUE.

³² Los contratos de servicios, según la Directiva, están incluidos en los siguientes códigos CPV: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9; 85143000-3.

entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública, pues la abundante Jurisprudencia del TJUE en la materia ha sido objeto de interpretaciones diferentes por parte de los Estados miembros e, incluso, por los distintos poderes adjudicadores.

Para solventar este problema, el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE contempla una detallada regulación de esta cuestión, precisando en qué casos los contratos celebrados entre entidades del sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública.

En resumen, los condicionantes de cumplimiento obligatorio establecidos al efecto por el TJUE para la adjudicación directa de contratos públicos en estos supuestos, que recoge y desarrolla el citado artículo 12 de la Directiva, son los siguientes³³:

a.1) *Control análogo*

El primero de los requisitos exigidos para poder aplicar la excepción consiste en que el poder adjudicador ha de ejercer sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios³⁴.

A estos efectos, la Directiva 2014/24/UE establece que se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios cuando su influencia sea decisiva sobre objetivos estratégicos y

³³ Solo se puede dar la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva cuando se cumplan todos ellos.

³⁴ Según reiterada Jurisprudencia (por todas, STJUE de 29 de noviembre de 2012, asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11) existe un control análogo cuando la entidad de que se trate esté sometida a un control que permita al poder adjudicador influir en las decisiones de aquella. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la entidad sometida a control. Es decir, el poder adjudicador debe estar en condiciones de ejercer sobre la entidad de que se trate un control efectivo, tanto estructural como funcional.

decisiones significativas de la persona jurídica controlada.

Igualmente, señala que dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador.

Finalmente, conviene destacar que, si bien el control ejercido sobre una entidad interna ha de ser efectivo, no es esencial que se ejerza individualmente, sino que puede realizarse conjuntamente.

En tal sentido, el artículo 12.3 de la Directiva 2014/24/UE regula los requisitos que se han de cumplir³⁵ de manera obligatoria para entender que varios poderes adjudicadores ejercen un control conjunto sobre una persona jurídica, a saber:

- que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores que participen³⁶;
- que esos poderes adjudicadores puedan ejercer de manera conjunta una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada;
- que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

Se ha de tener en cuenta que, para aplicar la exclusión de la Directiva 2014/24/UE en estos supuestos de control conjunto, también será necesario cumplir con los restantes requisitos generales exigidos por el artículo 12 -analizados en el presente epígrafe-.

³⁵ Han de cumplirse todos ellos.

³⁶ Cada representante puede ejercer sus funciones bien en relación con varios poderes adjudicadores participantes, bien en relación con la totalidad de los mismos.

a.2) *Ejecución de la parte esencial de la actividad con el poder adjudicador*

Para beneficiarse de la excepción, el segundo requisito que ha de cumplir la persona jurídica controlada consiste en desarrollar la parte esencial de su actividad con el poder adjudicador que la controla, o con las entidades vinculadas a este último.

Tal y como señala la STJUE de 11 de mayo de 2006 (asunto C-340/04), la finalidad de esta condición es garantizar que la normativa de contratación pública siga siendo aplicable en el caso de que una entidad controlada por uno o varios poderes adjudicadores opere en el mercado, evitando así que se falsee la competencia³⁷.

Para concretar qué se entiende por “*parte esencial de la actividad*”, la Directiva 2014/24/UE establece que la persona jurídica controlada ha de dedicar más del ochenta por ciento (80%)³⁸ de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, con independencia de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato³⁹.

Consecuentemente, la persona jurídica controlada puede establecer relaciones con empresas del sector privado, siempre que sean accesorias a su actividad esencial (la ejecución de las tareas atribuidas por el poder adjudicador o por otra entidad controlada por este último).

³⁷ Se considera, además, que una persona jurídica no carece necesariamente de libertad de acción por el mero hecho de que el ente territorial al que pertenece controle las decisiones que la conciernen, si aún puede desarrollar una parte importante de su actividad económica con otros operadores económicos.

³⁸ Este porcentaje ya se encontraba previsto en relación con las empresas asociadas en la Directiva 93/38/CEE y en la posterior Directiva 2004/17/CE.

³⁹ Bien el propio poder adjudicador, bien, en su caso, el usuario de los servicios. Teóricamente, carece de relevancia quién remunera a la persona jurídica -poder adjudicador o usuario-.

Para determinar el concreto porcentaje de actividades, habrá de estarse a los criterios establecidos en el artículo 12.5 de la Directiva 2014/24/UE: “*el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato*”⁴⁰.

Finalmente, ha de señalarse que, en caso de control conjunto de la persona jurídica, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza sus principales tareas no necesariamente con uno u otro de los poderes adjudicadores, sino con dichos poderes considerados en conjunto.

De este modo, se tomará en consideración el criterio anteriormente citado –ochenta por ciento (80%) de las actividades-, si bien vinculado al ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores.

a.3) *Inexistencia de capital privado*

El último requisito exigido por la Directiva 2014/24/UE para beneficiarse de la exclusión es que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada.

A estos efectos, conviene recordar que la Jurisprudencia del TJUE considera que, cuando existe participación directa de un operador

⁴⁰ Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o por causa de la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.

económico privado en el capital de la persona jurídica controlada, la adjudicación de un contrato público a esta última sin un procedimiento de licitación ofrece al operador económico una excesiva ventaja respecto a sus competidores.

La Directiva, no obstante, exceptúa de este estricto régimen las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados⁴¹, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

En todo caso, conviene resaltar que la exigencia se centra únicamente en la inexistencia de participación privada directa en la persona jurídica controlada. Así, cuando exista una participación de capital privado en el poder adjudicador controlador (o poderes adjudicadores, en el caso de control conjunto), ello no debe impedir la adjudicación de contratos públicos a la persona jurídica controlada sin aplicar los procedimientos de la Directiva 2014/24/UE⁴².

Finalmente, interesa mencionar que, en el supuesto de que se hubiera adjudicado un contrato sin convocatoria de licitación a una persona jurídica controlada, el hecho de que ulteriormente, pero todavía durante el período de vigencia de ese contrato, se admitiera la participación directa de capital privado, constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato, por lo que necesitaría una convocatoria de licitación (por todas, STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07).

⁴¹ El Considerando (32) de la Directiva pone como ejemplo “los órganos públicos con afiliación obligatoria, tales como las organizaciones encargadas de la gestión o la prestación de algunos servicios públicos”, siempre que la participación de entidades privadas no permita controlar ni bloquear la persona jurídica controlada y no otorgue tampoco una influencia decisiva en las decisiones de esta.

⁴² Entendiendo que tales participaciones no perjudican la competencia entre operadores económicos privados.

b) Adjudicación de contratos “inversa” y entre entidades controladas por la misma matriz.

El artículo 12.2 de la Directiva 2014/24/UE⁴³ hace extensiva la excepción por condición de interna, siempre que se cumplan las tres condiciones citadas en el epígrafe anterior, a otros dos supuestos:

- la denominada “adjudicación de contrato inversa”, en virtud de la cual la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla,
- la adjudicación de contratos entre dos entidades internas controladas por el mismo poder adjudicador.

c) La cooperación horizontal

El artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE regula un supuesto de cooperación público-pública que no se refiere a entidades internas de control conjunto, considerando que los poderes adjudicadores han de poder optar por prestar de manera conjunta sus servicios públicos mediante cooperación, sin verse obligados a adoptar una forma jurídica particular.

Así, el citado precepto establece que un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la Directiva cuando se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:

⁴³ El artículo 12.2 de la Directiva establece que “el apartado 1 también se aplica cuando la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada”.

- que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común⁴⁴,
- que el desarrollo de dicha cooperación se guíe de manera única por consideraciones y características relacionadas con la persecución del interés público⁴⁵,
- que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del veinte por ciento (20 %) de las actividades objeto de la cooperación⁴⁶.

Finalmente, conviene resaltar que esta excepción podrá ser aplicada por poderes adjudicadores que tengan una participación de capital privado, cuando se cumplan todas las demás condiciones relativas a la cooperación horizontal⁴⁷.

6. APLICACIÓN A SERVICIOS SOCIALES

El artículo 74 de la Directiva 2014/24/UE establece un régimen especial para algunos contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos, considerando el contexto particular en el que se prestan⁴⁸.

⁴⁴ La cooperación puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido. En tal sentido, los servicios prestados por los distintos poderes participantes no han de ser necesariamente idénticos; también pueden ser complementarios.

⁴⁵ Incluyendo todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes.

⁴⁶ Con el fin de que ninguna empresa privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores.

⁴⁷ Criterio reflejado en el último párrafo del Considerando (32) de la Directiva.

⁴⁸ Este contexto varía mucho de un Estado miembro a otro, por causa de las diferentes tradiciones sociales y culturales.

Tal y como se ha expuesto, en primer lugar, el artículo 4.d) de la Directiva, para considerarlos incluidos dentro de su ámbito de aplicación, establece un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios -750.000 EUR-⁴⁹.

Por su parte, los artículos 75 y siguientes de la Directiva 2014/24/UE establecen un régimen específico para los servicios sociales y análogos que superen el citado umbral, toda vez que, aun encontrándose dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, solo se someten al cumplimiento de determinados preceptos.

Lo anterior afecta a contratos públicos relativos a servicios sociales, así como a otros servicios específicos recogidos en el ANEXO XIV de la Directiva 2014/24/UE, tales como determinados servicios educativos, sanitarios, culturales, etc.⁵⁰

LA DIRECTIVA ESTABLECE UN
RÉGIMEN SIMPLIFICADO PARA
ALGUNOS CONTRATOS DE SERVICIOS
SOCIALES, ASÍ COMO PARA OTROS
SERVICIOS ESPECÍFICOS

La justificación de la medida reside, por una parte, 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, los prestadores de los mismos.

Así, los poderes públicos serán libres de prestar directamente estos servicios, u organizarlos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, tales como la simple financiación de los

⁴⁹ Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros.

⁵⁰ La lista contenida en el ANEXO XIV de la Directiva es bastante amplia. Conviene resaltar que también se incluyen, entre otros, servicios de hostelería y restauración, así como determinados servicios jurídicos.

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).

Por otra parte, el legislador considera que tales servicios tienen, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada, teniendo en cuenta que muchos de ellos solo son ofrecidos por operadores situados en el lugar específico de prestación de dichos servicios.

En el caso de que tales prestaciones se articulen a través de contratos públicos, siempre que su valor sea igual o superior a 750.000 EUR, se deberán cumplir únicamente las siguientes obligaciones:

i) Dar a conocer la intención de adjudicar el contrato, bien mediante un anuncio de licitación, bien a través de la publicación de un anuncio de información previa. Este último contendrá la información recogida en el ANEXO V parte I de la Directiva 2014/24/UE⁵¹.

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

Al margen de las cuestiones anteriores, los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables para su adjudicación.

No obstante, dentro del marco de libertad existente en la materia, la Directiva 2014/24/UE establece una serie de parámetros a considerar, a saber:

- se han de respetar los principios de transparencia y de igualdad de trato;

⁵¹ Deberá hacer referencia de manera específica a los tipos de servicios que sean objeto del contrato que vaya a adjudicarse; también mencionará que el contrato va a adjudicarse sin ulterior publicación.

- las normas han de permitir que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión;
- los Estados miembros tienen la obligación de velar por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta en el procedimiento de adjudicación los siguientes aspectos: la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios⁵², la implicación y la responsabilización de los usuarios, así como la innovación;
- los Estados miembros podrán disponer que la elección del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad.

Finalmente, conviene resaltar que el artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE contempla la posibilidad de que los Estados miembros establezcan en su normativa interna la opción de que los poderes adjudicadores puedan reservar a algunas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de adjudicación de contratos relativos a determinados servicios sociales, culturales y de salud⁵³, de los contemplados en el ANEXO XIV de la Directiva.

⁵² Incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables.

⁵³ Con los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8. Corresponden a determinados servicios sanitarios y sociales y otros conexos, algunos servicios educativos y de formación, bibliotecas, archivos, museos y otros servicios culturales, servicios deportivos y servicios a hogares particulares.

Las citadas organizaciones⁵⁴ deberán cumplir todas estas condiciones:

- su objetivo ha de ser la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los citados servicios;
- los beneficios obtenidos por la ejecución del contrato se han de reinvertir con el fin de alcanzar el objetivo de la organización;
- en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, tal acción se deberá basar en consideraciones de participación;
- las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se han de basar en la propiedad de los empleados y en principios de participación, o bien exigir la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas;
- el poder adjudicador de que se trate no debe haber adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo a la posibilidad prevista en el artículo 77 de la Directiva en los tres (3) años precedentes.

La duración máxima de estos contratos reservados no podrá exceder de tres (3) años.

En el caso de que se opte por esta alternativa, en la convocatoria se deberá hacer mención expresa del artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE.

⁵⁴ Según el Considerando (118) de la Directiva, la reserva se refiere a “organizaciones que son propiedad de su personal o en las que el personal participe activamente en la dirección, y a organizaciones existentes tales como cooperativas que participen en la prestación de dichos servicios a los usuarios finales”.

7. CONTRATOS MIXTOS

El artículo 3.2 de la Directiva 2014/24/UE establece una regla específica para la adjudicación de aquellos contratos mixtos que tengan por objeto distintas prestaciones (obras, servicios o suministros), siempre que los tipos contractuales estén regulados en la propia Directiva: se adjudicarán conforme a las disposiciones aplicables al tipo de contratación que caracterice el objeto principal del contrato en cuestión⁵⁵.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 3.2 de la Directiva determina una regla específica en relación con los siguientes contratos mixtos que comprendan

- en parte servicios contemplados en los artículos 74 y siguientes de la Directiva, y en parte otros servicios;
- en parte servicios y en parte suministros.

En ambos supuestos, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros⁵⁶.

Los anteriores, sin embargo, no son los únicos supuestos regulados por la Directiva 2014/24/UE en relación con la coexistencia de prestaciones correspondientes a tipologías diferentes de contratos.

⁵⁵ Ello concuerda con la regla general establecida en el artículo 3.6 de la Directiva: “cuando las diferentes prestaciones de un determinado contrato no sean objetivamente separables, el régimen jurídico aplicable se determinará en función del objeto principal de ese contrato”.

⁵⁶ 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 de la regla de la prestación económicamente más relevante, señalando que queda limitada 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).

Así, los apartados 3 a 5 de su artículo 3 establecen el régimen aplicable a los contratos mixtos que tengan por objeto una contratación regulada por la Directiva 2014/24/UE, y también por otros regímenes jurídicos.

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 contrato⁵⁷.

Basándonos, pues, en 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 conformidad con lo previsto en el artículo 3.6 de la Directiva.

ii) Si las diferentes partes que constituyen el objeto del contrato son objetivamente separables, los poderes adjudicadores 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 contrato⁵⁸.

En este último supuesto, la regla general consiste en que se apliquen al contrato mixto resultante las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, la propia Directiva establece dos especialidades en los últimos párrafos de su artículo 3.4.

La primera particularidad consiste en que el artículo 16 de la propia Directiva (relativo a contratación mixta que conlleve aspectos relativos a la defensa y la seguridad) no disponga lo contrario.

La segunda particularidad guarda relación con los contratos mixtos que contengan elementos de contratos de suministro, obras y servicios y de concesiones. En este supuesto, el contrato mixto se adjudicará de conformidad con las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE, siempre que el valor estimado de la prestación propia de alguno de los contratos regulados por dicha Directiva supere los umbrales previstos en su artículo 4.

iii) En el supuesto de contratos mixtos que tengan por objeto elementos regulados por la Directiva 2014/24/UE y otros elementos regulados por el

⁵⁷ Prestaciones reguladas por el artículo 346 del TFUE, la Directiva 2009/81/CE -relativa a procedimientos de adjudicación de contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad-, o la 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.

⁵⁸ 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 adjudicadores 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 concertar dicho contrato único puede responder a motivos de índole tanto técnica como económica.

artículo 346 TFUE⁵⁹, o la Directiva 2009/81/CE⁶⁰, habrá de estarse al régimen establecido en el artículo 16 de la Directiva 2014/24/UE.

iv) En el caso de contratos que tengan por objeto prestaciones sometidas a la Directiva 2014/24/UE, así como el ejercicio de una actividad que esté sujeta a la Directiva 2014/25/UE (relativa a los sectores excluidos) las disposiciones aplicables se establecerán de acuerdo con lo previsto en los artículos 5 y 6 de la Directiva 2014/25/UE⁶¹.

8. ÁMBITO SUBJETIVO

Desde el punto de vista subjetivo, en principio, cabe afirmar que el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE no difiere de la regulación anterior. Así, su Considerando (10) refleja tal propósito por parte del legislador, al señalar en relación con el concepto de poderes adjudicadores que *“el ámbito de aplicación ratióne personae de la presente Directiva no debe sufrir modificaciones”*.

Sin embargo, lo anterior no excluye que la nueva regulación module el alcance del concepto de poder adjudicador y, en particular, el de organismo de derecho público, incorporando las aclaraciones realizadas en los últimos años por el TJUE sobre el particular, pero *“sin intención”* de alterar la interpretación de tales conceptos, tal como ha sido elaborada por la Jurisprudencia.

El apartado 1 del artículo 2.1 de la Directiva establece que son poderes adjudicadores: *“el Estado,*

las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público”.

La definición de este concepto, *mutatis mutandis*, se lleva a cabo en términos análogos a la Directiva 2004/18/CE⁶².

Asimismo, en los apartados 2 y 3 del artículo 2.1 de la Directiva se introducen otras dos definiciones relevantes, que sirven para modular el concepto de poder adjudicador:

- Autoridades, órganos y organismos estatales: los poderes adjudicadores que figuran en el ANEXO I de la Directiva⁶³.
- Poderes adjudicadores subcentrales: todos los poderes adjudicadores que no sean las autoridades, órganos u organismos estatales.

Entre los sujetos anteriores, incluidos en la definición de poderes adjudicadores, cobra especial relevancia la delimitación de los *“organismos de Derecho público”*, pues ha sido una cuestión examinada durante los últimos años en múltiples ocasiones por el TJUE y, consecuentemente, es susceptible de incorporar nuevas modulaciones.

El apartado 4 del artículo 2.1 de la Directiva 2014/24/UE define *“Organismo de Derecho público”* como *“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;*

⁵⁹ El artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se refiere a intereses esenciales de la seguridad de los Estados miembros.

⁶⁰ Directiva 2009/81/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

⁶¹ 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 regula la contratación mixta relativa a la misma actividad.

⁶² Ésta, en su artículo 1.2.9, señala que *“son considerados poderes adjudicadores: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público”*.

⁶³ Y, en la medida en que se introduzcan rectificaciones o modificaciones a escala nacional, las entidades que las sucedan.

- b) *que esté dotado de personalidad jurídica propia;*
- c) *que esté financiado mayoritariamente⁶⁴ por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público.*

Esta definición ha de ser interpretada conjuntamente con lo señalado en el Considerando (10) de la Directiva 2014/24/UE, el cual precisa que

- un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un “organismo de Derecho público”, ya que puede llegar a considerarse que las necesidades de interés general a satisfacer para las cuales ha sido creado⁶⁵ tienen carácter industrial o mercantil;
- la financiación mayoritaria significa “en más de la mitad”⁶⁶, y puede incluir pagos procedentes de usuarios “que son impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de Derecho público”.

En cuanto a éste último inciso, ha de señalarse que la Jurisprudencia del TJUE (por todas, la STJUE de 12

de septiembre de 2013, asunto C-526/11⁶⁷) ha delimitado esta cuestión, al señalar que “*tal financiación podrá realizarse mediante un canon establecido e impuesto por ley en cuanto a su fundamento e importe, y que no constituya la contrapartida del disfrute efectivo de los servicios prestados por el organismo de que se trate por las personas obligadas a su pago, y cuyas modalidades de cobro se deriven de prerrogativas de poder público*”.

9. PRINCIPIOS GENERALES

Durante la tramitación de la Directiva 2014/24/UE se reiteró la necesidad de que la nueva regulación instaurase un marco jurídico flexible que simplificase los procedimientos de licitación y maximizase las alternativas de los poderes adjudicadores, a la vez que garantizase el acceso a los mercados de la contratación pública para todos los operadores económicos, y que preservase los principios derivados de los Tratados de la UE.

Antes de abordar con mayor detalle en posteriores apartados las novedades procedimentales existentes, conviene hacer mención a la regulación contemplada en el Capítulo II del Título I de la Directiva 2014/24/UE, que recoge las “Normas generales” aplicables a la contratación pública.

En primer lugar, el artículo 18 de la Directiva contempla los “Principios de contratación” que deberán presidir toda adjudicación:

⁶⁴ El concepto de financiación se refiere a la transferencia de medios financieros realizada sin contrapartida específica, con el objetivo de apoyar las actividades de la entidad de que se trate. El criterio relativo a la financiación mayoritaria por parte de los poderes públicos engloba también las modalidades de financiación indirecta.

⁶⁵ O que se le ha encargado satisfacer.

⁶⁶ Tal y como señala, entre otras, la STJUE de 3 de octubre de 2000, asunto C-380/98.

⁶⁷ Dicha Sentencia aborda la cuestión de la financiación en relación con un colegio profesional. En el caso concreto, concluye que “*un organismo como un colegio profesional de Derecho público no cumple ni el criterio relativo a la financiación mayoritaria por parte de los poderes públicos cuando dicho organismo está mayoritariamente financiado por las cuotas abonadas por sus colegiados, estando facultado por la ley para fijar las cuotas y cobrar su importe, en el caso de que dicha ley no determine el alcance ni las modalidades de las acciones que el mencionado organismo lleva a cabo en el marco del cumplimiento de sus funciones legales, que las mencionadas cuotas deben financiar, ni el criterio relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos por el mero hecho de que la resolución en cuya virtud el mismo organismo fija el importe de las citadas cuotas deba ser aprobada por una autoridad de supervisión*”.

i) los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio, y actuarán de forma transparente y proporcionada;

ii) la contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE, ni de restringir de manera artificial la competencia⁶⁸;

iii) los Estados miembros deben adoptar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos, los adjudicatarios cumplan adecuadamente con las obligaciones establecidas por la normativa de la Unión Europea, así como por la regulación nacional e internacional⁶⁹, en materia medioambiental, laboral y social⁷⁰.

Dentro de este marco general aplicable a la contratación pública, interesa destacar también otros criterios generales contemplados en el Capítulo II del Título I de la Directiva 2014/24/UE.

Así, el artículo 21 de la Directiva 2014/24/UE regula la obligación de confidencialidad, estableciendo un doble régimen:

- para los poderes adjudicadores, que tendrán la obligación de no divulgar la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan señalado como confidencial en sus ofertas (por ejemplo, secretos técnicos o comerciales);
- para los operadores económicos, que deberán proteger el carácter confidencial de la información que se les comunique en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.

Por su parte, el artículo 22 de la Directiva 2014/24/UE relativo a las “*normas aplicables a las comunicaciones*” otorga un papel relevante a los medios de información y comunicación electrónicos, toda vez que su utilización simplifica y aumenta la eficiencia y la transparencia de los procedimientos de licitación.

LA DIRECTIVA SIMPLIFICA LOS
PROCEDIMIENTOS DE LICITACIÓN Y
OTORGA UNA ESPECIAL
RELEVANCIA A LOS MEDIOS
ELECTRÓNICOS COMO MECANISMO
ESTÁNDAR DE COMUNICACIÓN

Por ello, la Directiva convierte los mecanismos electrónicos en el método estándar de comunicación e intercambio de información⁷¹, estableciendo los siguientes parámetros generales en su utilización:

- las herramientas y dispositivos, así como sus características técnicas, deberán ser no

⁶⁸ Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

⁶⁹ El ANEXO X de la Directiva 2014/24/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).

⁷⁰ El control del cumplimiento de dichas disposiciones legales en materia ambiental, social y laboral se realizará en las respectivas fases del procedimiento de adjudicación del contrato, 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.

⁷¹ Para ello, en el articulado de la Directiva se establecen las siguientes obligaciones: la transmisión de anuncios en formato electrónico; la puesta a disposición del público por medios electrónicos de los pliegos de la contratación y, tras un período transitorio, la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación (electrónica) de las ofertas. Estas obligaciones pueden ser complementadas por los Estados miembros.

- discriminatorios, estar disponibles de forma general, ser compatibles con los productos informáticos de uso general y no restringir el acceso de los operadores económicos al procedimiento de licitación;
- la utilización obligatoria de medios electrónicos se exceptúa en determinados supuestos relacionados con la presentación de ofertas. Entre otros, cuando: i) debido al carácter especializado de la contratación, se requirieran instrumentos específicos o formatos de ficheros no disponibles de forma general, o ii) la comunicación solo pueda manejarse utilizando determinados equipos ofimáticos especializados, no disponibles para los poderes adjudicadores;
 - el uso de medios de comunicación electrónicos debe tener en cuenta la accesibilidad de personas discapacitadas;
 - ningún elemento del procedimiento de contratación tras la adjudicación del contrato está sujeto a la obligación de utilizar medios electrónicos; tampoco están sujetas a dicha obligación las comunicaciones internas del poder adjudicador;
 - los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de no emplear medios de comunicación electrónicos cuando resulte necesario para proteger el carácter sensible de una información;
 - es posible realizar comunicaciones verbales, siempre que se documenten de manera suficiente ⁷² y no afecten a materias

relacionadas con los elementos esenciales del procedimiento de licitación⁷³;

- si resulta necesario, se podrá exigir a los operadores económicos la utilización de herramientas y dispositivos que no estén disponibles de forma general, a condición de que los poderes adjudicadores ofrezcan medios de acceso alternativos.

Finalmente, y dentro de este marco general, pueden incluirse también las previsiones contenidas en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE, relativo a “*conflictos de interés*”.

En su virtud, se impone a los Estados miembros la obligación de velar por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación, a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos⁷⁴.

10. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

Como se ha señalado con anterioridad, la Directiva 2014/24/UE trata de implementar procedimientos de adjudicación más flexibles y adecuados a las necesidades de los poderes adjudicadores, a la vez que persigue maximizar la seguridad jurídica de los operadores económicos.

⁷³ Los elementos esenciales del procedimiento incluyen los pliegos de la contratación, las solicitudes de participación, las confirmaciones de interés y las ofertas.

⁷⁴ El concepto de “conflicto de intereses” abarca al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

⁷² Por ejemplo, mediante archivos o resúmenes escritos o sonoros de los principales elementos de la comunicación.

En los siguientes epígrafes se desarrollarán las principales novedades en la materia, atendiendo a las particularidades de cada procedimiento, si bien interesa adelantar ya que la Directiva 2014/24/UE configura un esquema en el que: i) los procedimientos abiertos y restringidos ven disminuida su relevancia, en el sentido de que, en la práctica, los supuestos de hecho habilitantes para la utilización de los restantes procedimientos se amplían notablemente; ii) se reducen los plazos para la recepción de ofertas; y iii) se potencia la utilización de los mecanismos electrónicos, en los términos expuestos en el apartado precedente.

i) Las consultas preliminares de mercado

La primera novedad relevante⁷⁵ que introduce la Directiva 2014/24/UE no afecta directamente al procedimiento de adjudicación de contratos públicos en sentido estricto, sino que pretende evitar las ventajas desleales en tales procedimientos, regulando las relaciones entre los poderes adjudicadores y los operadores económicos en la preparación de los contratos.

Así, el artículo 40 de la Directiva 2014/24/UE regula las “*Consultas preliminares del mercado*”, con la finalidad de que, antes de iniciar un procedimiento de contratación, los poderes adjudicadores puedan realizar consultas al mercado con vistas a preparar futuras contrataciones, así como para informar a los operadores económicos acerca de sus planes y requisitos de contratación.

Para ello, los poderes adjudicadores podrán solicitar o aceptar el asesoramiento de operadores privados de mercado, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia ni dé lugar a

⁷⁵ Si bien el Considerando (8) de la Directiva 2004/18/CE ya señalaba que “*antes del lanzamiento de un procedimiento de adjudicación de un contrato, los poderes adjudicadores pueden mediante un «diálogo técnico» solicitar o aceptar asesoramiento que podrá utilizarse para determinar el pliego de condiciones, siempre que dicho asesoramiento no tenga como efecto impedir la competencia*”.

vulneraciones de los principios de igualdad, no discriminación y transparencia. Asimismo, los poderes adjudicadores podrán recibir asesoramiento por parte de expertos o autoridades independientes.

SE REGULAN LAS CONSULTAS
PRELIMINARES DE MERCADO COMO
INSTRUMENTO DE LOS PODERES
ADJUDICADORES PARA RECIBIR Y
OBTENER INFORMACIÓN DE LOS
OPERADORES ECONÓMICOS, CON
VISTAS A PREPARAR FUTURAS
CONTRATACIONES

Al margen de lo señalado en el propio artículo 40 de la Directiva, conviene llamar la atención sobre dos relevantes cuestiones.

En primer lugar, es necesario valorar de manera positiva la regulación de las consultas previas. Así, hasta la fecha, este tipo de prácticas se canalizan a través de procedimientos informales que, aunque no estén expresamente prohibidos, pueden generar problemas, pues:

- en ocasiones, la participación de los operadores económicos no se enfoca a las necesidades reales de la Administración;
- otras veces, no existe un mercado real para la entidad privada, por lo que disminuyen sus incentivos;
- no existen garantías de que, una vez que se acuerda iniciar la licitación, no se van a producir situaciones ventajosas para los participantes que hayan colaborado con el poder adjudicador.

Razonablemente, sobre la base de las previsiones del artículo 40 de la Directiva 2014/24/UE, los Estados miembros regularán con más detalle esta cuestión,

con el fin no solo de evitar situaciones contrarias a la libre competencia, sino también de maximizar el flujo de información con el mercado.

Finalmente, conviene resaltar que la regulación de las consultas preliminares de mercado se debe completar con las disposiciones contempladas en el artículo 41 de la Directiva 2014/24/UE.

Este precepto detalla las reglas a seguir por los poderes adjudicadores en relación con la “Participación previa de candidatos o licitadores” en cuestiones relacionadas con la preparación de los procedimientos de adjudicación, con el objeto de preservar el cumplimiento de los principios derivados de los Tratados comunitarios.

Así, establece que cuando un candidato o licitador -o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador- haya asesorado al poder adjudicador en el marco de las consultas preliminares de mercado⁷⁶, éste deberá tomar las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia.

Estas medidas incluirán:

- (i) la comunicación a los demás operadores económicos (candidatos o licitadores) de la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella; o
- (ii) el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas.

Puede darse el caso, incluso, de que el candidato o el licitador en cuestión sea excluido del procedimiento de adjudicación, cuando no haya otro medio de

⁷⁶ Las mismas limitaciones se aplican en el caso de que se lleven a cabo asesoramientos a los poderes adjudicadores en otro contexto diferente al regulado por el artículo 40 de la Directiva.

garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato⁷⁷.

ii) Procedimiento abierto

La definición del procedimiento abierto en la Directiva 2014/24/UE se mantiene con respecto a la regulación anterior: es aquel procedimiento en el que cualquier operador económico interesado puede presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación.

La Directiva 2014/24/UE también mantiene, en apariencia, el mismo esquema de la Directiva 2004/18/CE en cuanto a la elección del procedimiento de adjudicación.

Así, en el esquema previsto en el artículo 26, el procedimiento abierto es de utilización “general” en la licitación de contratos públicos (junto con el restringido). Solo podrá acudir a los restantes procedimientos (negociado, diálogo competitivo y asociación para la innovación) en las situaciones expresamente previstas por la Directiva.

Sin embargo, la amplitud de las situaciones en las que se puede acudir a los restantes procedimientos hace que, *de facto*, la prevalencia del procedimiento abierto sea menor con respecto a la anterior regulación.

Por otra parte, en cuanto a los plazos aplicables, el artículo 27 de la Directiva 2014/24/UE también contempla algunas novedades, en la línea de agilizar el procedimiento de licitación. De este modo,

a) el plazo mínimo para la recepción de las ofertas será de treinta y cinco (35) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación; es posible reducir

⁷⁷ No obstante, antes de proceder a la exclusión, se dará a los licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de adjudicación no puede falsear la competencia.

este plazo en cinco (5) días, siempre que las ofertas puedan presentarse por medios electrónicos⁷⁸;

b) el plazo para la recepción de las ofertas podrá ser reducido a quince (15) días si los poderes adjudicadores han publicado antes de la convocatoria un anuncio de información previa, cumpliendo determinados requisitos⁷⁹;

c) cuando el plazo mínimo de treinta y cinco (35) días sea impracticable a causa de una situación de urgencia debidamente justificada por los poderes adjudicadores, estos podrán fijar un plazo que no será inferior a quince (15) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación⁸⁰. Esta excepción solo se aplicaba en la Directiva 2004/18/CE a los procedimientos restringidos y a los negociados con publicidad.

iii) Procedimiento restringido

Las particularidades contempladas por la Directiva 2014/24/UE en relación con el procedimiento restringido son muy semejantes a las destacadas en el epígrafe precedente para el procedimiento abierto.

Así, si bien la nueva Directiva no contempla de manera expresa una definición del procedimiento restringido, en la práctica no existe ningún tipo de variación: son los procedimientos en los que cualquier operador económico puede solicitar su participación y en los que únicamente los operadores económicos invitados por los poderes adjudicadores pueden presentar ofertas.

El procedimiento restringido también se ve afectado por la amplitud de las situaciones en las que se puede acudir a los procedimientos negociados, al diálogo competitivo y a la asociación para la innovación, por lo que cabe suponer que su utilización será menor.

En cuanto a los plazos aplicables, el artículo 28 de la Directiva 2014/24/UE establece que

a) el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta (30) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación (o desde la invitación a confirmar el interés, en el caso de que se utilice un anuncio de información previa)⁸¹;

b) el plazo mínimo para la recepción de las ofertas será de treinta (30) días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar⁸²; es posible reducir este plazo en cinco (5) días, siempre que las ofertas puedan presentarse por medios electrónicos;

c) el plazo para la recepción de las ofertas podrá ser reducido a diez (10) días si los poderes adjudicadores han publicado antes de la convocatoria un anuncio de información previa, cumpliendo determinados requisitos⁸³;

d) cuando los plazos de recepción de solicitudes de participación y ofertas sean impracticables a causa de una situación de urgencia debidamente justificada por los poderes adjudicadores, estos podrán fijar:

- un plazo para la recepción de las solicitudes de participación que no será inferior a quince (15)

⁷⁸ El artículo 38.2 de la Directiva 2004/18/CE contemplaba un plazo mínimo de recepción de ofertas de cincuenta y dos (52) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación.

⁷⁹ El artículo 38.4 de la Directiva 2004/18/CE contemplaba como regla general que, en este supuesto, el plazo de recepción de ofertas podría reducirse a 36 días. Igualmente, que la reducción de plazo en ningún caso podría ser inferior a 22 días.

⁸⁰ El Considerando (46) de la Directiva precisa que “no es necesario que se trate de una extrema urgencia provocada por sucesos imprevisibles para el poder adjudicador y no imputables al mismo”.

⁸¹ El artículo 38.3 de la Directiva 2004/18/CE contemplaba un plazo mínimo de recepción de solicitudes de participación de treinta y siete (37) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación.

⁸² En el artículo 38.3.b) de la Directiva 2004/18/CE este plazo mínimo era de cuarenta (40) días.

⁸³ El artículo 38.4 de la Directiva 2004/18/CE contemplaba como regla general que, en este supuesto, el plazo de recepción de ofertas podría reducirse a 36 días. Igualmente, que la reducción de plazo en ningún caso podría ser inferior a 22 días.

días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación;

- un plazo para la recepción de ofertas que no será inferior a 10 días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar.

Por otra parte, el artículo 28.4 de la Directiva 2014/24/UE deja en manos del legislador estatal la posibilidad de modular los plazos de recepción de ofertas, al establecer que *“los Estados miembros podrán disponer que todos los poderes adjudicadores subcentrales o determinadas categorías de los mismos puedan establecer el plazo para la recepción de las ofertas de mutuo acuerdo entre el poder adjudicador y los candidatos seleccionados, siempre que todos los candidatos seleccionados dispongan de un plazo idéntico para preparar y presentar sus ofertas”*.

En caso de acudir a esta alternativa, si no existe acuerdo sobre el plazo para la recepción de ofertas, éste no podrá ser inferior a diez (10) días a partir de la fecha de envío de la invitación a licitar.

Finalmente, conviene resaltar que la Directiva 2014/24/UE mantiene la posibilidad de que los poderes adjudicadores limiten el número de candidatos invitados a participar, siempre que sea suficiente para garantizar una competencia real.

Concretamente, el artículo 65.2 de la Directiva 2014/24/UE establece que en los procedimientos restringidos el número mínimo de candidatos será de cinco (5).

iii) Procedimiento negociado

➤ *Supuestos en los que procede su aplicación*

La Directiva 2014/24/UE hace en su Considerando (42) una evidente declaración de intenciones en relación con el papel que asumirá el procedimiento negociado en la nueva regulación. Así, señala que *“es*

realmente necesario que los poderes adjudicadores gocen de mayor flexibilidad a la hora de elegir un procedimiento de contratación pública que prevea negociaciones”.

Tal afirmación se justifica expresamente en el citado Considerando, sobre la base de que: (i) una mayor utilización de los procedimientos con negociación incrementaría el comercio transfronterizo⁸⁴, y (ii) los poderes adjudicadores han de tener la posibilidad de acudir a procedimientos con negociación cuando no sea probable obtener resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos.

LA DIRECTIVA FOMENTA LA
UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO
NEGOCIADO, Y AMPLÍA LOS
SUPUESTOS EN LOS QUE PUEDE
RESULTAR PROCEDENTE SU
APLICACIÓN

Para asegurar esta mayor flexibilidad, el artículo 26.4 de la Directiva 2014/24/UE amplía notablemente los supuestos de aplicación del procedimiento negociado⁸⁵. Así, se podrá utilizar en las siguientes situaciones:

a) con respecto a las obras, suministros o servicios que cumplan uno o varios de los siguientes criterios:

- que las necesidades del poder adjudicador no puedan satisfacerse sin la adaptación de soluciones fácilmente disponibles⁸⁶,

⁸⁴ La Directiva pone de manifiesto que *“la evaluación ha mostrado que los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado con publicación previa son obtenidos en un número especialmente elevado de ocasiones por ofertas transfronterizas”*.

⁸⁵ Como veremos, son los mismos supuestos genéricos que habilitan el recurso al diálogo competitivo, aunque difieran en su alcance, considerando la naturaleza de la prestación a contratar.

⁸⁶ La Directiva pone como ejemplo la adquisición de productos sofisticados, servicios intelectuales (algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería) o grandes proyectos

- que incluyan un proyecto o soluciones innovadoras,
- que el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas por circunstancias específicas ligadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera, o por los riesgos inherentes a los mismos,
- que el poder adjudicador no pueda establecer con suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica.

b) con respecto a las obras, suministros o servicios en los que, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, solo se presenten ofertas irregulares⁸⁷ o inaceptables⁸⁸.

Finalmente, conviene resaltar que el Considerando (43) de la Directiva 2014/24/UE recuerda que la aplicación del procedimiento negociado no será procedente en la licitación de servicios o suministros disponibles en el mercado que puedan ser proporcionados por varios operadores económicos.

➤ *Articulación del procedimiento*

La filosofía del procedimiento negociado en la Directiva 2014/24/UE es muy semejante a la contemplada en la Directiva 2004/18/CE, si bien la nueva regulación trata de maximizar las garantías

relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC).

⁸⁷ Entre otras, se considerarán irregulares las ofertas que no correspondan a los pliegos de la licitación, que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el poder adjudicador.

⁸⁸ En particular, se considerarán inaceptables las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida, así como las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del poder adjudicador tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de licitación.

para que, en su utilización, se cumplan los principios de igualdad de trato y de transparencia.

Las características esenciales del procedimiento negociado son las siguientes:

a) Cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, siempre que cumpla los criterios de selección cualitativa que haya solicitado el poder adjudicador.

b) En los pliegos de la contratación, los poderes adjudicadores determinarán:

- el objeto de la contratación, facilitando una descripción de sus necesidades y de las características exigidas para los suministros, así como de las obras o los servicios que hayan de contratarse;
- los elementos de la descripción que constituyen los requisitos mínimos⁸⁹ que han de cumplir todas las ofertas (tales requisitos no podrán ser objeto de negociación);
- los criterios de adjudicación del contrato, así como su ponderación⁹⁰.

La información facilitada será lo suficientemente precisa como para que los operadores económicos puedan identificar la naturaleza y el ámbito de la contratación y decidir si solicitan participar en el procedimiento.

⁸⁹ De conformidad con el Considerando (45) de la Directiva, los requisitos mínimos que ha de establecer el poder adjudicador “constituyen las condiciones y características (en particular físicas, funcionales y jurídicas) que toda oferta debe respetar o poseer, a fin de permitir al poder adjudicador adjudicar el contrato de conformidad con el criterio de adjudicación elegido”.

⁹⁰ Permanecerán estables a lo largo de todo el procedimiento y no deben ser objeto de negociación, con vistas a garantizar la igualdad de trato para todos los operadores económicos.

c) El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta (30) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, a partir de la invitación a confirmar el interés⁹¹.

d) Solo los operadores económicos invitados por el poder adjudicador podrán presentar una oferta inicial, que servirá de base para las posteriores negociaciones.

e) El plazo mínimo de recepción de las ofertas iniciales será de treinta (30) días a partir de la fecha de envío de la invitación⁹².

f) Los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos invitados a participar en la negociación⁹³; igualmente, tendrán la posibilidad de articular el procedimiento en fases sucesivas, para reducir el número de ofertas que haya que negociar.

g) Los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, con el fin de mejorar su contenido.

Cuando el poder adjudicador estime que resulta procedente concluir las negociaciones, informará a los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. Éstas últimas no podrán ser objeto de negociación, pues atendiendo a su contenido se llevará a cabo la adjudicación del contrato.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores, los poderes adjudicadores podrán

adjudicar contratos sobre la base de las ofertas iniciales, sin llevar a cabo negociación alguna, cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, que se reservan dicha posibilidad.

h) Las negociaciones pueden referirse al conjunto de características de las obras, suministros y servicios, en la medida en que no constituyan requisitos mínimos -criterio establecido, entre otras, por la STJUE de 5 de diciembre de 2013, asunto C-561/12⁹⁴.

Por ejemplo, las negociaciones podrán versar sobre: los niveles de calidad a la hora de ejecutar la prestación, las cantidades a suministrar, el alcance de los aspectos sociales, medioambientales e innovadores a tener en cuenta, etc.

i) Para garantizar la transparencia y la trazabilidad del proceso se documentarán debidamente todas las fases del mismo. Asimismo, a lo largo del procedimiento, todas las ofertas deben presentarse por escrito.

➤ *El procedimiento negociado sin publicidad*

Al igual que sucedía en la regulación anterior, el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE contempla la posibilidad de que los poderes adjudicadores acudan a procedimientos negociados sin publicación previa de una convocatoria de licitación, en determinadas circunstancias y supuestos⁹⁵.

⁹¹ En el artículo 38.3.a) de la Directiva 2004/18/CE este plazo mínimo era de treinta y siete (37) días.

⁹² Se aplicarán las mismas especialidades que en el procedimiento restringido en cuanto a la reducción de plazos por envío de un anuncio de información previa en determinadas condiciones, razones de urgencia, acuerdo entre los candidatos, etc.

⁹³ El número mínimo de candidatos será de tres.

⁹⁴ En el supuesto analizado, la Sentencia interpreta el artículo 30.2 de la 2004/18/CE en el sentido de que dicho precepto impide negociar con los licitadores ofertas que no cumplan los requisitos imperativos establecidos en las especificaciones técnicas del contrato.

⁹⁵ Se establece la obligación para los Estados miembros de no permitir la utilización del procedimiento negociado en ningún caso distinto de los contemplados en el citado artículo 32.

La casuística es bastante similar a la contenida en la Directiva 2004/18/CE. A este respecto, conviene señalar que

- se suprime el supuesto habilitante relativo a las obras complementarias no previstas en el proyecto o contrato originario, pero que, debido a circunstancias imprevistas, resultasen necesarias para ejecutar la obra y se encomendasen al contratista principal;
- se suprime el supuesto habilitante relativo a los servicios complementarios no previstos en el contrato originario, pero que, por causas imprevistas, resultasen necesarios para ejecutar el servicio principal y se encomendasen al contratista inicial.

Ambas supresiones hay que ponerlas en relación con la redacción del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, relativo a la “*modificación de los contratos durante su vigencia*”.

Por lo demás, como se verá en los siguientes epígrafes, se respeta el esquema de la anterior regulación, tanto en las condiciones y requisitos como en la sistemática (pues se regulan unas condiciones comunes a todo tipo de contratos, para luego abordar las especificidades aplicables a cada tipo contractual).

- Supuestos generales

Se podrá emplear el procedimiento negociado sin publicidad, con carácter general, en los siguientes supuestos:

a) cuando en un procedimiento abierto o restringido, bien no se haya presentado ninguna oferta o solicitud, bien éstas no sean adecuadas⁹⁶,

⁹⁶ Se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente, por resultar manifiestamente insuficiente para

siempre que las condiciones iniciales del contrato no se hayan modificado sustancialmente;

b) cuando el objeto del contrato solo pueda ser prestado por un operador económico concreto, atendiendo a alguna de las siguientes razones:

- ✓ que el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte, o una actuación artística única,
- ✓ que no exista competencia por razones técnicas⁹⁷,
- ✓ que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial⁹⁸;

c) cuando, por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que el poder adjudicador no haya podido prever, no puedan respetarse los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o negociados con publicidad⁹⁹.

- Supuestos particulares de aplicación en contratos de obras

Se podrá emplear el procedimiento negociado sin publicidad en el caso de nuevas obras, cuando consistan en la repetición de otras similares y se encarguen al operador económico titular de un contrato inicial adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, a condición de que dichas obras se ajusten a un proyecto de base y de que tal proyecto

satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos del poder adjudicador especificados en los pliegos de la contratación. Se considerará que una solicitud de participación no es adecuada si el operador económico de que se trate ha de ser (o puede ser) excluido de la licitación, o no satisface los criterios de selección establecidos por el poder adjudicador.

⁹⁷ Solo resultará aplicable cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación.

⁹⁸ Siempre que no exista alternativa o sustituto razonable.

⁹⁹ Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no podrán ser imputables a los poderes adjudicadores.

haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado siguiendo alguno de los procedimientos con publicidad previstos en la Directiva¹⁰⁰.

Únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un período de tres (3) años a partir de la celebración del contrato inicial.

- Supuestos particulares de aplicación en contratos de suministro

Se podrá emplear el procedimiento negociado sin publicidad en el caso de contratos de suministro en los siguientes supuestos:

a) cuando los productos de que se trate se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo¹⁰¹;

b) en el caso de entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial que constituyan, bien una reposición parcial de suministros o instalaciones, bien una ampliación de suministros o de instalaciones existentes¹⁰²;

c) cuando se trate de suministros cotizados y comprados en una bolsa de materias primas;

d) cuando se trate de la compra de suministros en condiciones especialmente ventajosas, bien a un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, bien a los administradores

¹⁰⁰ La posibilidad de hacer uso de este procedimiento deberá darse a conocer desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y los poderes adjudicadores tendrán en cuenta el coste total previsto de los servicios ulteriores a los efectos de calcular el valor estimado del contrato.

¹⁰¹ No se incluirán los contratos cuyo objeto sea la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial de un producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo.

¹⁰² Siempre que un cambio de proveedor obligue al poder adjudicador a adquirir suministros con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá ser superior a tres años.

de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.

- Supuestos particulares de aplicación en contratos de servicios

Se podrá emplear el procedimiento negociado sin publicidad en el caso de contratos de servicios en los siguientes supuestos:

a) cuando el contrato sea resultado de un concurso de proyectos y deba adjudicarse al ganador; en caso de que existan varios ganadores se deberá invitar a todos ellos a participar en las negociaciones;

b) cuando los servicios consistan en la repetición de otros similares y se encarguen al operador económico titular de un contrato inicial adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichos servicios se ajusten a un proyecto de base y de que tal proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado siguiendo alguno de los procedimientos con publicidad previstos en la Directiva¹⁰³.

Únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un período de tres (3) años a partir de la celebración del contrato inicial.

iv) Procedimiento de diálogo competitivo

➤ *Supuestos de aplicación*

La Directiva 2014/24/UE, al igual que sucede con el procedimiento negociado, trata de potenciar la utilización del diálogo competitivo como forma de adjudicación de contratos.

¹⁰³ La posibilidad de hacer uso de este procedimiento deberá darse a conocer desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y los poderes adjudicadores tendrán en cuenta el coste total previsto de los servicios ulteriores a los efectos de calcular el valor estimado del contrato.

Es posible encontrar una justificación a esta decisión en el propio Considerando (42) de la Directiva, el cual señala que

- el recurso al diálogo competitivo ha aumentado significativamente en términos de valor contractual en los últimos años;
- dicho procedimiento ha demostrado ser útil en aquellos casos en que los poderes adjudicadores no están en condiciones de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado;
- en particular, se destacan las aportaciones de este procedimiento en el desarrollo de proyectos innovadores, en la ejecución de grandes proyectos de infraestructuras de transporte integrado, así como en las redes o en los proyectos informáticos de gran tamaño, que requieran de una financiación compleja y estructurada.

La primera cuestión a destacar en la nueva regulación es que el presupuesto tradicional para la utilización de este procedimiento, consistente en la existencia de contratos “particularmente complejos”, deja de ser exclusivo. Así, los supuestos genéricos que habilitan la utilización del diálogo competitivo son, en teoría, los mismos que los relativos al procedimiento negociado.

Como recordatorio, el artículo 26.4 de la Directiva 2014/24/UE contempla las siguientes situaciones:

a) con respecto a las obras, suministros o servicios, que cumplan uno o varios de los siguientes criterios:

- que las necesidades del poder adjudicador no puedan satisfacerse sin la adaptación de soluciones fácilmente disponibles;
- que incluyan un proyecto o soluciones innovadoras;
- que el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas por circunstancias específicas ligadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera, o bien por los riesgos inherentes a los mismos;
- que el poder adjudicador no pueda establecer con suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica;

b) con respecto a las obras, suministros o servicios en los que, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, solo se presenten ofertas irregulares o inaceptables.

En consecuencia, tanto el procedimiento de licitación con negociación como el diálogo competitivo serán los mecanismos empleados por los poderes adjudicadores cuando no se considere probable obtener resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación.

A pesar de esta teórica “equiparación” entre los citados procedimientos, es razonable entender que el diálogo competitivo será empleado en los mismos supuestos que en la actualidad.

En tal sentido, tanto los Considerandos de la Directiva 2014/24/UE como, incluso, la propia Nota Explicativa de la Comisión Europea sobre el diálogo competitivo de 5 de octubre de 2005,

otorgan una serie de pautas interpretativas acerca de la finalidad de este procedimiento e, igualmente, sobre la justificación del mayor ámbito de aplicación del procedimiento negociado: en el diálogo competitivo, el margen de negociación es mayor y los poderes adjudicadores no son capaces de definir las necesidades a cubrir con la contratación. Se trata de una “imposibilidad” objetiva, esto es, no imputable a los propios poderes adjudicadores.

➤ *Articulación del procedimiento*

La regulación del diálogo competitivo en la Directiva 2014/24/UE es muy semejante a la contemplada en la Directiva 2004/18/CE. Solo se introducen algunas modulaciones, fruto de la experiencia acumulada. Las características esenciales del procedimiento son las siguientes:

a) cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a un anuncio de licitación, proporcionando la información para la selección cualitativa que haya solicitado el poder adjudicador;

b) los poderes adjudicadores darán a conocer sus necesidades y requisitos en el anuncio de licitación y los definirán en dicho anuncio o en un documento descriptivo; al mismo tiempo, y en los mismos documentos, también darán a conocer y definirán los criterios de adjudicación elegidos y darán un plazo indicativo;

c) el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta (30) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación¹⁰⁴;

d) solo podrán participar en el diálogo los operadores económicos invitados por el poder

adjudicador, previa evaluación de la información facilitada;

e) los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos aptos invitados a participar en el diálogo competitivo¹⁰⁵. También, tendrán la posibilidad de articular el procedimiento en fases sucesivas, a fin de reducir el número de soluciones que hayan de examinarse durante la fase de diálogo, aplicando los criterios de adjudicación indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo;

f) los poderes adjudicadores entablarán un diálogo con los participantes seleccionados, con el fin de determinar y definir los medios más idóneos para satisfacer sus necesidades; mantendrán dicho diálogo hasta que estén en condiciones de determinar la solución o soluciones que podrán responder a sus necesidades.

En el transcurso de este diálogo se podrán debatir todos los aspectos de la contratación con los participantes seleccionados.

Al margen del respeto a los datos confidenciales aportados por los participantes, la Directiva 2014/24/UE no establece demasiadas normas imperativas para desarrollar el diálogo. Sin perjuicio de ello, su Considerando (42) aconseja a los poderes adjudicadores “*nombrar a un jefe de proyecto para velar por la buena cooperación entre los operadores económicos y el poder adjudicador durante el procedimiento de adjudicación*”.

g) tras haber declarado cerrado el diálogo y haber informado de ello a los demás participantes, los poderes adjudicadores invitarán a cada uno de ellos a que presente su oferta definitiva, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo;

¹⁰⁴ En el artículo 38.3.a) de la Directiva 2004/18/CE, este plazo mínimo era de treinta y siete (37) días.

¹⁰⁵ El número mínimo de candidatos será de tres.

h) los poderes adjudicadores evaluarán las ofertas recibidas en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo;

i) el contrato se adjudicará únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, según lo dispuesto en el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE.

En particular, conviene destacar que, una vez seleccionada la oferta que presente la mejor relación calidad-precio, y a petición del poder adjudicador, se podrán llevar a cabo negociaciones con el correspondiente licitador, con el fin de confirmar compromisos financieros u otras condiciones contenidas en su oferta¹⁰⁶.

v) Asociación para la innovación

➤ *Cuestiones generales*

El artículo 31 de la Directiva 2014/24/UE regula un nuevo procedimiento específico de adjudicación, la asociación para la innovación, ideado para que los poderes adjudicadores tengan un mecanismo que permita satisfacer sus necesidades en relación con el desarrollo y posterior adquisición de productos, servicios u obras innovadores, cuya demanda no puede ser satisfecha por el mercado.

Atendiendo a su finalidad, la asociación tiene vocación de permanencia en el tiempo, toda vez que comprenderá tanto la fase de investigación y desarrollo, como la compra de los bienes correspondientes, siempre que respondan a los niveles de rendimiento y de costes máximos previamente acordados.

¹⁰⁶ Siempre que ello no dé lugar a que se modifiquen materialmente aspectos fundamentales de la oferta o de la licitación (en particular, las necesidades y los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo), y que dicha negociación no conlleve un riesgo de falseamiento de la competencia ni ocasione discriminaciones.

La asociación para la innovación se basa en la normativa aplicable al procedimiento negociado. Los correspondientes contratos deben adjudicarse basándose únicamente en la mejor relación calidad-precio¹⁰⁷.

ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN:

1. SE BASA EN LA NORMATIVA APLICABLE AL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO.
2. ES POSIBLE ESTABLECER LA ASOCIACIÓN CON UNO O VARIOS SOCIOS.
3. SE ARTICULA MEDIANTE FASES.
4. PARA ADJUDICAR LOS CONTRATOS SE TENDRÁ EN CUENTA LA MEJOR RELACIÓN CALIDAD-PRECIO.

Conviene señalar también que este procedimiento no puede utilizarse de manera tal que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada. Ello es especialmente relevante considerando que no será necesario acudir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición de las obras, productos y servicios.

➤ *Articulación del procedimiento*

Las características esenciales del procedimiento destinado a establecer una asociación para la innovación son las siguientes:

a) cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando, para la

¹⁰⁷ Metodología que el legislador estima como la más indicada para comparar las ofertas relativas a soluciones innovadoras.

selección cualitativa, la información que haya solicitado el poder adjudicador;

b) en los pliegos de la contratación, el poder adjudicador

- determinará cuál es la necesidad que no puede ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios u obras ya disponibles en el mercado;
- indicará qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todos los licitadores en sus ofertas;
- definirá las disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual e industrial;
- determinará si la asociación se va a establecer con un solo socio o bien con varios socios¹⁰⁸.

De manera razonable, en los pliegos también se deberán desarrollar las características esenciales de la asociación, cuyas líneas básicas se contemplan en los apartados primero y segundo del artículo 31 de la Directiva 2014/24/UE.

Así, la asociación se estructurará en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación. A tal efecto, deberá fijar unos objetivos intermedios a cumplir por los socios, así como su retribución, considerando el grado de cumplimiento de aquellos.

El poder adjudicador velará por que la estructura de la asociación y, en particular, la duración y el valor de las diferentes fases reflejen el grado de innovación de la solución propuesta y la secuencia de las actividades

¹⁰⁸ El establecimiento de una asociación con varios socios es aconsejable para evitar disfuncionalidades desde el punto de vista de la competencia.

de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de la solución innovadora¹⁰⁹.

Sobre la base de esos objetivos, el poder adjudicador podrá decidir, al final de cada fase, rescindir la asociación para la innovación o, en el caso de una asociación para la innovación con varios socios, reducir el número de socios mediante la rescisión de los contratos individuales¹¹⁰.

d) el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta (30) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación;

e) solo podrán participar en el procedimiento los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información facilitada;

f) los poderes adjudicadores podrán limitar el número de candidatos aptos que serán invitados a participar en el procedimiento.

El número mínimo de candidatos será de tres, si bien, a la vista de las características de cada licitación, el número de candidatos invitados habrá de ser suficiente, en todo caso, para garantizar una competencia real;

g) al seleccionar a los candidatos, los poderes adjudicadores aplicarán, entre otros, criterios relativos a la capacidad en los ámbitos tanto de la investigación y del desarrollo, como de la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras;

h) los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, con el fin de

¹⁰⁹ En particular, el valor estimado de los suministros, servicios u obras a adquirir no será desproporcionado con respecto a la inversión necesaria para su desarrollo.

¹¹⁰ Siempre que se haya indicado en los pliegos esta posibilidad, así como el alcance de la rescisión.

mejorar su contenido (excepción hecha de la oferta definitiva).

No serán objeto de negociación los requisitos mínimos ni los criterios de adjudicación.

Durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. Con ese fin, informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido eliminadas de cualquier cambio en las especificaciones técnicas o en otros documentos de la contratación¹¹¹;

i) las negociaciones durante los procedimientos de las asociaciones para la innovación podrán desarrollarse en fases sucesivas, a fin de reducir el número de ofertas que haya que negociar, aplicando los criterios de adjudicación especificados ya sea en el anuncio de licitación, en la invitación a confirmar el interés o bien en los pliegos de la contratación;

j) razonablemente, cuando el poder adjudicador piense concluir las negociaciones, informará a los licitadores restantes y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas definitivas;

k) los contratos se adjudicarán únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio, según lo dispuesto en el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE.

11. CONTRATACIÓN AGREGADA

La Directiva 2014/24/UE refuerza y mejora los instrumentos para racionalizar las adquisiciones y facilitar la agregación de la demanda.

En los siguientes epígrafes se analizarán las características básicas de tales instrumentos, así como las principales novedades con respecto a la Directiva 2004/18/CE.

¹¹¹ De existir tales cambios, los poderes adjudicadores darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda.

i) Acuerdos marco

➤ *Cuestiones generales*

El artículo 33 de la Directiva 2014/24/UE regula los acuerdos marco, contemplando una definición casi idéntica a la regulación anterior: “*acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas*”.

De igual modo, se mantienen las líneas y características esenciales de esta figura con respecto a la Directiva 2004/18/CE.

Por una parte, su Considerando (60) señala que “*el instrumento de los acuerdos marco ha sido ampliamente utilizado y se considera una técnica de contratación eficiente en toda Europa. Por lo tanto, debe mantenerse a grandes rasgos en su estado actual*”.

Por otra parte, también se conservan las prevenciones de la regulación anterior en cuanto a la utilización de los acuerdos marco. Los poderes adjudicadores no deben recurrir a esta figura de manera abusiva o de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada¹¹².

No obstante, lo cierto es que en la nueva regulación se matizan o modulan diversas cuestiones, con el fin de maximizar el respeto a los principios que se derivan de los Tratados comunitarios.

Las características de los acuerdos marco se pueden esquematizar del modo que sigue:

¹¹² Es necesario tener en cuenta, también, que los poderes adjudicadores no están obligados, con arreglo a la Directiva 2014/24/UE, a contratar obras, suministros o servicios que estén cubiertos por un acuerdo marco, en virtud del mismo.

➤ *Duración*

La duración del acuerdo marco *no superará los cuatro años*, salvo en casos excepcionales debidamente justificados¹¹³.

A este respecto, es necesario tener en cuenta que si bien los contratos basados en un acuerdo marco han de adjudicarse antes del final del plazo de duración del propio acuerdo marco, tales contratos pueden superar el período de vigencia del acuerdo marco del que derivan. También es preciso poner de relieve que la duración de los contratos individuales puede ser mayor o menor que la del acuerdo marco, si ello resulta procedente¹¹⁴.

➤ *Tipología*

Tal y como señala la “*Nota explicativa sobre los acuerdos marco*” de la Dirección General de Mercados y Servicios de la Comisión Europea, de 14 de julio de 2005, los acuerdos marco no forman una categoría unitaria. Antes al contrario, responden a dos situaciones diferentes:

- acuerdos marco que establecen todos sus términos (con fines explicativos, los denomina «*contratos marco*»);
- acuerdos marco que no establecen todos sus términos (con fines explicativos los denomina «*acuerdos marco en sentido estricto*»).

¹¹³ El Considerando (62) de la Directiva pone un ejemplo de posible excepción al plazo máximo de duración: cuando los operadores económicos necesiten disponer de equipos para los que el período de amortización sea superior a cuatro años y que deban estar disponibles en cualquier momento durante la duración del acuerdo marco.

¹¹⁴ En tal sentido, el Considerando (62) de la Directiva señala que la duración de contratos individuales basados en un acuerdo marco ha de tener en cuenta el tiempo necesario para su ejecución, aunque sea superior a la propia duración del acuerdo marco. Por ejemplo: cuando se incluya el mantenimiento del equipo con una duración de vida esperada mayor de cuatro años o cuando sea precisa una amplia formación del personal que ejecute el contrato.

Igualmente, se establece otra distinción, atendiendo al número de operadores económicos:

- acuerdos marco celebrados con varios empresarios;
- acuerdos marco celebrados con un único empresario.

La Directiva 2014/24/UE recoge todas estas categorías, ya “tradicional”¹¹⁵.

Por una parte, el artículo 33.3 de la Directiva 2014/24/UE contempla la posibilidad de que se celebren acuerdos marco con un único operador económico:

- los contratos derivados se adjudicarán con arreglo a los términos establecidos en el acuerdo marco;
- en la adjudicación de los contratos derivados, los poderes adjudicadores podrán consultar por escrito al operador económico que sea parte en el acuerdo marco, pidiéndole que complete su oferta en la medida en que sea necesario.

Por otra parte, el artículo 33.4 de la Directiva 2014/24/UE contempla la posibilidad de que se celebren acuerdos marco con varios operadores económicos. A su vez, este precepto diferencia entre

- acuerdos marco que establezcan todas las condiciones aplicables a la ejecución de las prestaciones que constituyen su objeto: se adjudicarán sin necesidad de una nueva licitación;
- acuerdos marco que no establezcan todas las condiciones aplicables a la ejecución de las

¹¹⁵ Al igual que la Directiva 2004/18/CE.

prestaciones que constituyen su objeto: se adjudicarán mediante una nueva licitación.

Hay que tener en cuenta que ambos supuestos no son excluyentes, toda vez que el artículo 33.4.b) de la Directiva establece la posibilidad de que, en un mismo acuerdo marco, puedan adquirirse obras, suministros y servicios tanto directamente como mediante la convocatoria de una nueva licitación, siempre que la decisión se adopte con arreglo a criterios objetivos establecidos en los pliegos de la contratación del acuerdo marco¹¹⁶.

➤ *Régimen aplicable a los acuerdos marco celebrados con más de un operador económico que establezcan todas las condiciones*

El legislador comunitario considera que los poderes adjudicadores han de tener más flexibilidad en la contratación realizada con arreglo a acuerdos marco que se hayan celebrado con más de un operador económico y que establezcan todas las condiciones.

En tal sentido, se adjudicarán sin previa licitación, siempre que en los pliegos de la contratación del acuerdo marco se establezcan las condiciones objetivas para determinar cuál de los operadores económicos que son parte en el acuerdo marco deberá ejecutar los diversos cometidos.

➤ *Régimen aplicable a los acuerdos marco celebrados con más de un operador económico que no establezcan todas las condiciones*

Cuando en el acuerdo marco no estén establecidas todas las condiciones aplicables a la realización de las obras, los servicios y los suministros, será necesaria una licitación para adjudicar los contratos derivados.

¹¹⁶ Estos criterios podrían guardar relación, por ejemplo, con la cantidad, el valor o las características de las obras, suministros o servicios de que se trate, así como con la necesidad de un grado superior de servicio o un mayor nivel de seguridad, o con la evolución de los niveles de los precios en comparación con un índice de precios previamente determinado.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 33.5 de la Directiva 2014/24/UE, las licitaciones se basarán en los mismos términos que la adjudicación del acuerdo marco, precisándolos si fuera necesario. También podrán basarse en otras consideraciones, siempre que estén detalladas en los pliegos de la contratación del acuerdo marco. En todo caso, se seguirá el siguiente procedimiento¹¹⁷:

- para cada contrato que se vaya a adjudicar, los poderes adjudicadores consultarán por escrito a todos los operadores económicos que sean capaces de ejecutar el contrato;
- los poderes adjudicadores fijarán un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico, teniendo en cuenta factores tales como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta;
- las ofertas se presentarán por escrito y su contenido no se hará público hasta que expire el plazo previsto para responder a la convocatoria.

Atendiendo a todo lo anterior, las entidades contratantes adjudicarán cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta, basándose para ello en los criterios de adjudicación detallados en los pliegos de la contratación del acuerdo marco.

➤ *Modificaciones introducidas en los contratos derivados*

Los contratos basados en un acuerdo marco no podrán en ningún caso introducir modificaciones sustanciales con respecto a los términos establecidos en dicho acuerdo marco.

¹¹⁷ Idéntico al previsto en la Directiva 2004/18/CE.

➤ *Ámbito subjetivo*

La Directiva 2014/24/UE también estima necesario delimitar adecuadamente el alcance subjetivo de los acuerdos marco. En particular, la justificación de esta medida se contempla en su Considerando (60).

Así, por una parte, establece que en la implementación de este instrumento debe indicarse de manera clara y expresa quiénes son los poderes adjudicadores que forman parte del acuerdo marco, a fin de que puedan ser identificados fácilmente¹¹⁸. Ello, con la finalidad de que el acuerdo marco no pueda ser utilizado por otros poderes adjudicadores no reconocidos en dicho instrumento.

Por otra parte, también establece que un acuerdo marco no debe estar abierto a la entrada de nuevos operadores económicos, una vez que haya sido celebrado.

ii) Sistemas dinámicos de adquisición

Los sistemas dinámicos de adquisición son instrumentos para llevar a cabo compras corrientes, cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfacen las necesidades ordinarias de los poderes adjudicadores.

El Considerando (63) de la Directiva 2014/24/UE pone de manifiesto que, a tenor de la experiencia adquirida, es necesario adaptar las normas que regulan los sistemas dinámicos de adquisición, a fin de que los poderes adjudicadores puedan sacar el máximo provecho de las posibilidades que ofrece ese instrumento.

El apartado primero del artículo 34 de la Directiva 2014/24/UE aborda en primer lugar las

¹¹⁸ Bien por su nombre, bien por otros medios (por ejemplo: haciendo referencia a una determinada categoría de poderes adjudicadores dentro de una zona geográfica claramente delimitada).

características esenciales del sistema dinámico de adquisición, que son análogas a las previstas en la anterior regulación, a saber:

- es un proceso totalmente electrónico;
- estará abierto durante todo el período de vigencia del sistema de adquisición a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección;
- podrá dividirse en categorías de productos, obras y servicios, que serán definidas objetivamente conforme a las características de la contratación que vaya a realizarse en la categoría de que se trate¹¹⁹.

Sobre esta base, los siguientes apartados del artículo 34 de la Directiva 2014/24/UE deparan una notable simplificación procedimental de los sistemas dinámicos de adquisición. Dicho procedimiento se puede resumir del modo siguiente, tomando como referencia la regulación de la Directiva 2004/18/CE:

➤ *Utilización del procedimiento restringido*

Para contratar en el marco de un sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores seguirán las normas del procedimiento restringido¹²⁰.

De este modo, todo operador económico que presente una solicitud de participación y cumpla los criterios de selección debe ser autorizado a participar en los procedimientos de contratación que se lleven a cabo a través del sistema dinámico de adquisición durante su período de vigencia¹²¹.

¹¹⁹ Entre dichas características podrá figurar la referencia al volumen máximo admisible de contratos específicos subsiguientes, o bien a una zona geográfica específica donde vayan a ejecutarse los contratos específicos subsiguientes.

¹²⁰ En la Directiva 2004/18/CE se llevaba a cabo mediante las normas del procedimiento abierto.

¹²¹ Se elimina, en consecuencia, la necesidad de que los licitadores presenten ofertas indicativas. Esta obligación había

Sin perjuicio de seguir las reglas del procedimiento restringido, el apartado 2 del artículo 34 de la Directiva 2014/24/UE establece una serie de modulaciones en cuanto a los plazos aplicables:

- el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta (30) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación¹²²;
- no se fijará un plazo suplementario para la recepción de las solicitudes de participación una vez se haya enviado la invitación a presentar ofertas para la primera contratación específica en el marco del sistema dinámico de adquisición;
- el plazo mínimo para la recepción de ofertas será de diez (10) días a partir de la fecha en que se envíe la invitación a presentar las ofertas¹²³.

➤ *Particularidades de la adjudicación*

Para la adjudicación de contratos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores, entre otras cuestiones,

- publicarán una convocatoria en la que se precisará claramente que se trata de un sistema dinámico de adquisición;
- indicarán en los pliegos de la contratación, al menos, la naturaleza y la cantidad estimada de

sido señalada como uno de los aspectos más gravosos relacionados con los sistemas dinámicos de adquisición.

¹²² O, en caso de que se utilice un anuncio de información previa como medio de convocatoria de la licitación, a partir de la fecha de envío de la invitación a confirmar el interés.

¹²³ En su normativa, los Estados miembros tienen la posibilidad de contemplar que todos los poderes adjudicadores subcentrales o determinadas categorías de los mismos puedan establecer el plazo para la recepción de las ofertas de mutuo acuerdo entre el poder adjudicador y los candidatos seleccionados, siempre que la totalidad de los candidatos seleccionados disponga de un plazo idéntico para preparar y presentar sus ofertas.

las compras previstas, así como toda la información necesaria relativa al sistema dinámico de adquisición¹²⁴;

- señalarán, en su caso, las categorías de productos, obras o servicios en las que se articula el sistema, así como aquellas características que las definen de manera objetiva¹²⁵.

Los poderes adjudicadores, en cada contratación específica que se vaya a celebrar, deberán invitar a todos los participantes admitidos en el sistema dinámico de adquisición para que, en su caso, presenten una oferta¹²⁶.

➤ *Desarrollo del sistema dinámico de adquisición*

Durante todo el período de vigencia del sistema dinámico de adquisición, cualquier operador económico tendrá la posibilidad de solicitar su participación en el sistema.

A tal efecto, los poderes adjudicadores deberán llevar a cabo el examen de las solicitudes de participación presentadas, de conformidad con los criterios de selección establecidos, en el plazo de diez (10) días hábiles desde su recepción¹²⁷. Dicho plazo podrá

¹²⁴ En particular, el modo de funcionamiento del mismo, el equipo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

¹²⁵ Pueden incluir, por ejemplo, el volumen máximo admisible de contratos específicos que vayan a adjudicarse dentro de una categoría determinada, o bien la zona geográfica específica donde vayan a ejecutarse contratos específicos. Cuando un sistema de adquisición se divida en categorías, el poder adjudicador ha de aplicar unos criterios de selección que guarden proporción con las características de la categoría de que se trate.

¹²⁶ Cuando el sistema dinámico de adquisición haya sido dividido en categorías, invitarán a todos los participantes que hayan sido admitidos en la categoría correspondiente a la contratación específica de que se trate.

¹²⁷ El Considerando (64) estima que es un plazo razonable, toda vez que la evaluación de los criterios de selección se realizará basándose en los requisitos simplificados en materia de documentación que se establecen en la Directiva. De manera señalada, en el documento europeo único de contratación regulado en su artículo 59.

prorrogarse a quince (15) días hábiles en casos concretos justificados¹²⁸.

Los poderes adjudicadores tendrán libertad para organizar la manera en que piensan examinar las solicitudes de participación (por ejemplo, decidiendo llevar a cabo ese examen solo una vez por semana, siempre que se observen los plazos para el mismo de cada solicitud de admisión).

➤ *Periodo de vigencia*

Si bien en la Directiva 2004/18/CE se establecía expresamente que la duración de un sistema dinámico de adquisición no podrá ser superior a cuatro años, salvo en casos excepcionales¹²⁹, en el artículo 34 de la Directiva 2014/24/UE no se establece un plazo específico de duración del sistema dinámico de adquisición.

No obstante, sí se establecen determinadas obligaciones en relación con el periodo de vigencia del sistema.

Así, la duración del sistema dinámico de adquisición deberá constar expresamente en la convocatoria de la licitación. Igualmente, los poderes adjudicadores deberán informar a la Comisión Europea de cualquier cambio en su periodo de vigencia (por ejemplo, de las modificaciones que se produzcan en su duración, o de la finalización del sistema).

➤ *Gastos derivados de la participación en el sistema*

Al igual que en la regulación anterior, no se podrá cobrar ningún gasto a los operadores económicos

¹²⁸ En particular, si es necesario examinar documentación complementaria o verificar de otro modo si se cumplen los criterios de selección. Por otra parte, la Directiva también establece un plazo excepcional mientras la convocatoria de ofertas para la primera contratación específica no haya sido enviada, teniendo en cuenta que, en un momento inicial, los poderes adjudicadores se pueden encontrar con un número elevado de solicitudes.

¹²⁹ Artículo 33.7 de la Directiva 2004/18/CE.

que estén interesados o que participen en el sistema dinámico de adquisición, ni antes de que se inicie el período de vigencia del sistema ni durante dicho período, a los operadores.

iii) Subastas electrónicas

La Directiva 2004/18/CE llevó a cabo, en su artículo 1, una definición comunitaria de las subastas electrónicas, en los siguientes términos:

“es un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos”¹³⁰.

Por consiguiente, no podrán ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de servicios y determinados contratos de obras cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras”.

Igualmente, la Directiva 2004/18/CE delimitó la utilización de esta figura mediante normas específicas (en particular, las contenidas en su artículo 54) con la finalidad de garantizar que las subastas electrónicas se desarrollasen con pleno respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Precisamente, el artículo 35 de la nueva Directiva 2014/24/UE regula las subastas electrónicas respetando la definición y los parámetros generales contenidos en la normativa anterior.

En tal sentido, la subasta electrónica podrá utilizarse

¹³⁰ Solo pueden ser objeto de subasta electrónica los elementos susceptibles de ser sometidos a una evaluación automática sin intervención ni evaluación del poder adjudicador (elementos cuantificables que puedan expresarse en cifras o en porcentajes).

- en los procedimientos abiertos, restringidos o negociados, siempre que el contenido de los pliegos de la contratación (en particular las especificaciones técnicas) pueda ser establecido de manera precisa;
- cuando se convoque a una nueva licitación a las partes, bien en un acuerdo marco, bien en el marco del sistema dinámico de adquisición.

La subasta electrónica se basará en uno de los siguientes elementos de las ofertas:

- solo en los precios, cuando el contrato se adjudique atendiendo exclusivamente al precio;
- en los precios y/o en los nuevos valores de los elementos de las ofertas indicados en los pliegos de la contratación, cuando el contrato se adjudique en función de la mejor relación calidad-precio, o bien a la oferta de menor coste atendiendo a la relación coste-eficacia.

En cuanto a la articulación de la subasta electrónica, la Directiva establece que:

- se invitará simultáneamente, por medios electrónicos, a todos los licitadores que hayan presentado ofertas admisibles a que participen, a partir de la fecha y la hora especificadas, utilizando las conexiones conforme a las instrucciones establecidas en la invitación;
- la subasta electrónica no comenzará hasta pasados, como mínimo, dos (2) días hábiles desde la fecha de envío de las invitaciones;
- la subasta electrónica podrá desarrollarse en varias fases sucesivas (se deberá indicar en la invitación el calendario de las fases).

La invitación indicará, entre otras cuestiones,

- el resultado de la evaluación completa de la oferta del licitador de que se trate;
- la fórmula matemática a través de la cual se podrán determinar las reclasificaciones automáticas en función de los nuevos precios o de los nuevos valores ofertados¹³¹ (en el supuesto de que se autoricen variantes, deberá proporcionarse una fórmula para cada variante).

A lo largo de cada una de las fases de la subasta electrónica, los poderes adjudicadores comunicarán a todos los licitadores -de forma instantánea, como mínimo-, la información que les permita conocer en todo momento su respectiva clasificación. También podrán comunicar, si así se ha indicado previamente, otros datos relativos a precios o valores presentados por los licitadores¹³².

Los poderes adjudicadores cerrarán la subasta electrónica

- en la fecha y hora indicadas en la invitación;
- cuando no reciban nuevos precios o nuevos valores que respondan a los requisitos relativos a las diferencias mínimas¹³³;

¹³¹ Salvo en el supuesto de que la oferta más ventajosa económicamente se determine solo sobre la base del precio, dicha fórmula incorporará la ponderación de todos los criterios establecidos, de acuerdo con lo indicado en el anuncio utilizado como medio de convocatoria de licitación o en otros documentos de la contratación. Para ello, las eventuales bandas de valores deberán expresarse previamente con un valor determinado.

¹³² Asimismo, podrán anunciar en cualquier momento el número de participantes en esa fase de la subasta. Sin embargo, en ningún caso estarán autorizados a revelar la identidad de los licitadores en tanto se estén celebrando las diferentes fases de la subasta electrónica.

¹³³ Siempre que el poder adjudicador haya especificado previamente el plazo que respetará a partir de la recepción de la última presentación antes de dar por concluida la subasta electrónica.

- cuando concluya el número de fases de la subasta.

Posteriormente, se adjudicará el contrato en función de los resultados de la subasta electrónica.

iv) Catálogos electrónicos

➤ *Cuestiones generales*

El Considerando (68) de la Directiva 2014/24/UE, en su análisis de las nuevas técnicas electrónicas de compra, destaca la potencialidad de los catálogos electrónicos como instrumento para la presentación y organización de la información de forma similar en los procedimientos de licitación¹³⁴.

Igualmente, pone de relieve sus virtudes, al estimar que los catálogos electrónicos contribuyen a incrementar la competencia y a racionalizar las compras públicas, en especial gracias al ahorro de tiempo y dinero.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 36.1 de la Directiva 2014/24/UE configura un esquema en el que los poderes adjudicadores, si lo estiman oportuno, pueden exigir la presentación de catálogos electrónicos en todos los procedimientos en los que se requiera el uso de medios de comunicación electrónicos¹³⁵.

Igualmente, el artículo 36.1 de la Directiva determina que los Estados miembros pueden hacer obligatoria la utilización de catálogos electrónicos en relación con determinados tipos de contratación.

Para complementar estas habilitaciones, los restantes apartados del citado artículo 36 establecen una serie de normas tendentes a garantizar que la utilización de

¹³⁴ Según dicho Considerando, “un ejemplo de ello podría ser la presentación de licitadores en forma de hoja de cálculo”.

¹³⁵ Ya sea que las ofertas se presenten en forma de catálogo electrónico, ya sea que incluyan un catálogo electrónico.

la nueva técnica¹³⁶ cumple con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

➤ *Características de las ofertas*

Cuando se acepte o se exija la presentación de las ofertas en forma de catálogo electrónico, los licitadores, a la hora de preparar sus proposiciones, deberán tener en cuenta que

- los catálogos electrónicos serán elaborados de conformidad con las especificaciones técnicas y el formato establecidos por el poder adjudicador;
- en sus relaciones, los licitadores deberán cumplir con los requisitos aplicables a las herramientas de comunicación electrónicas según las previsiones de la Directiva 2014/24/UE y las exigencias de los poderes adjudicadores¹³⁷;
- en su caso, si así lo establece el poder adjudicador, deberán observar la posibilidad de que las ofertas presentadas en forma de catálogo electrónico podrán ir acompañadas de otros documentos que las completen;
- la utilización de catálogos electrónicos para la presentación de ofertas no debe implicar la posibilidad de que los operadores económicos se limiten a la transmisión de su catálogo general; de este modo, deberán adaptar sus catálogos generales en función del concreto procedimiento de contratación.

¹³⁶ Nótese que, en sentido estricto, no son una novedad, pues el Considerando (12) de la Directiva 2004/18/CE ya preveía que “la presentación de una oferta por un licitador, en particular en caso de una nueva licitación para la aplicación de un acuerdo marco o para poner en práctica un sistema dinámico de adquisición, podrá adoptar la forma del catálogo electrónico de dicho licitador”.

¹³⁷ En particular, deberán seguir los requisitos establecidos en relación con el formato y el equipo electrónico utilizado, así como con las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

➤ *Actualización de catálogos en acuerdos marco y sistemas dinámicos*

Los apartados 4, 5 y 6 del artículo 36 de la Directiva 2014/24/UE detallan el régimen aplicable a la adjudicación de contratos basados en acuerdos marco o en un sistema dinámico de adquisición, en los que las ofertas se presenten en forma de catálogo electrónico.

En particular, en el caso de acuerdos marco celebrados con varios operadores económicos tras la presentación de ofertas en forma de catálogos electrónicos, los poderes adjudicadores pueden disponer que las nuevas licitaciones que se convoquen para la adjudicación de contratos específicos se basen en catálogos actualizados.

En tal supuesto, los poderes adjudicadores tendrán dos alternativas.

La primera opción consistirá en invitar a los licitadores a que vuelvan a presentar sus catálogos electrónicos adaptados a los requisitos del contrato específico.

La segunda opción, sin duda más compleja, se basará en la notificación a los licitadores de la intención de obtener, a partir de los catálogos electrónicos ya presentados, la información necesaria para constituir ofertas adaptadas a los requisitos del contrato específico en cuestión¹³⁸.

De este modo, los poderes adjudicadores estarán *de facto* autorizados a generar ofertas relacionadas con compras específicas sobre la base de catálogos electrónicos enviados previamente.

No obstante, cuando un poder adjudicador haya generado ofertas, el operador económico afectado

dispondrá de mecanismos para modular su vinculación a la oferta generada. Con tal fin, el apartado 5 del artículo 36 de la Directiva 2014/24/UE regula una suerte de “procedimiento de conformidad”.

Así, en la convocatoria de las nuevas licitaciones para contratos específicos en las que se vaya a utilizar la generación de ofertas, los poderes adjudicadores notificarán a los licitadores la fecha y la hora en las que prevén recopilar la información necesaria para constituir ofertas adaptadas a los requisitos del contrato específico en cuestión¹³⁹, si bien ofrecerán a los licitadores la posibilidad de negarse a que se realice esta operación.

Igualmente, antes de adjudicar el contrato, los poderes adjudicadores presentarán la información recopilada al licitador interesado, a fin de darle la posibilidad de comprobar que la oferta así constituida no contiene errores materiales.

Como es lógico, cuando existan errores, el operador económico no estará vinculado a la oferta generada por el poder adjudicador, a menos que se hayan subsanado.

Finalmente, conviene señalar que el régimen relativo a la generación de ofertas también será aplicable en la adjudicación de contratos basados en un sistema dinámico de adquisición.

v) Compra centralizada

La Directiva 2014/24/UE es consciente de que las técnicas de centralización de adquisiciones se utilizan cada vez más en la mayoría de los Estados miembros. Igualmente, tiene presentes los notables beneficios que la compra centralizada conlleva en

¹³⁸ Siempre que esta posibilidad se haya anunciado en los pliegos de la contratación del acuerdo marco.

¹³⁹ La Directiva señala que los poderes adjudicadores establecerán un lapso de tiempo adecuado entre la notificación y la obtención efectiva de la información.

relación con la mejor utilización de los fondos públicos y el fomento de la libre competencia.

Por ello, la nueva regulación pretende aclarar y optimizar las previsiones existentes hasta la fecha en la materia.

En primer lugar, el artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE trata de delimitar los contornos de la compra centralizada.

Así, por una parte, su apartado 14 define las actividades de compra centralizada como *“alguna de las formas de actividades siguientes, realizadas con carácter permanente:*

a) *la adquisición de suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores;*

b) *la adjudicación de contratos públicos o la celebración de acuerdos marco de obras, suministros o servicios destinados a poderes adjudicadores”.*

Por otra parte, el apartado 16 del artículo 2 define las centrales de compras como *“un poder adjudicador que realiza actividades de compra centralizadas y, eventualmente, actividades de compra auxiliares”*¹⁴⁰.

De las definiciones anteriores (interpretadas de manera sistemática con el Considerando (69) de la Directiva 2014/24/UE) se pueden extraer las tres funciones esenciales atribuidas a las centrales de compras:

- actuar como una suerte de “mayoristas”, al “comprar, almacenar o revender” servicios

¹⁴⁰ Aunque el Considerando (69) de la nueva Directiva señala como objetivo *“establecer una definición a escala de la Unión de las centrales de compras al servicio de los poderes adjudicadores”*, lo cierto es que la definición de central de compras ya se contemplaba en el apartado 10 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE en los siguientes términos: *“es un poder adjudicador que: i) adquiere suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores, o ii) adjudica contratos públicos o celebra acuerdos marco de obras, suministro o servicios destinados a poderes adjudicadores”*.

y/o suministros; los destinatarios últimos de tales servicios y/o suministros serán los poderes adjudicadores;

- operar como intermediarias, al adjudicar contratos, gestionar sistemas dinámicos de ventas o celebrar acuerdos marco que vayan a utilizar los poderes adjudicadores¹⁴¹;
- llevar a cabo, puntualmente, actividades de compra auxiliares¹⁴².

La regulación propiamente dicha de las actividades de compra centralizada y de las centrales de compras se establece en el artículo 37 de la Directiva 2014/24/UE.

Este precepto, al margen de contemplar las tres funciones antedichas¹⁴³ y de establecer la obligación de que todos los procedimientos de contratación dirigidos por una central de compras se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, regula una relevante cuestión: las normas de atribución de responsabilidad respecto del cumplimiento de las obligaciones previstas en la Directiva entre la central de compras y los poderes adjudicadores que compren a la central de compras o a través de ella.

De este modo, en primer lugar, se establece la genérica obligación (ya contemplada en la regulación anterior ¹⁴⁴) de que los poderes adjudicadores

¹⁴¹ Su objeto podrán ser obras, servicios o suministros.

¹⁴² Como se ha señalado previamente, el apartado 15 del artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE define las actividades de compra auxiliares como aquellas *“consistentes en la prestación de apoyo a las actividades de compra, en particular en las formas siguientes: a) infraestructuras técnicas que permitan a los poderes adjudicadores adjudicar contratos públicos o celebrar acuerdos marco de obras, suministros o servicios; b) asesoramiento sobre la realización o la concepción de los procedimientos de contratación pública; c) preparación y gestión de los procedimientos de contratación en nombre del poder adjudicador y por cuenta de éste”*.

¹⁴³ En su apartado 1 y en el último párrafo del apartado 4.

¹⁴⁴ El artículo 11.2 de la Directiva 2004/18/CE establecía la presunción de cumplimiento de las disposiciones de la Directiva siempre que la central de compras respetase dichas disposiciones.

cumplan con las disposiciones de la Directiva cuando adquiera suministros o servicios a una central de compras.

En segundo lugar, la Directiva 2014/24/UE tiene en cuenta que las tareas asumidas por las centrales de compras en relación con la adjudicación de contratos de obras, servicios y suministros destinados a poderes adjudicadores pueden desempeñarse

- bien de manera autónoma, ejecutando los procedimientos pertinentes sin recibir instrucciones de los poderes adjudicadores;
- bien siguiendo instrucciones de los poderes adjudicadores de que se trate, en nombre y por cuenta de los mismos.

Así, se considera que, en el caso de que la central de compras sea la única responsable del desarrollo de los procedimientos de adjudicación, habrá de ser también exclusiva y directamente responsable de su legalidad.

En el caso de que un poder adjudicador dirija o se encargue de llevar a cabo determinadas partes del procedimiento de adjudicación¹⁴⁵, será directamente responsable del cumplimiento de la legalidad.

vi) Contratación conjunta esporádica

El Considerando (71) de la Directiva 2014/24/UE establece, entre otras cuestiones, que el refuerzo de las disposiciones relativas a las centrales de compras no debe impedir la articulación de esquemas de contratación conjunta esporádica por parte de dos o más poderes adjudicadores.

¹⁴⁵ Por ejemplo, la convocatoria de una nueva licitación basada en un acuerdo marco, o la adjudicación de contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición administrado por la central de compras.

Debido al relevante papel que este instrumento desempeña en la realidad práctica de los poderes adjudicadores (de manera señalada, en relación con los proyectos innovadores), y teniendo presente que la anterior normativa apenas regulaba la cuestión, el artículo 38 de la Directiva detalla el marco jurídico aplicable a tales contrataciones.

LA NUEVA DIRECTIVA REGULA LA CONTRATACIÓN CONJUNTA ESPORÁDICA. ENTRE OTROS ASPECTOS, ESTABLECE DE MANERA DETALLADA LA RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES ADJUDICADORES QUE UTILICEN ESTA TÉCNICA

A este respecto, conviene señalar que en la contratación conjunta los poderes adjudicadores tienen a su disposición múltiples alternativas, tales como:

- la contratación coordinada mediante la preparación de especificaciones técnicas comunes para las obras, suministros o servicios que vayan a ser licitados, siguiendo posteriormente cada poder adjudicador un procedimiento de licitación independiente;
- la celebración de una licitación en la que los poderes adjudicadores interesados sigan un procedimiento de contratación desarrollado íntegramente de forma conjunta, en nombre y por cuenta de todos ellos;
- la celebración de una licitación en la que los poderes adjudicadores interesados sigan un procedimiento de adjudicación, confiando a un solo poder adjudicador la gestión de la licitación en nombre de todos ellos.

Atendiendo a lo anterior y, de manera señalada, a los dos últimos supuestos, el artículo 38.2 de la Directiva

2014/24/UE regula el régimen de responsabilidad para los poderes adjudicadores participantes.

Así, cuando un procedimiento de contratación se desarrolle en su totalidad de forma conjunta en nombre y por cuenta de todos los poderes adjudicadores interesados, estos tendrán también la responsabilidad conjunta del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 2014/24/UE.

Esta responsabilidad conjunta también tendrá virtualidad en aquellos supuestos en los que un solo poder adjudicador administre el procedimiento en nombre y por cuenta de todos los poderes adjudicadores interesados.

No obstante, cuando un procedimiento de contratación no se desarrolle en su totalidad en nombre y por cuenta de la totalidad de los poderes adjudicadores interesados, estos solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se hayan llevado a cabo conjuntamente. De este modo, cada poder adjudicador será único responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva con respecto a las partes del procedimiento que lleve a cabo en su propio nombre y por cuenta propia.

vii) Contratación transfronteriza

➤ *Cuestiones generales*

El Considerando (73) de la Directiva 2014/24/UE llama la atención sobre las dificultades de orden jurídico y práctico que existen para llevar a cabo la adjudicación conjunta de contratos públicos por parte de poderes adjudicadores pertenecientes a diferentes Estados miembros.

Teniendo presente la escasa (o casi nula) regulación en la materia por parte de la Directiva 2004/18/CE, el legislador comunitario se propone desarrollar la

figura de la contratación transfronteriza, con el fin de aprovechar al máximo el potencial del mercado interior en términos de economías de escala y reparto de riesgos y beneficios, especialmente en relación con proyectos innovadores (pues suelen conllevar un riesgo mayor del que razonablemente puede asumir un único poder adjudicador).

En el artículo 39 de la Directiva 2014/24/UE se contempla la nueva regulación que resultará de aplicación a la contratación pública con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros.

Entre otras cuestiones, como veremos, el precepto citado (i) clarifica el régimen de derecho nacional aplicable a las actuaciones transfronterizas; (ii) regula las condiciones para la utilización transfronteriza de las centrales de compras; (iii) detalla el régimen de creación de entidades comunes para la contratación conjunta.

En todo caso, conviene poner de manifiesto que las nuevas posibilidades que ofrece la Directiva en materia de contratación conjunta transfronteriza no han de emplearse con el fin de eludir las normas de Derecho público obligatorias, que, de conformidad con la legislación de la Unión, resulten aplicables en el Estado miembro de que se trate¹⁴⁶.

➤ *Actividades de compra centralizada*

Antes de abordar la concreta regulación de las actividades transfronterizas de compra centralizada, el artículo 39.2 de la Directiva 2014/24/UE trata de “blindar” la utilización de este instrumento, al determinar que ningún Estado miembro prohibirá que sus poderes adjudicadores recurran a actividades

¹⁴⁶ El Considerando (73) de la Directiva 2014/24/UE pone como ejemplo las disposiciones sobre transparencia y acceso a documentos, o los requisitos específicos para la trazabilidad de suministros sensibles.

de compra centralizadas ofrecidas por centrales de compras situadas en otro Estado miembro.

La finalidad del impedimento es clara: evitar decisiones nacionales que puedan obstaculizar tanto la implementación de la nueva regulación como, con carácter más general, el cumplimiento de los principios derivados del mercado interior único.

En cuanto al régimen aplicable a la prestación de las actividades de compra centralizada por una central de compras situada en otro Estado miembro, la regla general (recogida en el artículo 39.3 de la Directiva) es que se lleven a cabo de conformidad con las disposiciones nacionales del Estado miembro en el que se encuentre la central de compras¹⁴⁷.

➤ *Adjudicación transfronteriza de contratos*

Varios poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros podrán adjudicar conjuntamente un contrato público, celebrar un acuerdo marco o administrar un sistema dinámico de adquisición¹⁴⁸.

En estos supuestos, salvo que exista un convenio internacional celebrado entre los Estados miembros interesados que regule el régimen aplicable a la contratación, los poderes adjudicadores participantes en la contratación deberán suscribir un acuerdo en el que se determinen

- las responsabilidades de las partes y las disposiciones nacionales que resulten de aplicación. Los poderes adjudicadores que participen podrán optar, en su caso, por asignar responsabilidades específicas entre ellos, así

como determinar la normativa nacional aplicable (que podrá ser la de cualquiera de los respectivos Estados miembros¹⁴⁹);

- la organización interna del procedimiento de contratación y, en particular, la gestión del procedimiento, la distribución de las obras, suministros o servicios que se vayan a adquirir, el régimen de recursos aplicable, la celebración de los contratos, etc.

En todo caso, cada poder adjudicador participante deberá cumplir con las obligaciones impuestas por la Directiva 2014/24/UE cuando adquiera obras, suministros y servicios de otro poder adjudicador que haya asumido formalmente la responsabilidad del procedimiento de licitación.

➤ *La constitución de una entidad común entre varios poderes adjudicadores. En particular, las AETC.*

Los poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros tienen la posibilidad de crear entidades comunes, bien en virtud de la legislación nacional, bien, principalmente, al amparo de la propia normativa de la Unión Europea.

De hecho, en los últimos años se ha incrementado notablemente el número de entidades comunes a nivel europeo. En particular, en relación con las denominadas agrupaciones europeas de cooperación territorial (“AECT”)¹⁵⁰.

La Directiva 2014/24/UE no es ajena a esta cuestión. Por ello, como novedad, introduce una regulación específica para estos supuestos.

¹⁴⁷ Este mismo régimen se aplicará a (i) la adjudicación de un contrato mediante un sistema dinámico de adquisición; (ii) la convocatoria de una nueva licitación en virtud de un acuerdo marco; (iii) la determinación de cuál de los operadores económicos que sean parte en el acuerdo marco desempeñará una labor determinada.

¹⁴⁸ Deberán respetar en todo caso las disposiciones de la Directiva relativas al instrumento de contratación utilizado.

¹⁴⁹ La asignación de responsabilidades y la normativa nacional aplicable se indicarán en los pliegos de la licitación para los contratos públicos que se adjudiquen de forma conjunta.

¹⁵⁰ Existen aproximadamente en la actualidad unas cuarenta (40) agrupaciones europeas de cooperación territorial.

Así, establece de manera expresa que, cuando varios poderes adjudicadores pertenecientes a diferentes Estados miembros constituyan una entidad jurídica común, deberán acordar, mediante una decisión del órgano competente de la entidad jurídica común, las normas nacionales de contratación aplicables a su actividad.

Para tal fin, según dispone el artículo 39.5 de la Directiva 2014/24/UE, existen dos alternativas:

- remitirse a las disposiciones nacionales del Estado miembro en el que la entidad jurídica común tenga su domicilio social;
- atenerse a las disposiciones nacionales del Estado miembro en el que la entidad jurídica común lleve a cabo sus actividades.

El acuerdo adoptado en el seno de la entidad jurídica común podrá aplicarse durante un período indeterminado (cuando esté incorporado en el acta constitutiva de la entidad jurídica común), o bien limitarse a un período determinado, a determinados tipos de contratos o a uno o varios procedimientos de adjudicación específicos.

Conviene señalar, por otra parte, que la Directiva 2014/24/UE realiza una especial mención dentro de las entidades comunes a las AETC¹⁵¹.

Aunque no son las únicas entidades comunes con vocación transfronteriza en el Derecho de la Unión, tal vez las AETC sean las más relevantes. La finalidad inherente a su constitución es la de facilitar y fomentar entre sus miembros la cooperación transfronteriza, con el fin exclusivo de reforzar la cohesión económica y social.

Las AETC se regulan principalmente en el Reglamento (CE) n° 1082/2006 del Parlamento

¹⁵¹ Tanto en sus Considerandos como en su artículo 39.

Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la Agrupación europea de cooperación territorial¹⁵². Sus características esenciales son las siguientes:

- tiene personalidad jurídica;
- está constituida por sujetos situados en el territorio de al menos dos Estados miembros;
- pueden ser miembros los Estados, las autoridades regionales y locales, los organismos de derecho público, así como las asociaciones formadas por los sujetos anteriores;
- además de por la normativa que pueda resultar de aplicación (general y específica por razón de la actividad desarrollada), su funcionamiento estará regulado por un Convenio celebrado por unanimidad de sus miembros, así como por unos Estatutos, redactados sobre la base del anterior.

En el ámbito de la Unión Europea, el objeto de las AETC es muy variado: desde, por ejemplo, gestionar proyectos de desarrollo sostenible transfronterizos o interregionales (vinculados a la innovación o a la protección del medio ambiente), pasando por la gestión de servicios de transporte transfronterizos, hasta la organización de servicios sanitarios¹⁵³.

Conviene señalar que, al margen de la normativa comunitaria que resulte de aplicación, las AETC se regulan en España, entre otras normas, por el Real Decreto 37/2008, de 18 de enero, por el que se

¹⁵² Esta norma se ha modificado por el Reglamento (UE) n° 1302/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, si bien los cambios tendrán efecto a partir del 22 de junio. En esta Nota se recogen las previsiones de la regulación vigente.

¹⁵³ Por ejemplo, la Agrupación Europea de Cooperación Territorial Hospital de la Cerdaña, cuyo objeto es “*la construcción, puesta en funcionamiento y la gobernabilidad de un hospital transfronterizo, de carácter básico y comarcal, ubicado en la comarca catalana de la Cerdaña (España), y destinado a la atención de pacientes del territorio de la Cerdaña (España) y de los territorios de la Cerdaña y Capcir (Francia)*”.

adoptan las medidas necesarias para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) n° 1082/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT).

12. LA SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

El proceso de evaluación cualitativa de los licitadores y la posterior selección del contratista no presentan grandes modificaciones en la Directiva 2014/24/UE con respecto a la regulación anterior. De manera resumida, cabe destacar las siguientes cuestiones:

i) Criterios de selección

De conformidad con lo previsto en el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE, los criterios de selección pueden referirse a

- la habilitación para ejercer la actividad profesional;
- la solvencia económica y financiera;
- la capacidad técnica y profesional.

En relación con la habilitación para ejercer la actividad profesional, el apartado 2 del artículo 58 establece que los poderes adjudicadores podrán exigir a los operadores económicos que estén inscritos en un registro profesional o mercantil en su Estado miembro de establecimiento.

A tal efecto, el ANEXO XI de la Directiva 2014/24/UE detalla los registros profesionales y mercantiles así como las declaraciones y certificados correspondientes para cada Estado miembro. En el caso de España, determina que *“el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado con respecto a los contratos de obras y de servicios, y, en el caso de los contratos de suministros, el Registro Mercantil o, cuando se*

trate de particulares no registrados, un certificado en el que conste que el interesado ha declarado por su honor que ejerce la profesión de que se trate”.

Igualmente, los poderes adjudicadores podrán exigir a los operadores económicos que cumplan cualquier otro requisito establecido en dicho ANEXO XI.

Asimismo, en la licitación de los contratos de servicios, los poderes adjudicadores podrán exigir a los operadores económicos que demuestren estar en posesión de una autorización especial o pertenecer a una determinada organización para poder prestar en su país de origen el servicio de que se trate, siempre que ello resulte necesario.

En cuanto a la solvencia económica y financiera, el apartado 3 del artículo 58 de la Directiva recoge los mecanismos de justificación “tradicionales”, tales como volumen de negocios, balances o seguros de indemnización.

Lo anterior, en principio, no supone ninguna novedad relevante, si bien la Directiva introduce de manera expresa algunas modulaciones a la aplicación de estos criterios.

Así, en primer lugar, determina que cuando en una licitación los poderes adjudicadores acudan para acreditar la solvencia económica a la exigencia de un volumen de negocios mínimo anual, éste no excederá del doble del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados¹⁵⁴.

En segundo lugar, se hace mención expresa a la posibilidad de que los poderes adjudicadores

¹⁵⁴ El Considerando (83) de la Directiva 2014/24/UE, por ejemplo, apunta que estos supuestos *“pueden referirse al elevado riesgo vinculado a la ejecución del contrato o al carácter crítico de su ejecución correcta y a tiempo”*. En todo caso, se establece la obligación para el poder adjudicador de indicar las razones principales de la imposición de dicho requisito en los pliegos de la contratación o en el informe específico a que se refiere el artículo 84 de la Directiva.

soliciten información a los operadores económicos sobre sus cuentas anuales y, de manera señalada, en relación con la ratio entre activo y pasivo, considerando que *“una ratio positiva que muestre niveles superiores de activo que de pasivo ofrece pruebas adicionales de que la capacidad financiera de los operadores económicos es suficiente”*.

Por su parte, en lo que atañe a la capacidad técnica y profesional, de acuerdo con el artículo 58.4 de la Directiva 2014/24/UE, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos para asegurar que los operadores económicos poseen la experiencia y los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato con un nivel adecuado de calidad.

En particular, será posible exigir que los operadores económicos tengan un nivel suficiente de experiencia demostrada mediante referencias adecuadas de contratos ejecutados en el pasado.

En otro orden de consideraciones, el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE recoge también las reglas tradicionales aplicables a los criterios de selección:

- los poderes adjudicadores solo los podrán exigir como requisitos de participación;
- deben estar vinculados al objeto del contrato;
- han de ser proporcionados en relación con las prestaciones a satisfacer en virtud de la concreta licitación.

Como telón de fondo del refuerzo de estas reglas se encuentra la adecuada protección de los principios derivados de los Tratados comunitarios. Así, la imposición de unos requisitos de capacidad y solvencia demasiado exigentes constituye a menudo un obstáculo injustificado para la participación de las PYME en la contratación pública.

ii) Solvencia con medios externos

El artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE permite a los operadores económicos acreditar su capacidad y solvencia con medios externos.

La posibilidad de referirse a las capacidades de otras entidades (cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas) con el fin de acreditar que se reúnen los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación ha sido reiteradamente admitida por la Jurisprudencia del TJUE (por todas, STJUE de 2 de diciembre de 1999, asunto C-176/98). Ello siempre que el operador económico pruebe que puede disponer de manera efectiva de los medios de esas entidades para la ejecución del contrato.

La Directiva 2004/18/CE y el actual TRLCSP también contemplaban esta posibilidad, si bien de manera genérica, lo que en su momento conllevó ciertos problemas interpretativos. En particular, (i) en lo que atañe a calificar como “personalísimas” a determinadas exigencias de capacidad y solvencia de los poderes adjudicadores; (ii) en lo que concierne a las formalidades necesarias para acreditar la efectiva disponibilidad de los medios externos; y (iii) a la hora de exigir a los licitadores que garanticen por sí mismos un mínimo de solvencia¹⁵⁵.

A este respecto, la Directiva 2014/24/UE introduce ciertas modulaciones en relación con la regulación anterior, con las que se trata de paliar algunas de las lagunas existentes.

En primer lugar, el apartado 1 del artículo 63 de la Directiva delimita el alcance del recurso a las capacidades de otras entidades a dos de los tres criterios de selección mencionados con anterioridad: la solvencia económica y financiera por un lado, y los

¹⁵⁵ En España, son muy numerosos los Informes y Dictámenes de órganos consultivos en la materia, y también las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

criterios relativos a la capacidad técnica y profesional, por otro.

De este modo, en teoría, la Directiva no prevé la posibilidad de acudir a medios externos con el fin de acreditar la habilitación para ejercer la actividad profesional correspondiente¹⁵⁶.

En lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, cuando un operador económico recurra a las capacidades de otras entidades, el poder adjudicador podrá exigir que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato.

Por su parte, en el caso de los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional, cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, deberá demostrar al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios (por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto).

Con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales, así como en relación con la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o a prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

¹⁵⁶ Conviene resaltar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009, ya señalaba que la habilitación profesional “*hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata*”. Por otra parte, en el supuesto de que la habilitación profesional sea solo necesaria para ejecutar determinadas prestaciones objeto del contrato, tradicionalmente se ha acudido a la figura de la subcontratación (tal y como se contempla, por ejemplo, en el artículo 227.7 del TRLCSP). Sin embargo, razonablemente, esta posibilidad habrá de interpretarse sistemáticamente (y de manera restrictiva) con las previsiones de la Directiva 2014/24/UE, valorando si las prestaciones son o no separables, así como la necesidad real de celebrar un único contrato.

Asimismo, el apartado 2 del artículo 63 establece un régimen específico en relación con los contratos de obras, los contratos de servicios y las operaciones de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro.

En estos contratos, los poderes adjudicadores podrán exigir en los pliegos de la licitación que determinadas tareas críticas sean ejecutadas directamente por el propio licitador¹⁵⁷ (y por lo tanto, al ser prestaciones “personalísimas”, no se podrá acudir a los medios de otras entidades).

Finalmente, conviene señalar que, en ambos supuestos (solvencia económica y capacidad técnica), el poder adjudicador comprobará si las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57 de la Directiva¹⁵⁸.

iii) Causas de exclusión

La Directiva 2014/24/UE regula con gran 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 los procedimientos de adjudicación (conflictos de interés, etc.).

El artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE establece una serie de causas “obligatorias” de exclusión y

¹⁵⁷ O, en el caso de una oferta presentada por una agrupación de operadores económicos, que sean ejecutadas por un participante en esa agrupación.

¹⁵⁸ El poder adjudicador deberá exigir al operador económico que sustituya a una entidad si esta no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o si se le aplica algún motivo de exclusión obligatoria. Podrá exigirle, además, que sustituya a una entidad que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria.

configura, además, otras causas de exclusión “potestativas”, a apreciar por el poder adjudicador, sin necesidad, en muchos casos, de que exista una resolución definitiva y vinculante de la autoridad administrativa o judicial competente sobre la existencia de la causa que motiva la exclusión.

Entre las causas de exclusión “obligatorias”, reguladas en los apartados 1 y 2 del artículo 57, se encuentran: la condena mediante sentencia firme por participar en organización criminal, corrupción, fraude, blanqueo de capitales, terrorismo o trabajo infantil; resolución administrativa o judicial que acredite el impago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social, etc.¹⁵⁹

Conviene resaltar que la obligación de excluir a un operador económico se aplicará también cuando el condenado mediante sentencia firme sea un miembro del órgano de administración, de dirección o de vigilancia del operador económico, o bien tenga poderes de representación, decisión o control en el mismo.

No obstante, de conformidad con lo previsto en el artículo 57.3 de la Directiva 2014/24/UE, los poderes adjudicadores tienen la posibilidad de establecer excepciones en los supuestos de exclusión “obligatoria”, bien por razones imperiosas de interés general¹⁶⁰, bien cuando la exclusión sea claramente desproporcionada¹⁶¹.

¹⁵⁹ Esta cuestión se refleja también en el Considerando (100) de la Directiva: “no deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión, de delitos terroristas, de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo. El impago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social también debe ser sancionado con la exclusión obligatoria a nivel de la Unión”.

¹⁶⁰ El Considerando (100) de la Directiva pone como ejemplo de razones imperiosas de interés general el siguiente: “cuando vacunas o equipos de emergencia que se requieran urgentemente solo puedan adquirirse a un operador económico al que se aplique alguna de las razones obligatorias de exclusión”.

¹⁶¹ 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

Asimismo, conviene llamar la atención sobre el hecho de que, en el supuesto de exclusión relativo al incumplimiento por parte de los operadores económicos de sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social¹⁶², las reglas que establece la Directiva dejarán de aplicarse “una vez que el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de los impuestos o las cotizaciones a la seguridad social que adende, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas”.

Por su parte, entre las diversas causas de exclusión “potestativas”, interesa destacar que el poder adjudicador (bien por sí mismo, bien a petición del correspondiente Estado miembro) tendrá 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 bien la existencia de conflictos de interés, bien un falseamiento de la competencia derivado de la participación previa de los operadores económicos en la preparación del procedimiento de licitación, siempre que no puedan ser salvadas estas situaciones con medidas menos restrictivas;

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”.

¹⁶² Esta exclusión podría considerarse como obligatoria, en el caso de que el incumplimiento quede acreditado en virtud de una resolución judicial o administrativa firme y vinculante. Y potestativa en el supuesto en el que un poder adjudicador, por propia iniciativa o a requerimiento del correspondiente Estado miembro, pueda demostrar por cualquier medio adecuado que el operador económico ha incumplido tales obligaciones.

- constate que el operador económico, en la ejecución de un contrato público anterior¹⁶³, ha mostrado deficiencias relevantes en su cumplimiento, y ello haya dado lugar a la terminación anticipada de la relación contractual, a una indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables;
- cuando el operador económico haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador, o bien haya procurado obtener información confidencial que pudiera conferirle ventajas indebidas de cara a la adjudicación del contrato;
- 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 el caso de que el operador económico haya incumplido obligaciones medioambientales, laborales o sociales.

En cuanto a la aplicación de los motivos de exclusión facultativos, el Considerando (101) de la Directiva estima que los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Por ello, las irregularidades leves deberían llevar a la exclusión únicamente en circunstancias excepcionales¹⁶⁴.

En todo caso, ha de señalarse que, de conformidad con lo previsto en el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, todo operador económico que se

encuentre en alguna de las causas de exclusión¹⁶⁵ (“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, no obstante la existencia del motivo pertinente para la exclusión¹⁶⁶.

Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento¹⁶⁷. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una notificación con la motivación de dicha decisión.

A pesar de esta aparente flexibilidad en la apreciación de las causas de exclusión de los apartados 1 a 4 del artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE, lo cierto es que, precisamente, el apartado 7 de dicho artículo establece que *“mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y teniendo en cuenta el Derecho de la Unión,*

¹⁶⁵ Excepto aquellos operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de participar en procedimientos de contratación (o adjudicación de concesiones), 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 resolución judicial sea efectiva.

¹⁶⁶ En concreto, de acuerdo con el Considerando (102) de la Directiva, podrían tratarse de medidas que afecten tanto al personal y a 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 adjudicador quien haga las evaluaciones pertinentes, o bien si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado.

¹⁶⁷ 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.

¹⁶³ Este supuesto incluye también las concesiones celebradas al amparo de la Directiva 2014/23/UE, así como los contratos celebrados bajo el régimen de la Directiva 2014/25/UE.

¹⁶⁴ No obstante, también estima que los casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que llevaría a justificar su exclusión.

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 exclusión¹⁶⁸.

Si tomamos como ejemplo la regulación de esta materia en la Directiva 2004/18/CE, 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 conlleva la invalidez del contrato).

iv) El documento europeo único de contratación

La Directiva 2014/24/UE considera que las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección suponen un obstáculo para la participación de los operadores económicos en los procedimientos de licitación y, de manera señalada, para las PYME.

Para solventar este problema y simplificar la tramitación (en beneficio tanto de los operadores económicos, como de los propios poderes adjudicadores), el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE regula el documento europeo único de contratación que, en esencia, consiste en una

¹⁶⁸ Consecuentemente, se pueden precisar y especificar 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 TJUE (sirva de ejemplo la STJUE de 13 de diciembre de 2012, asunto C-465/11).

declaración formal del propio interesado indicando que cumple determinadas condiciones para contratar.

Como veremos, esta declaración del operador económico, *mutatis mutandis*, tiene una operativa y virtualidad semejante a la declaración responsable prevista en la normativa española. Concretamente, en el artículo 146.4 del TRLCSP, en la redacción operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

EL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO
DE CONTRATACIÓN ES UNA
DECLARACIÓN FORMAL DEL
LICITADOR O CANDIDATO A LOS
EFECTOS DE ACREDITAR SU
CAPACIDAD Y SOLVENCIA

El documento europeo único de contratación sustituirá a los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros, a los efectos de confirmar que el operador económico en cuestión cumple las siguientes condiciones:

- no se encuentra en ninguna de las situaciones de exclusión o posible exclusión contempladas en el artículo 57 de la Directiva;
- cumple los criterios de selección pertinentes que se hayan establecido de conformidad con el artículo 58 de la Directiva;
- en caso de que resulte procedente, cumple las normas y los criterios objetivos que se hayan establecido a los efectos de reducir el número de candidatos, ofertas y soluciones, con arreglo al artículo 65 de la Directiva;
- si se pretende acreditar la solvencia por medios externos, el documento también deberá contemplar la información pertinente sobre las

entidades de cuya capacidad depende el operador económico¹⁶⁹.

Asimismo, el documento europeo único de contratación tendrá las siguientes características:

- se ofrecerá exclusivamente en formato electrónico;
- los operadores económicos podrán volver a utilizarlo para otros procedimientos de contratación, siempre que confirmen que la información en él contenida sigue siendo correcta;
- se redactará sobre la base de un formulario uniforme, establecido por la Comisión Europea.

Sin perjuicio del régimen aplicable en relación con el documento europeo único de contratación, el licitador que vaya a resultar adjudicatario¹⁷⁰ estará obligado a presentar al poder adjudicador los correspondientes documentos justificativos¹⁷¹.

EL DOCUMENTO EUROPEO ÚNICO
DE CONTRATACIÓN TENDRÁ UN
MODELO UNIFORME PARA TODA LA
UE, Y SE OFRECERÁ EN FORMATO
ELECTRÓNICO

Igualmente, hay que tener en cuenta que el apartado 4 del artículo 59 contempla expresamente la potestad de los poderes adjudicadores para pedir a los candidatos y licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos en cualquier momento del procedimiento, cuando ello

¹⁶⁹ De modo que la verificación de la información sobre dichas entidades pueda llevarse a cabo simultáneamente y en las mismas condiciones que la verificación relativa al principal operador económico.

¹⁷⁰ Obviamente, antes de la adjudicación.

¹⁷¹ Excepto en los contratos derivados de acuerdos marco que establecen todos sus términos.

resulte necesario para garantizar el buen desarrollo del mismo¹⁷².

Por otra parte, conviene resaltar que el documento europeo único de contratación no es una medida singular o aislada en la Directiva 2014/24/UE a los efectos de reducir las cargas tanto para los operadores económicos, como para los poderes adjudicadores.

Así, el artículo 59.5 de la Directiva 2014/24/UE establece que los operadores económicos no estarán obligados a presentar documentos justificativos u otras pruebas documentales en caso de que

- el poder adjudicador tenga la posibilidad de obtener los certificados o la información pertinente accediendo directamente a una base de datos nacional de cualquier Estado miembro de la Unión Europea que pueda consultarse de forma gratuita¹⁷³;
- el poder adjudicador que haya adjudicado el contrato o celebrado el acuerdo marco ya posea dicha documentación, y ésta siga siendo válida¹⁷⁴.

En particular, en relación con la información exigida a los licitadores, la Directiva considera procedente que la misma sea comprobada por los poderes adjudicadores accediendo a las bases de datos

¹⁷² Por ejemplo, en los procedimientos de adjudicación que se articulan en dos fases (restringidos, procedimientos de licitación con negociación, diálogos competitivos y asociaciones para la innovación). Señala el Considerando (84) de la Directiva que exigir la presentación de la documentación en el momento de seleccionar los candidatos que vayan a ser invitados podría estar justificado “para evitar que los poderes adjudicadores inviten a candidatos que se muestren incapaces de presentar la documentación complementaria en la fase de adjudicación, privando de la participación a otros candidatos cualificados”.

¹⁷³ Como un registro nacional de contratación pública, un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación.

¹⁷⁴ Esta disposición será aplicable una vez que sea obligatorio el uso de medios electrónicos de comunicación.

pertinentes (de manera preferente, las de ámbito nacional y administradas por autoridades públicas).

Además, la Directiva 2014/24/UE trata de potenciar el sistema electrónico e-Certis¹⁷⁵, cuyo objetivo es facilitar el intercambio de certificados y demás pruebas documentales solicitadas por los poderes adjudicadores.

En tal sentido, se regula de manera específica el depósito de certificados en línea en el artículo 61 de la Directiva 2014/24/UE. Entre otras cuestiones, dicho precepto determina que:

- los Estados miembros velarán por que la información sobre certificados y otros tipos de pruebas documentales introducida en e-Certis, que sea establecida por la Comisión, se mantenga constantemente actualizada;
- los poderes adjudicadores deberán recurrir obligatoriamente a e-Certis, y exigirán principalmente los tipos de certificados o modelos de pruebas documentales que estén incluidos en e-Certis.

En relación con esta última cuestión, conviene señalar que el uso obligatorio de e-Certis no será inmediato, toda vez que el artículo 90.5 de la Directiva establece un plazo transitorio. Así, los Estados miembros podrán aplazar su aplicación hasta el 18 de octubre de 2018.

Finalmente, ha de señalarse que el artículo 59.6 de la Directiva 2014/24/UE establece que cada Estado miembro publicará en e-Certis la lista completa y actualizada de las bases de datos que contengan información de interés sobre los operadores

¹⁷⁵ El Considerando (87) de la Directiva sostiene que “de la experiencia adquirida hasta la fecha se infiere que la actualización y la verificación voluntarias son insuficientes para que e-Certis desarrolle todo su potencial de simplificación y facilitación de los intercambios de documentos en beneficio de las PYME en particular”.

económicos para que puedan ser consultadas por los poderes adjudicadores de los restantes Estados miembros.

y) Especificaciones técnicas

➤ *Cuestiones generales*

El artículo 42 y el ANEXO VII de la Directiva 2014/24/UE regulan las especificaciones técnicas que definirán las características exigidas para las obras, servicios o suministros.

Ciertamente, la nueva Directiva no incorpora demasiadas novedades con respecto al tratamiento de estas especificaciones técnicas en la regulación anterior. Así, por ejemplo, establece que

- deberán tener en cuenta los criterios de accesibilidad para las personas con discapacidad y/o el diseño para todos los usuarios;
- las características requeridas podrán referirse al proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios, o bien a un proceso específico de otra fase de su ciclo de vida (incluso cuando dichos factores no formen parte de la sustancia material de las obras, suministros o servicios), siempre que estén vinculados al objeto del contrato, y sean proporcionadas a su valor y sus objetivos;
- 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 tampoco 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; dicha referencia deberá ir acompañada de la mención “o equivalente”.

De igual modo, la Directiva establece que los poderes adjudicadores no podrán rechazar una oferta basándose en que las obras, suministros o servicios ofrecidos no se ajustan a los requisitos técnicos o funcionales estipulados, siempre que en su oferta el licitador pruebe, por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente tales requisitos técnicos y funcionales.

En relación con esta cuestión, para probar la equivalencia, la regla general será exigir a los licitadores que aporten pruebas verificadas por terceros (como certificados o informes de ensayo), si bien pueden admitirse también otros medios de prueba, tales como un expediente técnico del fabricante¹⁷⁶.

Finalmente, en cuanto a las definiciones del ANEXO VII de la Directiva 2014/24/UE,¹⁷⁷ tampoco se plantean grandes novedades.

Así, son semejantes en cuanto a su alcance a las reflejadas en el ANEXO VI de la Directiva 2004/18/CE, si bien con las correspondientes adaptaciones a las nuevas circunstancias normativas (como, por ejemplo, a la regulación del Reglamento (UE) n° 305/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, por el que se establecen condiciones armonizadas para la comercialización de productos de construcción, o a

algunas de las disposiciones del Reglamento (UE) n° 1025/2012, de 25 de octubre, sobre la normalización europea).

➤ *Etiquetas*

La concreta regulación de las etiquetas contemplada en la Directiva 2014/24/UE no presenta, en apariencia, grandes novedades con respecto a las previsiones ya recogidas en el artículo 23.6 de la Directiva 2004/18/CE. Sin embargo, lo cierto es que sí delimita con mayor claridad el alcance de esta técnica y los criterios para su utilización.

La regulación material de las etiquetas se encuentra en el artículo 43 de la Directiva 2014/24/UE, si bien antes de analizar dicho precepto, conviene señalar que la norma contempla dos definiciones relevantes sobre el particular en los apartados 23 y 24 del artículo 2:

- se entiende por etiqueta “*cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos*”.
- se entiende por requisitos aplicables a efectos de la etiqueta “*los requisitos que deben cumplir las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate para obtener la correspondiente etiqueta*”.

Sobre la base de las citadas definiciones, la primera cuestión a destacar es que el apartado 1 del artículo 43 de la Directiva 2014/24/UE no circunscribe en exclusiva las etiquetas a las características medioambientales (como sucedía en la regulación anterior), sino que se refiere a “*características específicas de tipo medioambiental, social u otro*”. De este modo,

¹⁷⁶ En particular, cuando el operador económico en cuestión no tenga acceso a los certificados o informes de ensayo, o no pueda obtenerlos en el plazo fijado en el marco del procedimiento.

¹⁷⁷ Se definen los siguientes conceptos: (i) especificación técnica; (ii) norma -especificación técnica aprobada por un organismo de normalización de cumplimiento no obligatorio-; (iii) evaluación técnica europea; (iv) especificación técnica común; y (v) referencia técnica.

tendrían cabida expresa en la nueva regulación las denominadas etiquetas sociales¹⁷⁸.

El propio artículo 43.1 delimita el alcance de la exigencia de las etiquetas, atendiendo al momento en que podrán ser demandadas, así como a las características de aquéllas.

En cuanto a la situación en la que podrá ser exigida una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, servicios o suministros corresponden a las características requeridas, la Directiva determina que tal potestad podría materializarse tanto en las especificaciones técnicas como en los criterios de adjudicación e, igualmente, en las condiciones de ejecución del contrato. En la práctica, esta previsión no supone ninguna novedad con respecto a la aplicación de la Directiva 2004/18/CE.

Por otra parte, el artículo 43.1 establece las siguientes condiciones que han de cumplir las etiquetas:

- los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta se han de referir únicamente a criterios vinculados al objeto del contrato y han de ser adecuados para definir las características de las obras, los suministros o los servicios;
- los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta han de basarse en criterios verificables de manera objetiva y no han de ser discriminatorios;
- las etiquetas se han de establecer en un procedimiento abierto y transparente en el que puedan participar todas las partes implicadas en su adopción¹⁷⁹;

¹⁷⁸ Por ejemplo, las basadas en acuerdos internacionales sobre condiciones laborales (Convenios de la OIT), etc.

¹⁷⁹ Incluidos organismos públicos, consumidores, interlocutores sociales, fabricantes, distribuidores y organizaciones no gubernamentales.

- las etiquetas deben ser accesibles a todas las partes interesadas;
- los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta deben ser fijados por un tercero sobre el que el operador económico no pueda ejercer una influencia decisiva.

De igual modo, hay que poner de manifiesto una condición adicional, que se configura en el Considerando (75) de la Directiva 2014/24/UE, al señalar que se debe evitar que las referencias a las etiquetas tengan por efecto restringir la innovación.

Por otra parte, el artículo 43.1 de la Directiva establece que, cuando los poderes adjudicadores no exijan que las obras, suministros o servicios cumplan todos los requisitos aplicables a efectos de la etiqueta, deberán indicar a cuáles de dichos requisitos se está haciendo referencia.

A la vista de todo lo anterior, con la finalidad de dar claridad al régimen jurídico aplicable a la exigencia de etiquetas, conviene traer a colación lo señalado en la STJUE de 12 de mayo de 2012 (asunto C-368/10). Esta resolución judicial, relevante en la materia, determina, entre otras cuestiones, que

- los principios derivados de los Tratados comunitarios revisten una importancia crucial en lo que se refiere a las especificaciones técnicas, debido a los riesgos de discriminación vinculados a su elección (es decir, a la manera de formularlas);
- la normativa en materia de contratos públicos, si bien autoriza a los poderes adjudicadores a recurrir a los criterios en que se basa una etiqueta para establecer determinadas características de un producto o servicio, no les habilita para establecer una etiqueta como especificación técnica, ya que ésta sólo puede

utilizarse como presunción de que los productos provistos de ella se ajustan a las características así definidas, sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba adecuado.

Esta interpretación es la que teóricamente recoge el citado artículo 43.1 de la Directiva 2014/24/UE. Así, a pesar de que su primer párrafo señala que los poderes adjudicadores “podrán exigir” una etiqueta, no es menos cierto que

- el primer párrafo del artículo 43.1 de la Directiva vincula la exigencia de la etiqueta a que sirva “como medio de prueba de que las obras, servicios o suministros corresponden a las características exigidas”.
- el penúltimo párrafo del artículo 43.1 de la Directiva establece expresamente que los poderes adjudicadores que exijan una etiqueta específica deberán aceptar todas las etiquetas que confirmen que las obras, suministros o servicios cumplen requisitos equivalentes;
- el último párrafo del artículo 43.1 de la Directiva regula las situaciones en las que a un operador económico, por razones que no se le puedan atribuir, le resulte imposible obtener la etiqueta específica indicada por el poder adjudicador o bien una etiqueta equivalente; y determina que el poder adjudicador deberá aceptar otros medios adecuados de prueba, si se demuestra que las obras, suministros o servicios cumplen los requisitos de la etiqueta exigida.

De este modo, si bien los poderes adjudicadores podrán exigir una etiqueta a los efectos de determinar que las obras, suministros o servicios se consideran acordes con los requisitos determinados en la documentación contractual, deberán aceptar cualquier otro medio de prueba adecuado para tal

fin, como un expediente técnico del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido. En todo caso, conviene poner de manifiesto que la responsabilidad de demostrar la equivalencia con respecto a la etiqueta exigida ha de recaer en el operador económico¹⁸⁰.

Finalmente, el artículo 43.2 de la Directiva 2014/24/UE contempla una regla específica para los casos en los que una etiqueta cumpla con todas las condiciones señaladas con anterioridad, menos la relativa a que únicamente establezca requisitos vinculados al objeto del contrato.

En tal supuesto, si la etiqueta determina también requisitos no vinculados al objeto del contrato, los poderes adjudicadores no exigirán la etiqueta como tal, pero podrán definir las especificaciones técnicas por referencia a las especificaciones detalladas de esa etiqueta o, en su caso, a partes de la misma.

➤ *Informes de pruebas, certificación y otros medios de prueba*

El artículo 44 de la Directiva 2014/24/UE establece que los poderes adjudicadores podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe o un certificado de un organismo de evaluación de la conformidad¹⁸¹ como medio de prueba de la adecuación de un bien o servicio a los requisitos o criterios establecidos por el poder adjudicador.

Cuando los poderes adjudicadores exijan la presentación de certificados por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación

¹⁸⁰ Los poderes adjudicadores deberán motivar sus decisiones cuando resuelvan que no existe equivalencia.

¹⁸¹ Según la Directiva, se entiende por organismo de evaluación de la conformidad “un organismo que desempeña actividades de evaluación de la conformidad, que incluyen la calibración, el ensayo, la certificación y la inspección, acreditado de conformidad con el Reglamento (CE) nº 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo”.

también deberán ser aceptados por los poderes adjudicadores.

Asimismo, el apartado 2 del artículo 44 de la Directiva 2014/24/UE establece la obligación de los poderes adjudicadores de aceptar otros medios de prueba adecuados (como, por ejemplo, un expediente técnico del fabricante) cuando el operador económico de que se trate no tenga acceso a los certificados o informes de pruebas, ni pueda obtenerlos en los plazos fijados en el procedimiento¹⁸².

vi) Criterios de adjudicación

De conformidad con lo previsto en el artículo 67.1 de la Directiva 2014/24/UE, la adjudicación de los contratos públicos deberá llevarse a cabo aplicando el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

En relación con este concepto, para evitar confusiones terminológicas con respecto a la regulación anterior, el Considerando (89) de la Directiva realiza la siguiente modulación:

“La noción de criterios de adjudicación es clave en la presente Directiva, por lo que resulta importante que se presenten las disposiciones pertinentes del modo más sencillo y racional posible. Puede conseguirse utilizando los términos «oferta económicamente más ventajosa» como concepto preponderante, puesto que, en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas. Para evitar confusión con los criterios de adjudicación actualmente conocidos como la «oferta económicamente más ventajosa» en las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, procede

¹⁸² Siempre que la falta de acceso no pueda atribuirse al operador económico de que se trate y que éste demuestre que las obras, suministros o servicios que proporciona cumplen los requisitos o criterios fijados por el poder adjudicador.

utilizar una terminología distinta para abarcar dicho concepto: la mejor relación calidad-precio”.

Sobre esta base “conceptual”, el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE establece que la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, “*utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate*”.

Consecuentemente, al evaluar la mejor relación calidad-precio, los poderes adjudicadores deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto¹⁸³. Estos criterios en modo alguno pueden conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada, sino que deben permitir que se realice una evaluación comparativa del nivel de rendimiento de cada oferta respecto del objeto del contrato, tal como se defina en las especificaciones técnicas.

En este contexto de la mejor relación calidad-precio, el propio artículo 67.2 de la Directiva incluye una lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación, que incluyen algunos aspectos “novedosos” con respecto a la regulación contemplada en el artículo 53 de la Directiva 2014/18/CE, a saber:

- *la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales,*

¹⁸³ Hay que tener en cuenta que, según el Considerando (92) de la Directiva, para determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, la decisión relativa a la adjudicación del contrato no debe basarse únicamente en criterios no relacionados con los costes.

medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;

- *la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato*¹⁸⁴;
- *el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución.*

Para facilitar y orientar la elección de los poderes adjudicadores, el artículo 67 de la Directiva también establece que

- el factor coste podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan solo en función de criterios de calidad;
- los Estados miembros podrán disponer que los poderes adjudicadores no tengan la facultad de utilizar solo el precio como único criterio de adjudicación e, incluso, podrán limitar la aplicación de ese criterio a determinadas categorías de poderes adjudicadores o a determinados tipos de contratos¹⁸⁵.

En otro orden de consideraciones, la Directiva 2014/24/UE no solo se limita a contemplar la

¹⁸⁴ El Considerando (94) de la Directiva establece que “*siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, los poderes adjudicadores deben estar también autorizados a utilizar como criterio de adjudicación la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, ya que pueden afectar a la calidad de dicha ejecución y, en consecuencia, al valor económico de la oferta. Ello puede ser el caso, por ejemplo, en los contratos relativos a servicios intelectuales, como la asesoría o los servicios de arquitectura*”.

¹⁸⁵ Por lo tanto, salvo que se acuda a esta vía excepcional, se admite que la evaluación de la oferta económicamente más ventajosa se lleve a cabo solo sobre la base del precio o de la relación coste-eficacia. No obstante, la Directiva considera que, para fomentar una mayor orientación hacia la calidad de la contratación pública, no se debe utilizar solo el precio o el coste para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

exigencia de que los criterios de adjudicación han de estar vinculados al objeto del contrato, sino que, además, establece unos parámetros para interpretar este criterio.

Así, según el apartado 3 del artículo 67 de la Directiva, se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.

Se estima de manera expresa que están vinculados al objeto del contrato los factores que intervienen tanto en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de obras, suministros o servicios, como en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida¹⁸⁶.

Por otra parte, ha de señalarse que la Directiva 2014/24/UE, bien en el citado artículo 67, bien en su Considerando (90), recoge otros criterios “tradicionales” aplicables en la adjudicación de contratos públicos, derivados tanto de la regulación anterior como de la consolidada Jurisprudencia del TJUE en la materia:

- los criterios de adjudicación deben basarse en parámetros objetivos que garanticen el debido respeto a los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato;
- los poderes adjudicadores deben estar obligados a indicar los criterios para la adjudicación del contrato y la ponderación

¹⁸⁶ En relación con esta cuestión, hay que señalar que el Considerando (97) de la Directiva determina que “*la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos. En consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa*”.

relativa acordada a cada uno de dichos criterios¹⁸⁷; cuando la ponderación no sea posible por razones objetivas, los poderes adjudicadores indicarán el orden decreciente de importancia atribuido a tales criterios;

- los criterios de adjudicación deben garantizar una comparación objetiva de las ofertas presentadas y en modo alguno tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada.

Finalmente, conviene señalar aquí una previsión específica que contempla la Directiva en su artículo 45.2, en caso de que los poderes adjudicadores admitan la presentación de variantes: se deberán asegurar de que los criterios de adjudicación elegidos puedan aplicarse tanto a las variantes que cumplan los requisitos mínimos para su presentación, como a las ofertas conformes que no sean variantes.

vii) Cálculo del coste del ciclo de vida

Tal y como se ha expuesto, para garantizar un uso más eficaz y eficiente de los fondos públicos, la Directiva 2014/24/UE muestra su preferencia por que los poderes adjudicadores, a la hora de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, adopten un planteamiento basado en el coste del ciclo de vida de la obra, servicio o suministro¹⁸⁸.

La definición de ciclo de vida queda establecida por el apartado 20 del artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE en los siguientes términos: *“todas las fases consecutivas o interrelacionadas, incluidos la investigación y el desarrollo que hayan de llevarse a cabo, la producción, la*

comercialización y sus condiciones, el transporte, la utilización y el mantenimiento, a lo largo de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento y el fin de un servicio o de una utilización”.

Esta noción, por lo tanto, pretende englobar todos los costes que se pueden generar a lo largo de la vida útil de las obras, suministros o servicios objeto de adquisición.

LA DIRECTIVA NO ESTABLECE UNA
METODOLOGÍA COMÚN PARA EL
CÁLCULO DEL COSTE DEL CICLO DE
VIDA, SI BIEN CONTEMPLA
ALGUNOS PARÁMETROS PARA
CUANTIFICARLO

De conformidad con lo previsto en el artículo 68 de la Directiva 2014/24/UE, el cálculo de coste del ciclo de vida incluirá, en una medida pertinente, la totalidad o una parte de los costes siguientes a lo largo del ciclo de vida de un producto, servicio u obra:

- los costes sufragados por el poder adjudicador o por otros usuarios, tales como:
 - ✓ los costes relativos a la adquisición;
 - ✓ los costes de utilización, como el consumo de energía y otros recursos;
 - ✓ los costes de mantenimiento;
 - ✓ los costes de final de vida, como los costes de recogida y reciclado;
- los costes imputados a externalidades medioambientales que estén vinculadas al producto, servicio u obra durante su ciclo de

¹⁸⁷ Excepto en el supuesto de que la adjudicación se determine exclusivamente sobre la base del precio.

¹⁸⁸ En tal sentido, salvo cuando se evalúe únicamente sobre la base del precio, los poderes adjudicadores podrán determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa y el coste más bajo mediante un planteamiento basado en el coste del ciclo de vida.

vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse¹⁸⁹.

Si bien la Directiva no establece una metodología común, sí considera que los criterios que se empleen han de ser objetivos y no discriminatorios. Además, razonablemente, han de ser generales, y no específicos para cada procedimiento de licitación. No obstante, prescinde de establecer una regulación detallada al respecto, limitándose a señalar que, cuando los poderes adjudicadores evalúen los costes mediante un planteamiento basado en el cálculo del coste del ciclo de vida, deberán indicar en los pliegos de la licitación los datos que deben facilitar los licitadores, así como el método que se utilizará para determinar los costes de ciclo de vida sobre la base de dichos datos.

A falta de esta metodología común, la Directiva sí establece que el método utilizado para la evaluación de los costes imputados a las externalidades medioambientales ha de cumplir todas estas condiciones:

- estar basado en criterios verificables de manera objetiva y no discriminatorios¹⁹⁰;
- ser accesible para todas las partes interesadas;
- todo operador económico diligente ha de poder facilitar los datos exigidos con un esfuerzo razonable.

Finalmente, el apartado 3 del artículo 68 contempla una previsión destinada a dar cobertura a la voluntad del legislador ¹⁹¹ de que se elaboren métodos

¹⁸⁹ Estos costes podrán incluir el coste de las emisiones de gases de efecto invernadero y el de otras emisiones contaminantes, así como otros costes de mitigación del cambio climático.

¹⁹⁰ En particular, si no se ha establecido para una aplicación repetida o continuada, no deberá favorecer o perjudicar de manera indebida a operadores económicos determinados.

¹⁹¹ La Directiva pretende que se fomente el desarrollo y la utilización de enfoques europeos para el cálculo del coste del

comunes a escala de la Unión Europea para el cálculo de los costes del ciclo de vida ¹⁹² , determinando que cuando dichos métodos comunes se desarrollen, su uso será obligatorio para todos los poderes adjudicadores.

viii) Ofertas anormalmente bajas

La Directiva 2014/24/UE dedica una especial atención a las ofertas basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, económico o jurídico. Por ello, su artículo 69 contempla la potestad de los poderes adjudicadores de exigir a los operadores económicos que expliquen tanto el precio como los costes propuestos en sus proposiciones, cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas.

Si bien es cierto que la regulación es muy semejante a la contemplada en el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, se introducen algunas modulaciones adicionales, considerando los principios y valores que la nueva regulación pretende preservar.

El artículo 69.2 de la Directiva 2014/24/UE delimita el alcance de las posibles explicaciones que deberán ofrecer los licitadores, previa solicitud del poder adjudicador. Podrán referirse

- al ahorro que permite el proceso de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción;
- a las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras;

ciclo de vida, como refuerzo para el uso de la contratación pública en apoyo del crecimiento sostenible.

¹⁹² Bien con carácter general (como el coste del ciclo de vida social), bien para categorías específicas de suministros o de servicios.

- a la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;
- al cumplimiento de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, en los términos previstos en el artículo 18.2 de la Directiva¹⁹³;
- al cumplimiento de las obligaciones en materia de subcontratación, en los términos previstos en el artículo 71 de la Directiva¹⁹⁴;
- a la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

Teniendo en cuenta lo anterior, el poder adjudicador solo podrá rechazar la oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen de manera satisfactoria el bajo nivel de los precios o de los costes propuestos. *Sensu contrario*, cuando el licitador no pueda ofrecer una explicación suficiente, el poder adjudicador estará facultado para rechazar su oferta¹⁹⁵.

Esta regla sufre una modulación importante en el último párrafo del artículo 69.3 de la Directiva 2014/24/UE, que determina que “*los poderes adjudicadores rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 18, apartado 2*”.

De este modo, el rechazo ha de ser obligatorio en los casos en los que el poder adjudicador haya podido

¹⁹³ La regulación anterior, con una finalidad semejante, solo contemplaba el “*respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación*”.

¹⁹⁴ Este criterio no se contemplaba en el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE.

¹⁹⁵ El artículo 69.4 de la Directiva establece, además, una regla específica para el caso de que el poder adjudicador compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado: “*solo podrá rechazar la oferta por esa única razón si consulta al licitador y este no puede demostrar, en un plazo suficiente, fijado por el poder adjudicador, que la ayuda era compatible con el mercado interior, a efectos del artículo 107 del TFUE*”.

comprobar que el precio y los costes anormalmente bajos propuestos por el licitador traen causa del incumplimiento o inobservancia del Derecho imperativo de la Unión Europea (o del Derecho nacional compatible con aquél en materia social, laboral o medioambiental), así como de la infracción de las disposiciones de Derecho laboral internacional.

13. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

Como es sabido, la regulación de las Directivas comunitarias en materia de contratación tiene como fin principal garantizar de manera efectiva que los procedimientos de adjudicación sean transparentes y no discriminatorios, con el objetivo 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.

Otro fin complementario 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 2014/24/UE no es ajena a todas estas cuestiones en su articulado, y refuerza, actualiza y complementa las previsiones de la Directiva 2004/18/CE, que compartía los mismos objetivos.

De esta manera, los procedimientos de adjudicación diseñados tratan de garantizar el cumplimiento de los principios derivados de los Tratados comunitarios, respetando al mismo tiempo la autonomía de los Estados miembros.

Así, por ejemplo, el control del cumplimiento de las disposiciones de Derecho medioambiental, social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales relativos a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, así como al aplicar los criterios de exclusión y las disposiciones relativas a ofertas anormalmente bajas.

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 se podrían ver afectados los principios derivados de los Tratados comunitarios, y comprometido el cumplimiento de las políticas y objetivos de la Unión Europea.

La Directiva 2014/24/UE tampoco constituye una excepción a lo anterior.

Por una parte, en la ejecución de los contratos, trata de preservar el adecuado cumplimiento de la normativa medioambiental, social y laboral. Ello, esencialmente, a través de dos mecanismos:

- i) la posibilidad de que los poderes adjudicadores establezcan condiciones especiales de ejecución en los contratos públicos¹⁹⁶;

¹⁹⁶ En los Considerandos de la Directiva se señalan múltiples ejemplos. Con carácter enunciativo, se pueden citar algunas posibilidades. En cuanto a las condiciones de ejecución relativas a cuestiones medioambientales: la aplicación de sistemas de gestión medioambiental, la minimización de los residuos, la

- ii) un especial control de la subcontratación durante la ejecución de los contratos, al reforzar la transparencia y el flujo de información, a fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la citada normativa¹⁹⁷.

Por otra parte, y con una gran incidencia práctica, la Directiva 2014/24/UE intenta preservar el adecuado cumplimiento de los principios derivados de los Tratados comunitarios en la ejecución de los contratos públicos, particularmente en aquellos supuestos en los que más podría verse afectado el principio de libre competencia.

Por ello, también establece una regulación detallada de la modificación de los contratos y regula algunos supuestos esenciales en los que debería resultar procedente su rescisión.

14. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

a) Comentarios generales

La Directiva 2014/24/UE es plenamente consciente de que la posibilidad de modificación de los contratos públicos, aunque admisible, no es ilimitada,

eficiencia energética, etc. Entre las condiciones de ejecución relativas a cuestiones sociales: empleo para desempleados de larga duración, aplicación de medidas en materia de formación para los desempleados o los jóvenes, accesibilidad para las personas con discapacidad o el diseño para todos los usuarios, etc. Finalmente, en cuanto a las condiciones de ejecución relativas a cuestiones laborales: fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, mayor participación de la mujer en el mercado laboral, conciliación del trabajo y la vida familiar, respetar los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluir cláusulas que garanticen el cumplimiento de los convenios colectivos, etc.

¹⁹⁷ El Considerando (105) de la Directiva remarca esta cuestión al señalar que “*es importante que se garantice que los subcontratistas cumplen las obligaciones aplicables en los ámbitos del Derecho medioambiental, social y laboral, establecidas por el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en la presente Directiva, siempre que dichas normas, y su aplicación, respeten el Derecho de la Unión, garantizándose mediante medidas apropiadas adoptadas por las autoridades nacionales competentes en el ámbito de sus funciones y competencias, como agencias de inspección del trabajo o de protección del medio ambiente*”.

toda vez que podría afectar a los principios de publicidad y concurrencia, así como a la pureza de la licitación.

De hecho, 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.

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

Considerando lo anterior, y teniendo en cuenta la Jurisprudencia aplicable del TJUE, la Directiva 2014/24/UE pretende aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato 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 contratistas.

b) Reglas esenciales de la modificación de los contratos en la Directiva 2014/24/UE

Para valorar el régimen de la modificación de los contratos, al margen de contrastar las previsiones del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, resulta conveniente acudir a los Considerandos (107) 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 cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular los referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuas de las partes¹⁹⁸.

La Directiva 2014/24/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 del contrato. 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, la Directiva 2014/24/UE no es ajena a la necesaria flexibilidad en la ejecución de los contratos públicos, como muestran los apartados 1 y 2 de su artículo 72, siempre dentro de los límites que marca

¹⁹⁸ La Directiva 2014/24/UE incluye en este supuesto la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

la obligación de no alterar las condiciones esenciales de la adjudicación.

Por ejemplo, la Directiva considera que en todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor que no rebase determinado nivel, sin que para ello el poder adjudicador tenga que iniciar un nuevo procedimiento de licitación.

También entiende la Directiva que puede resultar procedente modificar un contrato por, entre otras razones, las alteraciones que se hubieran hecho necesarias debido a circunstancias imprevistas¹⁹⁹ o a adaptaciones por causa de dificultades técnicas.

LA INTRODUCCIÓN EN EL
CONTRATO DE MODIFICACIONES
AL MARGEN DE LOS SUPUESTOS
PREVISTOS EN LOS APARTADOS 1
Y 2 DEL ARTÍCULO 72 DE LA
DIRECTIVA EXIGIRÁ UNA NUEVA
LICITACIÓN

Es importante tener en cuenta que, en el caso de que se pretenda introducir modificaciones en un contrato público (o en un acuerdo marco) fuera de los supuestos expresamente previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, será necesario iniciar un nuevo procedimiento de licitación (artículo 72.5).

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

De conformidad con lo previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, los contratos podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de licitación en cualquiera de los casos siguientes:

¹⁹⁹ En particular si la ejecución del contrato se extiende durante un largo período de tiempo.

c.1) *Cuando las modificaciones estuvieran ya previstas en los pliegos de la licitación*

El artículo 72.1.a) de la Directiva 2014/24/UE establece que será posible la modificación de un contrato público o de un acuerdo marco sin necesidad de una nueva licitación cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la licitación, 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 en la documentación que haya servido de base para la licitación)²⁰⁰, sí se pueden deducir, sobre todo a la vista del alcance aplicativo que podría conllevar el artículo 72.1.a).

Así, en el caso de que las modificaciones estén inicialmente contempladas en los pliegos 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 cierto margen de actuación para los poderes adjudicadores en el diseño de los documentos contractuales, 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 adjudicadores una discrecionalidad ilimitada.

²⁰⁰ Como sí sucede, por ejemplo, en los artículos 106 y 107 del TRLCSP.

En primer lugar, las cláusulas de revisión han de estar previstas de forma clara, precisa e inequívoca en los pliegos iniciales de la licitación.

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 adjudicadores pueden recurrir a ellas.

Razonablemente, y aunque no esté expresamente señalado en el artículo 72, 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 5.1 de la Directiva 2014/24/UE señala que para calcular el valor estimado de las contrataciones 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 la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco (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 contratación.

La Directiva 2014/24/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, servicios o suministros adicionales

La Directiva 2014/24/UE también es consciente de que los poderes adjudicadores pueden afrontar situaciones en las que resulten necesarios obras, suministros o servicios adicionales no previstos en el contrato original.

Por ello, en su artículo 72.1.b), considera justificada una modificación del contrato inicial para que las obras, servicios o suministros se lleven a cabo por cuenta del contratista original²⁰¹, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que un cambio de contratista no sea viable por razones económicas o técnicas²⁰², 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 del contrato original²⁰³.

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 2014/24/UE.

Igualmente, aunque no se indique de manera expresa, parece razonable entender que las modificaciones habrán de responder exclusivamente

²⁰¹ En particular cuando las entregas adicionales constituyan, bien una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes.

²⁰² Tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente o con los servicios o instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial.

²⁰³ El precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.

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 72 prevé que los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato 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 51 y en el ANEXO V (parte G) de la Directiva 2014/24/UE.

c.3) Por causas imprevistas

El artículo 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE prevé también la posibilidad de modificar los contratos públicos así como los acuerdos marco por causas imprevistas.

El Considerando (109) de la Directiva 2014/24/UE delimita este supuesto, al aclarar que el concepto de circunstancias imprevisibles al que alude el artículo 72 hace referencia a *“aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto 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 72.1.c) -abstracción hecha del elemento esencial de que la necesidad de la modificación resulte de circunstancias que un poder adjudicador 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 la naturaleza global del contrato²⁰⁴.
- Que el posible incremento del precio resultante de la modificación del contrato no supere el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato o acuerdo marco inicial²⁰⁵.

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 2014/24/UE.

Finalmente, al igual que en el supuesto anteriormente analizado, como mecanismo de garantía y control, el artículo 72 prevé que los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato 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 51 y en el ANEXO V (parte G) de la Directiva 2014/24/UE.

c.4) En determinados supuestos de sustitución del contratista

Tal y como veremos posteriormente, la Directiva 2014/24/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 72.1.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. En particular, cuando un nuevo

²⁰⁴ Por ejemplo, se entiende que se altera el carácter global del contrato si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación.

²⁰⁵ El precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.

contratista 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 los pliegos de la licitación.
- La sucesión total o parcial del contratista 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 2014/24/UE.

Asimismo, la sustitución del contratista se permite en caso de asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista 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 72.1 de la Directiva 2014/24/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 un contrato o de un acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará como modificación sustancial cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo

marco de naturaleza diferente de la del celebrado en un principio.

c.6) Modificaciones que no superen determinados umbrales

El artículo 72.2 de la Directiva 2014/24/UE también establece un criterio cuantitativo a la hora de determinar la posibilidad de articular modificaciones contractuales.

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

- Los umbrales indicados en el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE para cada tipo de contrato.
- El diez por ciento (10%) del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el quince por ciento (15%) del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras²⁰⁶.

No obstante, la aplicación de este supuesto está sujeta a que tal modificación no entrañe una alteración global del contrato.

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 72.2 de la Directiva 2014/24/UE determina que no será necesario verificar si se cumplen o no las condiciones previstas en las letras a) y d) del artículo 72.4²⁰⁷.

²⁰⁶ El precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.

²⁰⁷ La primera, relativa a la introducción de condiciones que habrían permitido la participación de otros licitadores o la

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

El artículo 72.4 de la Directiva 2014/24/UE entiende que la modificación de un contrato o de un acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial cuando *“tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio”*.

A la vista de lo anterior, el término “modificación sustancial” se antoja 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 72.4 establece que la modificación de un contrato o de un acuerdo marco se considerará sustancial cuando se cumpla una, o varias, de las siguientes condiciones:

i) Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de otros candidatos distintos de los seleccionados inicialmente, o la aceptación de una oferta distinta a la aprobada inicialmente, o bien habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

Esta condición contempla uno de los primeros criterios que estableció la Jurisprudencia para considerar esencial o sustancial la modificación de un

selección de una oferta diferente. La segunda aborda la cuestión de la sustitución del adjudicatario.

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 contratante 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 la totalidad de 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 contratante 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 del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista en un modo no previsto en el contrato o en el acuerdo marco 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”*²⁰⁸.

iii) Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco.

Esta condición, al igual que las anteriores, recoge una consolidada Jurisprudencia del TJUE²⁰⁹, 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 mismo²¹⁰.

Así, por ejemplo, la STJUE de 19 de junio de 2008 (asunto C-454/06) citada con anterioridad, 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.

iv) Cuando un nuevo contratista sustituya a aquel al que el poder adjudicador haya adjudicado inicialmente el contrato, en supuestos diferentes a los previstos en la letra d) del artículo 72.1 de la Directiva 2014/24/UE.

Tal y como se ha expuesto en apartados anteriores, la Directiva 2014/24/UE analiza en diversas ocasiones los supuestos de cambio de contratista. Y, conforme a lo señalado en su Considerando (110), de acuerdo

²⁰⁸ 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 del contrato modificaciones de las cláusulas relativas a las indexaciones de precios).

²⁰⁹ También incorporada en el artículo 105.2 del TRLCSP.

²¹⁰ O, en directa relación con esta cuestión, incorporar prestaciones que puedan ser susceptibles de utilización o aprovechamiento independiente.

con los principios de igualdad de trato y de transparencia, el licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador económico sin la convocatoria de una nueva licitación.

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 2014/24/UE entiende que la sustitución del contratista 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 contratista²¹¹, en particular cuando el contrato haya sido adjudicado a más de una empresa (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 con 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

²¹¹ Señala el Considerando (110) de la Directiva que *“el licitador adjudicatario que ejecute el contrato ha de poder, en particular cuando el contrato haya sido adjudicado a más de una empresa, experimentar ciertos cambios estructurales, como reorganizaciones puramente internas, absorciones, concentraciones y adquisiciones o insolvencia, durante la ejecución del contrato”*.

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 contratos suelen contemplar la posibilidad de cesión, por remisión al TRLCSP.

También porque los ejemplos planteados en la Directiva –como recoge su Considerando (110)- parecen referirse a supuestos bastante específicos, como, por ejemplo, “*cuando se rescinda un contrato debido a deficiencias en su ejecución*”, y no a la casuística habitual (adquisiciones, reorganización de grupos empresariales, etc.).

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL (72.4):

1. NUEVAS CONDICIONES QUE HUBIERAN PERMITIDO MAYOR CONCURRENCIA O SELECCIÓN DE OTRA OFERTA.
2. EQUILIBRIO ECONÓMICO A FAVOR DEL ADJUDICATARIO EN UN MODO NO PREVISTO EN EL CONTRATO.
3. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DEL CONTRATO.
4. SUSTITUCIÓN CONTRATISTA EN SUPUESTOS DIFERENTES AL ART 72.1.D).

15. LA SUBCONTRATACIÓN

El artículo 71 de la Directiva 2014/24/UE regula diversas cuestiones en relación con las condiciones en las que los contratistas 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 71 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)²¹².

Algunas de las posibles medidas a adoptar por las autoridades estatales son concretadas posteriormente por los apartados 6 y 7 de dicho artículo 71, a saber:

- Establecer mecanismos de responsabilidad conjunta en tales materias entre los subcontratistas y el contratista principal.
- Verificar si, de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE, concurren motivos para excluir a algún subcontratista²¹³.
- Configurar en su reglamentación nacional normas más estrictas de responsabilidad.

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 71 regula la ya tradicional potestad, reconocida a los poderes adjudicadores, de pedir al licitador, en los pliegos de la licitación, que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.

²¹² 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.

²¹³ En este caso, el poder adjudicador: 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.

En otro orden de consideraciones, de entre las medidas que la Directiva 2014/24/UE sugiere para fomentar la transparencia en la subcontratación, destaca una en especial: permitir el pago directo a los subcontratistas.

ENTRE LAS MEDIDAS
PROPUESTAS PARA FOMENTAR LA
TRANSPARENCIA EN LA
SUBCONTRATACIÓN DESTACA LA
POSIBILIDAD DE QUE LOS
ESTADOS MIEMBROS
CONTEMPLAN EN SU NORMATIVA
INTERNA EL PAGO DIRECTO A
LOS SUBCONTRATISTAS

Así, el apartado 3 del artículo 71 establece que los Estados miembros podrán disponer que el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el contratista principal.

Esta posibilidad se articulará conforme a los siguientes parámetros:

- se implementará solo cuando la naturaleza del contrato lo permita;
- el procedimiento se iniciará a petición del subcontratista;
- las disposiciones que contemplen esta medida podrán incluir mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos;
- las disposiciones relativas a este modo de pago se establecerán expresamente en los pliegos de la licitación.

En línea con las anteriores previsiones, el apartado 7 del artículo 71 de la Directiva determina que los

Estados miembros podrán establecer en su Derecho nacional disposiciones más amplias en materia de pagos directos a los subcontratistas (por ejemplo, el pago directo sin necesidad de que los subcontratistas lo soliciten).

Finalmente, el apartado 5 del artículo 71 de la Directiva contempla 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 en una instalación bajo la supervisión directa del poder adjudicador tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando se inicie la ejecución de éste, se exigirá por la entidad contratante al contratista que 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 adjudicador deberá exigir al contratista principal que le notifique cualquier modificación que experimente esta información durante el transcurso del contrato, 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 el poder adjudicador, 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 contratista.

- En principio, las obligaciones de información del apartado 5 del artículo 71 no se aplicarán a los contratos de suministro.

Sin perjuicio de lo señalado en el último epígrafe en relación con la limitación del alcance de las obligaciones de información, la Directiva 2014/24/UE prevé que los poderes adjudicadores, por decisión propia o por requerimiento de un Estado miembro, puedan hacer extensivas tales obligaciones a

- los contratos de suministro;
- los contratos de servicios que no se refieran a servicios que deban prestarse en las instalaciones bajo la supervisión directa del poder adjudicador;
- los proveedores que participen en contratos de obras o de servicios;
- los subcontratistas de los subcontratistas del contratista principal, o a los subcontratistas que ocupen un lugar más alejado dentro de la cadena de subcontratación²¹⁴.

En todo caso, ha de remarcarse el alcance limitado de la Directiva 2014/24/UE en relación con la ejecución de los contratos, para lo cual nos remitimos al Apartado 13 de la presente Nota Informativa. Por ello, la propia Directiva reitera en los diversos epígrafes del artículo 71 la idea de que los Estados miembros pueden regular la subcontratación y, además, tienen la libertad de establecer disposiciones más estrictas en la materia (o más ambiciosas, en el caso de los pagos directos a los subcontratistas).

²¹⁴ En este supuesto, cuando sea necesario, la información exigida irá acompañada de las declaraciones de los subcontratistas interesados, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 59 de la Directiva.

16. RESCISIÓN DE CONTRATOS

Al igual que sucede con la modificación de los contratos²¹⁵, la Directiva 2014/24/UE, con objeto de cumplir con las obligaciones derivadas de los Tratados comunitarios, dispone que, en ciertas circunstancias, los poderes adjudicadores deben proceder a la rescisión anticipada de los contratos.

En tal sentido, su artículo 73 establece la obligación de que los Estados miembros se aseguren de que los poderes adjudicadores tienen la posibilidad, con arreglo a las condiciones que determine la legislación nacional aplicable, de poner fin a un contrato durante su periodo de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

a) Que una modificación del contrato sea sustancial y determine la necesidad de una nueva adjudicación, de conformidad con las previsiones del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE.

b) Que el contratista se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en alguna de las situaciones de prohibición de contratar que contempla el artículo 57.1 de la Directiva 2014/24/UE y, por lo tanto, tuviera que haber sido excluido del procedimiento de adjudicación del contrato.

c) Que el TJUE dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido gravemente sus obligaciones con arreglo a los Tratados, debido a que un poder adjudicador de dicho Estado miembro ha adjudicado el contrato sin ajustarse a los requisitos que le imponen los Tratados o la Directiva 2014/24/UE.

²¹⁵ De hecho, en íntima conexión, pues la imposibilidad de llevar a cabo una modificación contractual puede implicar la rescisión del contrato en diversos supuestos.

17. LOS CONTRATOS RESERVADOS

El artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE establece la posibilidad de que los Estados miembros reserven la participación en los procedimientos de licitación²¹⁶ de contratos públicos a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas²¹⁷.

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

En el caso de que se opte por esta alternativa, se deberá hacer mención expresa del artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE en la convocatoria de la licitación.

18. TRATAMIENTO DE LA INNOVACIÓN

La Directiva 2014/24/UE es plenamente consciente del indudable potencial de las compras públicas como instrumento para alcanzar los objetivos y prioridades de la UE.

A tal efecto, la nueva regulación tiene en cuenta que tanto la investigación como la innovación (incluidas la innovación ecológica y la innovación social) se

²¹⁶ Supuesto diferente a la reserva de participación en contratos relativos a servicios sociales, culturales y de salud que contempla el artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE (se analiza en el apartado 6 de esta Nota Informativa).

²¹⁷ 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.

encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europa 2020.

Por ello, en su Considerando (47), la Directiva 2014/24/UE establece que los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación. Ello por cuanto que la adquisición de bienes, obras y servicios innovadores desempeña un papel clave en la mejora de la eficiencia y de la calidad de los servicios públicos, al mismo tiempo que da una respuesta a desafíos fundamentales para la sociedad²¹⁸.

ENTRE LAS NOVEDADES DE LA
NUEVA REGULACIÓN, DESTACAN
LAS MÚLTIPLES MEDIDAS PARA
FOMENTAR LA INNOVACIÓN EN
LAS COMPRAS PÚBLICAS

La Directiva 2014/24/UE, al igual que sus “compañeras” en el nuevo paquete de medidas en materia de contratación, contempla, en el apartado 22 de su artículo 2, 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, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”*.

Sobre esta base, son múltiples los guiños en el articulado de la Directiva al estímulo de la innovación por parte de los poderes adjudicadores,

²¹⁸ 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, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible.

estableciendo mecanismos para tal fin ²¹⁹. Entre otros, cabe destacar los siguientes:

- la reglamentación de la asociación para la innovación, un procedimiento de contratación específico para aquellos supuestos en los que las soluciones ya disponibles en el mercado no puedan satisfacer una necesidad en relación con el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la adquisición ulterior de los suministros y servicios u obras resultantes;
- la posibilidad de que los poderes adjudicadores apliquen el procedimiento negociado (así como el diálogo competitivo) para la adquisición de obras, suministros o servicios que incluyan soluciones innovadoras²²⁰;
- se regula de manera detallada la contratación conjunta esporádica, en particular, por su especial adecuación para el desarrollo de proyectos innovadores;
- de igual modo, se establece el régimen aplicable a la contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros, considerando que es un instrumento que permite aprovechar al máximo el potencial del mercado interior en términos de economías de escala y reparto de riesgos y beneficios, especialmente en relación con proyectos innovadores (que conllevan un riesgo mayor del que razonablemente puede asumir un único poder adjudicador);

²¹⁹ Si bien la Directiva considera que *“ante las grandes diferencias existentes entre los distintos sectores y mercados”*, no sería apropiado imponer a la contratación unos requisitos de innovación de carácter general y obligatorio.

²²⁰ Igualmente, en el Considerando (45) se señala expresamente que podrán ser objeto de negociación los aspectos innovadores, en la medida en que no se hayan considerado requisitos mínimos de la licitación por el poder adjudicador.

- la innovación se incluye dentro de los criterios a tener en cuenta para determinar la oferta económicamente más ventajosa²²¹;
- los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato relacionadas con la innovación;
- se alienta a los poderes adjudicadores a que permitan variantes con la mayor frecuencia posible, entendiendo que esta técnica puede contribuir a fomentar la innovación;
- en la definición de las especificaciones técnicas y, en particular, al utilizar etiquetas con tal finalidad, se deben evitar referencias que tengan por efecto restringir la innovación.

Finalmente, ha de señalarse que el artículo 14 de la Directiva 2014/24/UE contiene previsiones en relación con los servicios de investigación y desarrollo. Concretamente, excluye de su ámbito de aplicación aquellos contratos de servicios de I+D que se englobarían dentro de la denominada contratación precomercial (una exclusión similar ya se contemplaba en el artículo 16.f) de la Directiva 2004/18/CE).

Así, la Directiva se aplicará únicamente a los contratos de servicios de investigación y desarrollo incluidos en los códigos CPV 73000000-2 a 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 y 73430000-5, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes: i) que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y ii) que el servicio prestado sea remunerado de manera íntegra por el poder adjudicador.

²²¹ Igualmente, la definición de ciclo de vida que establece el apartado 20 del artículo 2 de la Directiva incluye la investigación y desarrollo que hayan de llevarse a cabo en relación con un producto, una obra o la prestación de un servicio.

19. ENTRADA EN VIGOR. TRANSPOSICIÓN

La Directiva 2014/24/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 de plazo máximo hasta el 18 de abril de 2016 para adoptar todas aquellas disposiciones de carácter legal, reglamentario y administrativo que puedan resultar necesarias para garantizar su efectivo cumplimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, los apartados 2 a 6 del artículo 90 de la Directiva 2014/24/UE establecen una serie de disposiciones transitorias. Tendrán un alcance ciertamente relevante, toda vez que, con total probabilidad, marcarán los tiempos reales de la transición a un sistema de contratación electrónica plena (precisamente, uno de los objetivos prioritarios de la nueva regulación).

Así, en primer lugar, los Estados miembros podrán aplazar la aplicación del artículo 22.1 de la Directiva 2014/24/UE (relativo a la exigencia de una comunicación electrónica en los procedimientos de contratación -lo cual supone la comunicación por medios electrónicos en todas las fases del procedimiento, incluida la transmisión de solicitudes de participación y, en particular, la presentación electrónica de las ofertas-):

- hasta el 18 de octubre de 2018, excepto cuando el uso de medios electrónicos sea obligatorio en virtud de los artículos 34, 35, 36, 37.3, 51.2 y 53 de la Directiva;
- hasta el 18 de abril de 2017, en lo que respecta a las centrales de compras.

En caso de que algún Estado miembro decida optar por aplazar la aplicación de lo dispuesto en el artículo

22.1 de la Directiva, deberá disponer que los poderes adjudicadores estén facultados para elegir entre los siguientes medios de comunicación para todas las comunicaciones e intercambios de información:

- medios electrónicos con arreglo al artículo 22 de la Directiva;
- correo postal o cualquier otro medio apropiado;
- fax;
- una combinación de los medios anteriores.

Asimismo, los Estados miembros podrán aplazar hasta el 18 de abril de 2018 la aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.2 de la Directiva, relativo al ofrecimiento del documento europeo único de contratación en formato electrónico.

Igualmente, los Estados miembros podrán aplazar la aplicación de lo dispuesto:

- en el artículo 59.5 de la Directiva (relativo a la obtención de datos de licitadores en bases de datos nacionales), hasta el 18 de octubre de 2018;
- en el artículo 61.2 de la Directiva (relativo a la utilización de e-Certis), hasta el 18 de octubre de 2018.

Finalmente, como medida de salvaguardia, se establece la obligación para los Estados miembros de comunicar a la Comisión Europea el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la Directiva 2014/24/UE.

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