

LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN (II)

Comentarios a 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 (DOUE de 28-3-2014)

1. INTRODUCCIÓN

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 (“**Directiva 2014/25/UE**” o “**la Directiva**”) pretende modernizar la regulación aplicable a los denominados “sectores excluidos”, y establecer un marco adecuado para el 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 2014/25/UE trata de implementar procedimientos de adjudicación más flexibles y adecuados a las necesidades de las entidades adjudicadoras, 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**”) en la materia. 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.

FINALIDAD DE LA DIRECTIVA 2014/25/UE

Su aprobación viene motivada por la necesidad de fortalecer el marco jurídico en materia de contratación, a fin de que esta herramienta pueda servir de estímulo para facilitar las inversiones en infraestructuras y servicios estratégicos por parte de las entidades públicas y privadas que desarrollan sus actividades en los denominados “sectores excluidos”.

Por otra parte, la Directiva 2014/25/UE, en su Considerando (4), es plenamente consciente del indudable potencial de las compras públicas como instrumento para alcanzar 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 2014/25/UE incorpora diversos mecanismos para facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas (“PYME”) en la contratación, así como para permitir que las entidades adjudicadoras utilicen mejor la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes, etc.

Al margen de lo anterior, la Directiva 2014/25/UE establece varios instrumentos con el objetivo de fortalecer el marco jurídico en materia de contratación, a fin de que esta herramienta pueda servir de estímulo para las inversiones públicas y privadas en infraestructuras y servicios estratégicos.

LA DIRECTIVA 2014/25/UE OTORGA
UNA MAYOR FLEXIBILIDAD A LAS
ENTIDADES ADJUDICADORAS, SI
BIEN COMPARTE CON LA
DIRECTIVA 2014/24/UE MUCHOS
OBJETIVOS E INSTRUMENTOS

Como veremos, existen grandes similitudes entre la regulación de la Directiva 2014/25/UE y la contemplada en 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**”), si bien en esta última norma existe una menor flexibilidad y margen de apreciación para

las entidades contratantes, por ejemplo, en cuestiones procedimentales¹.

Finalmente, en este apartado introductorio conviene hacer mención al debate planteado a lo largo de los últimos años, en relación con la existencia misma de una regulación de la contratación en estos sectores.

Esta cuestión se justifica en el Considerando (1) de la Directiva 2014/25/UE. La Unión Europea ha decidido mantener la regulación de la contratación por las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por dos motivos: (i) las autoridades nacionales todavía pueden influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión; (ii) el carácter cerrado de los mercados en los que operan tales entidades, debido a la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación del servicio de que se trate.

2. DEFINICIONES RELEVANTES

La Directiva 2014/25/UE pone de manifiesto en el Considerando (6) que resulta conveniente que el concepto de contratación sea lo más cercano posible al aplicado con arreglo a la Directiva 2014/24/UE, teniendo debidamente en cuenta las especificidades de los sectores a los que se aplica.

Así, por una parte, en su artículo 1.2 determina que se entiende por contratación “*la adquisición mediante un contrato de suministro, obras o servicios, por una o varias entidades adjudicadoras, a los operadores económicos elegidos por dichas entidades adjudicadoras, a condición de que las obras, los suministros o los servicios estén destinados a la*

¹ Hay que reiterar que tienen un objetivo final común: la libre circulación de las mercancías y de los servicios, y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros.

realización de una de las actividades contempladas en los artículos 8 a 14”. En la práctica, esta definición no implica novedad alguna de relieve respecto a la regulación anterior.

Por otra parte, tampoco plantean mayor variación las definiciones de contratos de obras, suministros y servicios contempladas en la Directiva 2014/25/UE.

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

a) *la ejecución, o bien, conjuntamente², el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo I;*

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 especificados por la entidad adjudicadora que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra³.*

Conviene resaltar, a estos efectos, que el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 2014/25/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*”.

² La Directiva no pretende imponer una adjudicación separada o conjunta del proyecto y de la ejecución de obras.

³ 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 2004/17/CE. Se justifica en los términos siguientes en el Considerando (11): “*la realización de una obra que cumpla los requisitos especificados por una entidad adjudicadora requiere que dicha entidad 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 modificará 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*”.

Por otra parte, el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 2014/25/UE concreta la definición de los contratos de suministro en los siguientes términos: “*contrato 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 de suministro podrá incluir, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación*”.

Para concluir con la delimitación de los negocios jurídicos objeto de la Directiva⁴, el apartado 5 de su artículo 2 define los contratos de servicios como aquellos “*contrato cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos de aquellos a los que se refiere el punto 2*”.

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 2004/17/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 2014/25/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, tratando de maximizar las posibilidades que ofrecen tanto la agregación de la demanda como la centralización de las compras, y

⁴ Sin perjuicio de los concursos de proyectos, cuya definición contempla el apartado 17 del artículo 2 de la Directiva, como “*el procedimiento que permite a la entidad adjudicadora adquirir, principalmente en los ámbitos de la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura, la ingeniería o el tratamiento de datos, planes o proyectos seleccionados por un jurado después de haber sido objeto de una licitación, con o sin concesión de premios*”.

teniendo igualmente en cuenta la teórica necesidad de reducir los costes de transacción y de mejorar la gestión de la contratación, el apartado 11 del artículo 2 de la Directiva 2014/25/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 las entidades adjudicadoras 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;*

c) *preparación y gestión de los procedimientos de contratación en nombre y por cuenta de la entidad adjudicadora de que se trate.*

De manera complementaria, el apartado 13 del artículo 2 define el concepto de prestador de servicios de contratación como “*organismo público o privado que ofrece en el mercado actividades de compra auxiliares*”.

La Directiva 2014/25/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 Contratación⁵, 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 2014/25/UE.

Por otra parte, para garantizar un uso más eficaz y eficiente de los recursos económicos, la Directiva muestra su preferencia por que las entidades

⁵ El apartado 12 del artículo 2 incluye a las actividades de compra auxiliares como una de las funciones que pueden llevar a cabo las Centrales de Compras.

adjudicadoras, 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.

La definición de ciclo de vida queda establecida por el apartado 16 del artículo 2 de la Directiva 2014/25/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 LAS
ENTIDADES ADJUDICADORAS, 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 (101) de la Directiva 2014/25/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 seguimiento⁶. Por ejemplo, sería posible también establecer metodologías comunes sobre el cálculo del coste del ciclo de vida social.

Finalmente, conviene reiterar aquí que la Directiva 2014/25/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 18 de su artículo 2 introduce la definición de innovación⁷. 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. SECTORES Y ACTIVIDADES

Tradicionalmente, la normativa comunitaria ha llevado a cabo una regulación separada de la contratación de las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La razón esencial de esta diferenciación reside en que: (i) las entidades que prestan los servicios en tales sectores son en algunos casos de derecho público y, en otros, de derecho privado; (ii) en estos sectores, los problemas que deben resolverse para la adjudicación de los contratos son similares, lo que permite y aconseja tratarlos en un único

instrumento⁸. De este modo, si bien en la regulación de los “sectores excluidos” subyacen principios idénticos a los previstos en la normativa general en materia de contratos públicos, el elemento decisivo no reside en la entidad del contrato, sino en la naturaleza de la actividad sobre la que recae.

Sobre esta base, antes de abordar el alcance subjetivo de aplicación de la nueva Directiva, es conveniente analizar los sectores y actividades incluidas, para valorar si existen diferencias relevantes en relación con la anterior regulación.

A este respecto, al igual que sucede con la Directiva 2004/17/CE, los sectores incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25/UE, delimitados en los artículos 8 a 14, son los siguientes:

- Gas y calefacción.
- Electricidad.
- Agua.
- Servicios de transporte.
- Servicios postales.
- Puertos y aeropuertos.
- Extracción de petróleo y gas y prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos.

⁶ 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.

⁷ Introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, de un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización en las prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

⁸ En palabras de la exposición de motivos de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales: “la Comisión Europea estimó en su momento, ponderando, como se preocupó de señalar, razones políticas, estratégicas, económicas, industriales y jurídicas, que era oportuno introducir criterios originales o específicos en el campo contractual de los entonces denominados sectores excluidos, ya que éstos, en el contexto de los países comunitarios, están gestionados por entidades u organismos públicos o privados de manera indistinta”.

Si analizamos las actividades incluidas en cada uno de los sectores, tampoco existen grandes variaciones en la Directiva 2014/25/UE con respecto a la regulación anterior, si bien es posible detectar algunas diferencias y matizaciones, fruto de la experiencia aplicativa de la Directiva 2004/17/CE, así como de la evolución de los mercados y actividades correspondientes. A saber:

- Se excluyen las actividades de prospección de petróleo y gas⁹.
- Se aclara, en el Considerando (21), la no aplicabilidad de la Directiva 2014/25/UE a aquellas actividades relacionadas con la refrigeración¹⁰.
- Se confirma que los procedimientos de contratación previstos en la Directiva se aplican a todas las actividades relacionadas con el sector del agua potable, con independencia de la parte del ciclo del agua de que se trate, si bien se exceptúan las compras de agua, habida cuenta de la necesidad de abastecerse en fuentes próximas al lugar de utilización.

⁹ Según el Considerando (25) de la Directiva 2014/25/UE, procede excluir la contratación con fines de prospección de petróleo y gas al observarse que “*es un sector sometido a tal presión competitiva que la disciplina que aportan las normas de contratación de la Unión ya no es necesaria*”. A tal efecto, establece también que “*dado que la extracción de petróleo y gas sigue perteneciendo al ámbito de aplicación de la presente Directiva, podría ser necesario diferenciar entre exploración y extracción. Para ello, debe entenderse que «exploración» incluye las actividades que se llenan a cabo para comprobar si el petróleo y el gas están presentes en una zona determinada, y, en tal caso, si son comercialmente explotables, mientras que «extracción» debe entenderse como «producción» de petróleo y gas*”.

¹⁰ Los poderes adjudicadores activos en el sector de la refrigeración están sujetos a las normas de la Directiva 2014/24/UE, mientras que las empresas públicas y las empresas privadas, independientemente de que estas últimas operen o no sobre la base de derechos especiales o exclusivos, no están sujetas a las normas de contratación. Los contratos adjudicados para el ejercicio de actividades tanto de calefacción como de refrigeración deben examinarse en virtud de las disposiciones de los contratos relativos al ejercicio de varias actividades, al objeto de determinar qué normas de contratación pública podrían resultar aplicables en su adjudicación.

- Se modula el alcance del concepto “*servicios distintos de los servicios postales*”, contemplado en el artículo 13.2.c) de la nueva Directiva¹¹.
- Se aclara, sin ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva, que la producción, la venta al por mayor y la venta al por menor de electricidad están incluidas en el concepto “*suministro de electricidad*”¹².

Cabe concluir este epígrafe con dos líneas esenciales muy destacables de la Directiva 2014/25/UE: (i) trata de garantizar en su articulado que no se atente contra la igualdad de trato entre las entidades adjudicadoras que operan en el sector público y aquellas que operan en el sector privado y, por ello, (ii) los procedimientos de contratación se aplicarán a todas las entidades adjudicadoras, con independencia del sector en el que operen.

4. ÁMBITO SUBJETIVO

Desde el punto de vista subjetivo, en principio, cabe afirmar que el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25/UE no difiere del establecido por la regulación anterior¹³. Así, de conformidad con lo previsto en su artículo 4.1, serán consideradas como entidades adjudicadoras:

- los poderes adjudicadores o empresas públicas que realicen alguna de las actividades contempladas en los artículos 8 a 14 de la Directiva 2014/25/UE;
- aquellas entidades que, sin ser poderes adjudicadores ni empresas públicas, ejerzan

¹¹ Conviene poner en relación esta modulación con las previsiones establecidas en el artículo 7 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

¹² Cabe realizar una consideración análoga en relación con el suministro de gas y agua.

¹³ Este propósito, por otra parte, se recoge de manera expresa en los Considerandos de la nueva norma.

entre sus actividades alguna de las contempladas en los artículos 8 a 14 de la Directiva 2014/25/UE -o varias de estas actividades-, y operen con arreglo a derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro.

De este modo, a pesar de las diferentes “tipologías” desde un punto de vista subjetivo, la Directiva 2014/25/UE otorga un tratamiento análogo a las entidades adjudicadoras del sector público y del sector privado.

Antes de abordar los elementos esenciales que delimitan el concepto de “entidad adjudicadora”, es necesario remarcar que la Directiva 2004/17/CE ya contemplaba un esquema similar al descrito en los apartados precedentes.

A este respecto, no cabe olvidar que el gran objetivo de las Directivas comunitarias en materia de contratación es lograr la coordinación de las disposiciones de los Estados miembros en relación con los procedimientos de adjudicación. Para alcanzar esta finalidad, se establece una regulación flexible y limitada, en esencia, a garantizar el respeto a los principios y libertades derivadas de los Tratados comunitarios. Dentro de ese marco, los Estados miembros tienen plena libertad para implementar regulaciones más ambiciosas en la materia.

Tal es el caso del legislador español, como fácilmente se puede contrastar en la vigente Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (“Ley 31/2007”).

Así, el artículo 5 de la Ley 31/2007 determina de manera expresa que las Administraciones Públicas estarán excluidas de su ámbito de aplicación, sometándose a la regulación más estricta que contempla la normativa general en materia de

contratos públicos¹⁴ -sin perjuicio de que se deban tener en cuenta los umbrales de la Ley 31/2007 para determinar si un contrato está sujeto a regulación armonizada-¹⁵.

Considerando lo anterior, en los siguientes epígrafes se abordarán algunos de los elementos más relevantes a la hora de delimitar el contorno de las entidades adjudicadoras a los efectos de la Directiva 2014/25/UE.

i) Poderes adjudicadores

Tal y como pone de manifiesto el Considerando (12) de la Directiva 2014/25/UE, el alcance y ámbito de aplicación *ratione personae* de esta categoría no sufre 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 3 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*

¹⁴ En tal sentido, tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 31/2007, “*el ámbito subjetivo de la ley (...) se proyecta sobre las entidades públicas y privadas, exceptuándose sin embargo las Administraciones públicas y los Organismos autónomos, que quedan sujetos a la regulación más estricta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público por razones de disciplina y control de su funcionamiento, aspectos éstos que parece aconsejable primar, respetando los umbrales establecidos en la Directiva 2004/17/CE a efectos de la publicidad de los anuncios de los contratos en el Diario Oficial de la Unión Europea. Ello es plenamente compatible con el Derecho comunitario, ya que esta opción garantiza obviamente los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación en materia contractual al exigirse con mayor rigor en la esfera estrictamente administrativa*”.

¹⁵ También serán de aplicación las exclusiones previstas en la Ley 31/2007, sin perjuicio de la modulación establecida en el apartado 2 de la disposición adicional octava 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.

público". La definición de este concepto, *mutatis mutandis*, se lleva a cabo en términos análogos a la Directiva 2004/17/CE¹⁶.

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 3 de la Directiva 2014/25/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;*
- b) *que esté dotado de personalidad jurídica propia;*
- c) *que esté financiado mayoritariamente¹⁷ por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, de dirección o de vigilancia en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público.*

Esta definición ha de ser interpretada conjuntamente con lo señalado en el Considerando (12) de la Directiva 2014/25/UE, el cual precisa que un organismo que opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas

¹⁶ Ésta, en su artículo 2.1.a) señala que se entiende por poder adjudicador "*el Estado, las entidades territoriales, los organismos de Derecho público, las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público*".

¹⁷ La financiación mayoritaria significa "*en más de la mitad*", y puede incluir pagos procedentes de usuarios "*que son impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de Derecho público*".

derivadas del ejercicio de su actividad no debe ser considerado un "*organismo de Derecho público*", pues es posible entender que las necesidades de interés general a satisfacer para las cuales ha sido creado¹⁸ tienen carácter industrial o mercantil.

ii) *Empresas públicas*

Por su parte, el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 2014/25/UE define "*empresa pública*" como "*aquella empresa sobre la cual los poderes adjudicadores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en la misma, o en virtud de las normas que la rigen*".

A tal efecto, se considerará que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, en cualquiera de los casos siguientes:

- a) *cuando tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa;*
- b) *cuando dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa;*
- c) *cuando puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa.*

Esta previsión tampoco supone novedad con respecto a la contemplada en el artículo 2.1.b) de la Directiva 2004/17/CE. Su inclusión responde a que, tradicionalmente, se ha considerado que uno de los motivos principales de la ausencia de competencia en estos sectores es el hecho de que las autoridades

¹⁸ O que se le ha encargado satisfacer.

nacionales pueden influir en el comportamiento de las entidades que llevan a cabo tales actividades¹⁹.

iii) Entidades que, sin ser poderes adjudicadores o empresas públicas, operan con arreglo a derechos especiales o exclusivos

El concepto de derechos especiales o exclusivos es fundamental para la definición del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/25/UE, puesto que las entidades que no son ni poderes adjudicadores ni empresas públicas solo están sujetas a esta regulación en la medida en que ejerzan una de las actividades cubiertas sobre la base de tales derechos.

De conformidad con lo previsto en el artículo 4.3 de la Directiva 2014/25/UE, se entenderá por derechos especiales o exclusivos “*los derechos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o a varias entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 8 a 14 y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad*”.

Esta definición de “derechos especiales o exclusivos” contempla los mismos rasgos característicos que la prevista en la Directiva 2004/17/CE -pues viene derivada de los Tratados comunitarios-, a saber: (i) derecho otorgado por un acto de una autoridad pública; (ii) que sustrae determinadas prestaciones de una plena libre competencia, y (iii) los operadores beneficiarios gozan de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables a las relaciones entre particulares.

El telón de fondo de las previsiones anteriores es, por razones obvias, la obligación de los Estados miembros de no adoptar ni mantener ninguna medida contraria a los Tratados comunitarios

¹⁹ En particular mediante la participación en su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión.

respecto de las empresas a las que conceden derechos especiales o exclusivos.

Sin perjuicio de lo anterior, el segundo párrafo del artículo 4.3 de la Directiva 2014/25/UE determina una relevante modulación a la definición de “derechos especiales o exclusivos”, excluyendo de su alcance a todos aquellos derechos que se hayan concedido mediante un procedimiento que haya sido objeto de una publicidad adecuada y con arreglo a criterios objetivos -en particular, con arreglo a la legislación de la Unión-.

A tal efecto, la Directiva 2014/25/UE -en su ANEXO II y en el propio artículo 4.3- detalla algunos de los procedimientos que cumplen los requisitos anteriores:

- los procedimientos de contratación con convocatoria de licitación previa que se lleven a cabo de conformidad con las Directivas 2014/23/UE²⁰, 2014/24/UE²¹, con la propia 2014/25/UE, así como con la Directiva 2009/81/CE²²;
- los procedimientos regulados por otros actos jurídicos de la Unión -enumerados en el Anexo II,- que garanticen una transparencia previa adecuada para la concesión de autorizaciones con arreglo a criterios objetivos²³.

²⁰ Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

²¹ 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.

²² Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

²³ En concreto: (i) la concesión de autorización para explotar instalaciones de gas natural, de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 4 de la Directiva 2009/73/CE; (ii) la autorización o una invitación a licitar para la construcción de nuevas instalaciones de producción de electricidad, de conformidad con la Directiva 2009/72/CE; (iii)

En todo caso, el listado planteado en la Directiva 2014/25/UE no es exhaustivo, por lo que cabe afirmar, con carácter general, que los derechos²⁴ que se hayan otorgado mediante un procedimiento basado en criterios objetivos y que hayan sido objeto de una publicidad adecuada, no constituyen derechos especiales o exclusivos a efectos de definir el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva.

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

La Directiva 2014/25/UE, siguiendo el ya tradicional criterio de que una multiplicidad de umbrales de aplicación de las disposiciones de coordinación en materia de contratación es una fuente de complicaciones para las entidades adjudicadoras, configura, en su artículo 15, 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) 414.000 EUR, en los contratos de suministro y de servicios, así como en los concursos de proyectos;
- c) 1.000.000 EUR, en los contratos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el ANEXO XVII.

El valor de la contratación se calculará teniendo en cuenta el importe total a pagar, IVA excluido,

la concesión de autorizaciones, de conformidad con los procedimientos establecidos en el artículo 9 de la Directiva 97/67/CE, en relación con un servicio postal que no esté o no estará reservado; (iv) los procedimientos de concesión de una autorización para ejercer una actividad que implique la explotación de hidrocarburos, de conformidad con la Directiva 94/22/CE, y (v) contratos de servicios públicos en el sentido previsto en el Reglamento (CE) n° 1370/2007.

²⁴ Incluso mediante actos de concesión.

incluyendo cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas del contrato que figuren explícitamente en los pliegos de la contratación²⁵.

Para la concreta determinación del valor estimado del contrato en cada licitación, los apartados 2 a 14 del artículo 16 de la Directiva 2014/25/UE siguen pautas y criterios generales semejantes a los establecidos por la Directiva 2004/17/CE. A modo de resumen, cabe destacar los siguientes aspectos:

i) cuando una entidad adjudicadora esté compuesta por unidades operativas independientes, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades operativas individuales²⁶;

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 lotes²⁷;

²⁵ 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 otorgar la entidad adjudicadora.

²⁶ Excepción hecha de los supuestos en los que una unidad operativa independiente sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ésta.

²⁷ 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 o superior a los umbrales establecidos en el artículo 15, se aplicará la Directiva 2014/25/UE a la adjudicación de cada lote. No obstante, la propia Directiva establece una singularidad. Así, las entidades adjudicadoras 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.

iv) en las asociaciones para la innovación²⁸, 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 2014/25/UE también establece una serie de reglas para calcular el valor estimado de las tres tipologías de contratos (obras, servicios y suministro):

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 las entidades adjudicadoras 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 presupuestario precedente o durante los doce (12) meses anteriores²⁹,
- bien el valor total estimado de los contratos sucesivos adjudicados durante los doce meses siguientes a la primera entrega, o durante el ejercicio presupuestario, 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 ésta 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;
- 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.

²⁸ Un nuevo procedimiento de adjudicación, cuyas características se desarrollarán en epígrafes posteriores.

²⁹ 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.

6. EXCLUSIONES

Además de los contratos cuyo importe sea inferior a los umbrales previstos en el artículo 15, la Directiva 2014/25/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 2004/17/CE.

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

i) los contratos o concursos de proyectos que las entidades adjudicadoras liciten para fines distintos del desarrollo de sus actividades -mencionadas en los artículos 8 a 14 de la Directiva-, o para el desarrollo de dichas actividades en un tercer país, en circunstancias que no supongan la explotación física de una red o de una zona geográfica dentro de la Unión;

ii) los contratos adjudicados a efectos de reventa o arrendamiento financiero a terceros, siempre y cuando la entidad adjudicadora no goce de derechos especiales o exclusivos de venta o arrendamiento financiero del objeto de dichos contratos y existan otras entidades que puedan venderlos o arrendarlos libremente en las mismas condiciones que la entidad adjudicadora;

iii) los contratos y los concursos de proyectos que la entidad adjudicadora esté obligada a adjudicar u organizar de conformidad con procedimientos establecidos en virtud de un acuerdo, institución financiera u organización que tengan carácter internacional³⁰;

iv) los contratos de servicios destinados, entre otros, a la adquisición o el arrendamiento,

³⁰ Con carácter general, contrataciones reguladas por normas internacionales específicas.

independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre estos bienes; servicios financieros ligados a la emisión, compra, venta o transmisión de títulos u otros instrumentos financieros; determinados servicios jurídicos; aquellos relativos a servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril o en metro; etc.;

v) los contratos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, un poder adjudicador, con arreglo a un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el TFUE;

vi) los contratos para la compra de agua, siempre que sean adjudicados por entidades adjudicadoras que ejerzan alguna de las actividades que contempla el artículo 10.1 de la Directiva, relacionadas con el agua potable;

vii) los contratos celebrados por entidades adjudicadoras que operen en el sector de la energía³¹, en relación bien con el suministro de energía, bien con el suministro de combustibles destinados a la generación de energía;

viii) las relaciones “in house providing” o entre poderes adjudicadores, esto es, contratos adjudicados por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado, siempre que se cumplan determinadas condiciones³²;

ix) los contratos adjudicados a una empresa asociada;

³¹ Ejerciendo una actividad contemplada en el artículo 8, apartado 1, el artículo 9, apartado 1, o el artículo 14 de la Directiva.

³² Teniendo en cuenta su relevancia, esta exclusión se abordará de manera específica en el siguiente apartado de la Nota Informativa, al igual que las dos siguientes excepciones, relativas a “empresas asociadas” y “empresas conjuntas”.

x) los contratos adjudicados a una empresa conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta;

xi) 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:

- la entidad adjudicadora 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 la entidad adjudicadora;

xii) algunos contratos y concursos de proyectos en los ámbitos de la defensa y de la seguridad³³;

xiii) los contratos o concursos de proyectos destinados a hacer posible la prestación de una actividad contemplada en los artículos 8 a 14 de la Directiva, si tal actividad ésta sometida directamente a la competencia en el Estado miembro en el que se vaya a efectuar.

7. CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE PODERES ADJUDICADORES

a) Régimen general

Tal y como se ha señalado con anterioridad, la Directiva 2014/25/UE excluye de su ámbito de

³³ 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.

aplicación las relaciones “in house providing” o entre poderes adjudicadores, siempre que se cumplan determinadas condiciones.

En relación con esta cuestión, el Considerando (38) de la Directiva 2014/25/UE pone de manifiesto la inseguridad jurídica existente hasta la fecha en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública, pues la abundante Jurisprudencia del TJUE en la materia - que resulta aplicable también en el ámbito de los denominados “sectores regulados”- 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 28 de la Directiva 2014/25/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 sus normas de contratación³⁴.

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 28 de la Directiva, son los siguientes³⁵:

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

³⁴ Sus previsiones son similares a las de la Directiva 2014/24/UE. De hecho, el propio Considerando (38) señala de manera expresa que “*conviene velar por que se apliquen las mismas normas y se interpreten en el mismo sentido tanto en la presente Directiva como en la Directiva 2014/24/UE*”.

³⁵ Solo se puede dar la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva cuando se cumplan todos ellos.

que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios³⁶.

A estos efectos, la Directiva 2014/25/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 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 28.3 de la Directiva 2014/25/UE regula los requisitos que se han de cumplir³⁷ 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 participen³⁸;

³⁶ 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 aquélla. 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.

³⁷ Han de cumplirse todos ellos.

³⁸ Cada representante puede ejercer sus funciones bien en relación con varios poderes adjudicadores participantes, bien en relación con la totalidad de los mismos.

- 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 2014/25/UE en estos supuestos de control conjunto, también será necesario cumplir con los restantes requisitos generales exigidos por el artículo 28 -analizados en el presente epígrafe-.

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 competencia³⁹.

Para concretar qué se entiende por “parte esencial de la actividad”, la Directiva 2014/25/UE establece que la persona jurídica controlada ha de dedicar más del ochenta por ciento (80%) de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas

³⁹ 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.

por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador.

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).

Para determinar el concreto porcentaje de actividades, habrá de estarse a los criterios establecidos en el artículo 28.5 de la Directiva 2014/25/UE: *“el promedio del volumen de negocios total, o una medida adecuada basada en una actividad alternativa, tal como los costes soportados por la persona jurídica considerada en relación con servicios, suministros y obras en los tres años 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 con dichos poderes considerados en conjunto -y no necesariamente, por lo tanto, con uno u otro de los poderes adjudicadores-.

a.3) *Inexistencia de capital privado*

El último requisito exigido por la Directiva 2014/25/UE para beneficiarse de la exclusión es que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada.

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 actividades.

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

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).

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

El artículo 28.2 de la Directiva 2014/25/UE⁴² hace extensiva la excepción por condición de interna,

⁴¹ El Considerando (32) de la Directiva 2014/24/UE, al que se debería acudir para llevar a cabo una interpretación sistemática de esta previsión, 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 El artículo 28.2 de la Directiva establece que *“el apartado 1 también se aplica cuando una persona jurídica controlada que es un poder adjudicador adjudica un contrato a su poder adjudicador de control, o a otra*

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 28.4 de la Directiva 2014/25/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:

- que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común,
- que el desarrollo de dicha cooperación se guíe de manera única por consideraciones y

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 que no ejerzan un control o un bloqueo que estén impuestas por disposiciones legislativas nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada”.

características relacionadas con la persecución del interés público,

- que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del veinte por ciento (20%) de las actividades objeto de la cooperación.

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 horizontal⁴³.

8. CONTRATOS Y EMPRESAS ASOCIADAS

Como se ha expuesto en epígrafes precedentes, un elemento esencial de la sistemática de la Directiva 2014/25/UE consiste en otorgar un tratamiento análogo a las entidades adjudicadoras del sector público y del sector privado.

De este modo, a pesar de las diferentes “tipologías” existentes desde un punto de vista subjetivo, las excepciones *ratione personae* al ámbito de aplicación de la Directiva habrán de ser semejantes, con las oportunas particularidades en función de la naturaleza de la entidad⁴⁴.

Por ello, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones, la Directiva no se aplicará a los contratos adjudicados:

- por una entidad adjudicadora a una empresa asociada;
- por una empresa conjunta -constituida exclusivamente por varias entidades

⁴³ Acudiendo, para sostener tal afirmación, al criterio reflejado en el último párrafo del Considerando (32) de la Directiva 2014/24/UE.

⁴⁴ Conviene señalar que esta excepción ya se encontraba prevista en el artículo 23 de la Directiva 2004/17/CE.

adjudicadoras con el fin de desarrollar alguna de las actividades contempladas en el ámbito de aplicación de la Directiva-, a una empresa asociada a una de dichas entidades adjudicadoras.

La razón de ser de esta medida se encuentra justificada en el Considerando (39) de la Directiva 2014/25/UE: numerosas entidades adjudicadoras están organizadas como grupos económicos que comprenden una serie de empresas separadas, cada una de las cuales desempeña a menudo un papel especializado en el contexto general del grupo económico. Por ello, entiende que *“conviene excluir determinados contratos de servicios, suministro y obras, adjudicados a una empresa asociada cuya actividad principal sea facilitar dichos servicios, suministros u obras al grupo al que pertenece y no comercializarlos en el mercado”*.

El artículo 29 de la Directiva 2014/25/UE establece las reglas para determinar si una empresa está asociada o no a una concreta entidad adjudicadora, con el objetivo de que la comprobación *“debe ser tan fácil de realizar como sea posible”*.

A tal efecto, el apartado 1 de dicho artículo establece la presunción de que las empresas están asociadas en caso de que presenten cuentas anuales consolidadas, conforme a las disposiciones de la Directiva 2013/34/UE⁴⁵.

Asimismo, teniendo presente que en un cierto número de casos no son aplicables las normas de la Unión en materia de cuentas consolidadas -debido, por ejemplo, al tamaño de las empresas involucradas o a que no se cumplen determinadas condiciones relativas a su forma jurídica-, el apartado 2 del artículo 29 de la Directiva establece una serie de

criterios de aplicación subsidiaria para examinar si estamos ante una empresa asociada.

En tal sentido, determina que, para aquellas entidades no sujetas a la Directiva 2013/34/UE, se entenderá por empresa asociada toda empresa que:

- pueda estar, directa o indirectamente, sometida a la influencia dominante de la entidad adjudicadora;
- pueda ejercer una influencia dominante sobre la entidad adjudicadora;
- al igual que la entidad adjudicadora, esté sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que la rigen.

Para evitar que la inaplicación de la Directiva a la adjudicación de contratos a empresas asociadas ocasione distorsiones de la competencia, el artículo 29.4 establece unos límites máximos, dentro de los cuales las empresas pueden obtener una parte de su volumen de negocios del mercado, y por encima de los cuales perderían la posibilidad de que se les adjudicasen contratos sin convocatoria de licitación.

Así, para que no resulte aplicable la Directiva a las contrataciones de obras, servicios y suministros, al menos el ochenta por ciento (80%) del promedio del volumen de negocios total que la empresa asociada haya efectuado durante los últimos tres años ha de provenir de la prestación de servicios a la entidad adjudicadora o a otras empresas con las que esté asociada⁴⁶.

Finalmente, el artículo 30 de la Directiva regula de manera específica los contratos adjudicados a una

⁴⁵ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas.

⁴⁶ Teniendo en cuenta todos los servicios prestados por dicha empresa.

empresa conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta⁴⁷.

Así, dicho precepto determina que la Directiva no se aplicará a los contratos adjudicados:

- por una empresa conjunta, que haya sido constituida exclusivamente por varias entidades adjudicadoras con el fin de desarrollar actividades incluidas en el ámbito de la Directiva, a una de dichas entidades adjudicadoras, o
- por una entidad adjudicadora a dicha empresa conjunta de la que forme parte.

Esta excepción resultará de aplicación siempre que la empresa conjunta se haya constituido para desarrollar la actividad de que se trate durante un período mínimo de tres (3) años y que el instrumento por el que se haya constituido la empresa conjunta estipule que las entidades adjudicadoras que la constituyen serán parte de la misma al menos durante el mismo período.

Consecuentemente, en estos dos últimos supuestos, la Directiva pone el acento en la composición de la empresa conjunta, así como en la estabilidad de las relaciones entre dicha empresa conjunta y las entidades adjudicadoras que la integran.

9. CONTRATOS MIXTOS

La Directiva 2014/25/UE establece un doble régimen en relación con los contratos mixtos, principalmente en sus artículos 5 y 6, atendiendo a si el correspondiente contrato se adjudica bien con la finalidad de satisfacer la necesidad de una actividad, bien para la realización de varias actividades.

⁴⁷ En este punto, conviene remitirse a la regulación en la materia que contempla el artículo 28 de la Directiva, ya comentada con anterioridad.

a) Contratación mixta relativa a la misma actividad.

El artículo 5.2 de la Directiva 2014/25/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 cuestión⁴⁸.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 5.2 de la Directiva determina una regla específica en relación con los siguientes contratos mixtos que comprendan

- en parte servicios contemplados en los artículos 91 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 suministros.

Los anteriores, sin embargo, no son los únicos supuestos regulados por la Directiva 2014/25/UE en relación con la coexistencia de prestaciones correspondientes a tipologías diferentes de contratos.

Así, los apartados 3 a 5 de su artículo 5 establecen el régimen aplicable a los contratos mixtos que tengan por objeto una contratación regulada por la Directiva 2014/25/UE, y también por otros regímenes jurídicos.

⁴⁸ 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”.

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 contrato⁴⁹.

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 5.5 de la Directiva.

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

- En primer lugar, podrán adjudicar contratos independientes para cada una de las partes separadas del contrato mixto, en cuyo caso, la decisión sobre el régimen jurídico que se aplica a cualquiera de dichos contratos separados se adoptará sobre la base de las características de la parte separada de que se trate.
- La segunda alternativa que pueden adoptar las entidades adjudicadoras es adjudicar un único contrato⁵⁰.

⁴⁹ 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 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

En este último supuesto, la regla general consiste en que se apliquen al contrato mixto resultante las disposiciones de la Directiva 2014/25/UE. Sin embargo, la propia Directiva establece dos especialidades en los últimos párrafos de su artículo 5.4.

La primera particularidad consiste en que el artículo 25 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 2014/25/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 15.

b) Contratación relativa a varias actividades.

En el caso de los contratos destinados a la realización de varias actividades, las entidades adjudicadoras podrán optar por adjudicar un contrato por separado para cada una de las distintas actividades o por adjudicar un único contrato.

Si las entidades adjudicadoras optan por adjudicar contratos separados, la decisión sobre las normas aplicables a cada uno de los contratos se adoptará en función de las características de cada una de las actividades de que se trate.

⁵⁰ 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 las entidades adjudicadoras de considerar los diversos aspectos que constituyen un contrato mixto como indivisibles, lejos de ser suficiente, debe apoyarse en pruebas objetivas capaces de justificarla y de establecer la necesidad de celebrar un contrato único; ii) la necesidad de concertar dicho contrato único puede responder a motivos de índole tanto técnica como económica.

En el caso de que las entidades adjudicadoras opten por adjudicar un único contrato, existen varias situaciones, si bien la regla general consiste en que el contrato estará sujeto a las normas aplicables a la actividad a la que esté destinado principalmente⁵¹. Este criterio tiene dos modulaciones:

i) Cuando una de las actividades de que se trate esté cubierta por la Directiva 2009/81/CE⁵² o el artículo 346 del TFUE⁵³, habrá de estarse al régimen establecido en el artículo 26 de la Directiva 2014/25/UE.

ii) En el caso de los contratos para los que resulte imposible objetivamente establecer a qué actividad se destina principalmente el contrato, las normas aplicables se determinarán conforme a las siguientes reglas:

- En el caso de contratos que tengan por objeto prestaciones sometidas a la Directiva 2014/25/UE, así como el ejercicio de una actividad que esté sujeta a la Directiva 2014/24/UE (relativa a contratos públicos), el contrato se adjudicará conforme a la Directiva 2014/24/UE.
- En el caso de contratos que tengan por objeto prestaciones sometidas a la Directiva 2014/25/UE, así como el ejercicio de una actividad que esté sujeta a la Directiva 2014/23/UE (relativa a concesiones), el contrato se adjudicará conforme a la Directiva 2014/25/UE.

- En el caso de que una de las actividades objeto del contrato esté sujeta a la Directiva 2014/25/UE y la otra no esté sujeta a dicha Directiva, ni a la Directiva 2014/24/UE, ni a la Directiva 2014/23/UE, el contrato se adjudicará de conformidad con la Directiva 2014/25/UE.

La aplicación de estas reglas no se llevará a cabo con la finalidad de menoscabar los principios de publicidad y concurrencia.

10. PRINCIPIOS GENERALES

Durante la tramitación de la Directiva 2014/25/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 las entidades adjudicadoras, a la vez que garantizase el acceso a los mercados de la contratación en los sectores excluidos 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 IV del Título I de la Directiva 2014/25/UE, que recoge los “Principios generales” aplicables a la contratación.

En primer lugar, el artículo 36 de la Directiva contempla los “Principios de contratación” que han de presidir toda adjudicación:

i) las entidades adjudicadoras 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

⁵¹ La determinación de cuál es la actividad a la que el contrato se destina principalmente puede basarse en el análisis de las necesidades a las que el contrato específico debe responder.

⁵² 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.

⁵³ El artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se refiere a intereses esenciales de la seguridad de los Estados miembros.

Directiva 2014/25/UE, ni de restringir de manera artificial la competencia⁵⁴;

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 internacional⁵⁵, en materia medioambiental, laboral y social⁵⁶.

Dentro de este marco general aplicable a la contratación pública, interesa destacar también otros criterios generales contemplados en el Capítulo IV del Título I de la Directiva 2014/25/UE.

Así, el artículo 39 de la Directiva 2014/25/UE regula la obligación de confidencialidad, estableciendo un doble régimen:

- para las entidades adjudicadoras, 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);

⁵⁴ 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.

⁵⁵ El ANEXO XIV de la Directiva 2014/25/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).

⁵⁶ 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.

- 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.

Por su parte, el artículo 40 de la Directiva 2014/25/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.

Por ello, la Directiva convierte los mecanismos electrónicos en el método estándar de comunicación e intercambio de información⁵⁷, estableciendo los siguientes parámetros generales en su utilización:

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

⁵⁷ 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.

ofimáticos especializados, no disponibles para las entidades adjudicadoras;

- el uso de medios de comunicación electrónicos debe tener en cuenta la accesibilidad de personas discapacitadas;
- las entidades adjudicadoras 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 y no afecten a materias relacionadas con los elementos esenciales del procedimiento de licitación;
- 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 las entidades adjudicadoras ofrezcan medios de acceso alternativos.

Finalmente, y dentro de este marco general, pueden incluirse también las previsiones contenidas en el artículo 42 de la Directiva 2014/25/UE, relativo a “*conflictos de intereses*”.

En su virtud, se impone a los Estados miembros la obligación de velar por que los poderes adjudicadores⁵⁸ 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

⁵⁸ En este caso, la Directiva se refiere exclusivamente a poderes adjudicadores, y no a las entidades adjudicadoras en general.

la igualdad de trato de todos los operadores económicos⁵⁹.

11. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

Como se ha señalado con anterioridad, la Directiva 2014/25/UE trata de implementar procedimientos de adjudicación más flexibles y adecuados a las necesidades de las entidades adjudicadoras, a la vez que persigue maximizar la seguridad jurídica de los operadores económicos.

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 2014/25/UE configura un esquema en el que: i) se reducen los plazos para la recepción de ofertas; y ii) se potencia la utilización de los mecanismos electrónicos, en los términos expuestos en el apartado precedente.

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

Hay que señalar también que, tal y como sucede en la Directiva 2004/17/CE, las entidades adjudicadoras tienen libertad para recurrir a los procedimientos abiertos o restringidos o a los procedimientos negociados con convocatoria de licitación previa, en función de sus necesidades⁶⁰. Igualmente, podrán

⁵⁹ 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.

⁶⁰ Por lo tanto, se mantiene el esquema ya tradicional en la regulación de la contratación en los “sectores excluidos”,

recurrir a los diálogos competitivos y las asociaciones para la innovación, en los términos y con el alcance previstos en la Directiva.

i) Las consultas preliminares de mercado

La primera novedad relevante⁶¹ que introduce la Directiva 2014/25/UE no afecta directamente al procedimiento de adjudicación de contratos en sentido estricto, sino que pretende evitar las ventajas desleales en tales procedimientos, regulando las relaciones entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos en la preparación de los contratos.

Así, el artículo 58 de la Directiva 2014/25/UE regula las “*Consultas preliminares del mercado*”, con la finalidad de que, antes de iniciar un procedimiento de contratación, las entidades adjudicadoras 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.

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

Para ello, las entidades adjudicadoras podrán solicitar o aceptar el asesoramiento de operadores privados

permitiendo a las entidades adjudicadoras elegir libremente los procedimientos de adjudicación, siempre que se haya producido una publicación previa -interesa recordar que este matiz supone una diferencial relevante con respecto a la normativa general en materia de contratos públicos-.

⁶¹ Si bien el Considerando (15) de la Directiva 2004/17/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*”.

de mercado, siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la competencia ni dé lugar a vulneraciones de los principios de igualdad, no discriminación y transparencia. Asimismo, las entidades adjudicadoras podrán recibir asesoramiento por parte de expertos o autoridades independientes.

Al margen de lo señalado en el propio artículo 58 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 las entidades adjudicadoras;
- 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 la entidad adjudicadora.

Razonablemente, sobre la base de las previsiones del artículo 58 de la Directiva 2014/25/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 59 de la Directiva 2014/25/UE.

Este precepto detalla las reglas a seguir por las entidades adjudicadoras 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 a la entidad adjudicadora en el marco de las consultas preliminares de mercado⁶², ésta 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 garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato⁶³.

⁶² Las mismas limitaciones se aplican en el caso de que se lleven a cabo asesoramientos a las entidades adjudicadoras en otro contexto diferente al regulado por el artículo 58 de la Directiva.

⁶³ No obstante, antes de proceder a la exclusión, se dará a los licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en

ii) Procedimiento abierto

La definición del procedimiento abierto en la Directiva 2014/25/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.

Por otra parte, en cuanto a los plazos aplicables, el artículo 45 de la Directiva 2014/25/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 este plazo en cinco (5) días, siempre que las ofertas puedan presentarse por medios electrónicos⁶⁴;

b) el plazo para la recepción de las ofertas podrá ser reducido a quince (15) días si las entidades adjudicadoras han publicado antes de la convocatoria un anuncio periódico indicativo⁶⁵;

c) cuando el plazo mínimo de treinta y cinco (35) días sea impracticable a causa de una situación de urgencia debidamente justificada por las entidades adjudicadoras, estas podrán fijar un plazo que no será inferior a quince (15) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación.

iii) Procedimiento restringido

Las particularidades contempladas por la Directiva 2014/25/UE en relación con el procedimiento

la preparación del procedimiento de adjudicación no puede falsear la competencia.

⁶⁴ El artículo 45.2 de la Directiva 2004/17/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.

⁶⁵ El artículo 45.4 de la Directiva 2004/17/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.

restringido son muy semejantes a las destacadas en el epígrafe precedente para el procedimiento abierto.

Así, si la nueva Directiva contempla una definición del procedimiento restringido similar a la establecida en la regulación anterior: aquel procedimiento en el que cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información para la selección cualitativa que solicite la entidad adjudicadora.

En cuanto a los plazos aplicables, el artículo 46 de la Directiva 2014/25/UE establece que

a) el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será, en general, como mínimo, 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 periódico indicativo)⁶⁶, sin que en ningún caso pueda ser inferior a quince (15) días;

b) la entidad adjudicadora y los candidatos que hayan sido seleccionados podrán fijar de mutuo acuerdo el plazo para la recepción de las ofertas, siempre que todos los candidatos seleccionados dispongan de un plazo idéntico para preparar y presentar sus ofertas;

c) en ausencia de acuerdo sobre el plazo para la recepción de ofertas, el plazo no podrá ser inferior a diez (10) días a partir de la fecha en que fue enviada la invitación a licitar⁶⁷.

Finalmente, conviene resaltar que la Directiva 2014/25/UE mantiene la posibilidad de que las

⁶⁶ El artículo 45.3 de la Directiva 2004/17/CE contemplaba un plazo mínimo general de recepción de solicitudes de participación de treinta y siete (37) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación.

⁶⁷ La Directiva 2004/17/CE contemplaba un plazo general de veinticuatro (24) días, si bien también establecía que el plazo mínimo sería de diez (10) días.

entidades adjudicadoras limiten el número de candidatos invitados a participar, siempre que sea suficiente para garantizar una competencia real.

iii) Procedimiento negociado con convocatoria de licitación previa

La filosofía del procedimiento negociado con convocatoria de licitación previa en la Directiva 2014/25/UE es muy semejante a la contemplada en la Directiva 2004/17/CE, si bien la nueva regulación trata de maximizar las garantías para que, en su utilización, se cumplan los principios de igualdad de trato y de transparencia.

Las características esenciales del procedimiento son las siguientes:

a) Cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, presentando la información para la selección cualitativa que solicite la entidad adjudicadora.

b) El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación no será, como norma general, inferior a treinta (30) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o, en caso de que se utilice un anuncio periódico indicativo como medio de convocatoria de la licitación, a partir de la invitación a confirmar el interés. En ningún caso dicho plazo podrá ser inferior a quince (15) días.

c) Solo podrán participar en las negociaciones los operadores económicos invitados por la entidad adjudicadora.

d) La entidad adjudicadora y los candidatos que hayan sido seleccionados podrán fijar de mutuo acuerdo el plazo para la recepción de las ofertas, siempre que todos los candidatos seleccionados

dispongan de un plazo idéntico para preparar y presentar sus ofertas.

e) En ausencia de acuerdo sobre la fecha límite de recepción de las ofertas, el plazo no podrá ser inferior a diez (10) días a partir de la fecha en que fue enviada la invitación a presentar ofertas.

f) Las entidades adjudicadoras podrán limitar el número de candidatos invitados a participar en la negociación.

iv) Procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa

Al igual que sucedía en la regulación anterior, el artículo 50 de la Directiva 2014/25/UE contempla la posibilidad de que las entidades adjudicadoras acudan a procedimientos negociados sin publicación previa de una convocatoria de licitación, en determinadas circunstancias y supuestos -de hecho, como excepción al principio de publicidad previa-.

La casuística es bastante similar a la contenida en la Directiva 2004/17/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 89 de la Directiva 2014/25/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. Se podrá emplear el procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa, con carácter general, en los siguientes supuestos:

a) cuando, en respuesta a un procedimiento con convocatoria de licitación previa, bien no se haya presentado ninguna oferta o solicitud, bien éstas no sean adecuadas⁶⁸, 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 técnicas⁶⁹,

⁶⁸ Se considerará que una oferta no es adecuada cuando no sea pertinente, por resultar manifiestamente insuficiente para satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos de la entidad adjudicadora 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 la entidad adjudicadora.

⁶⁹ Solo resultará aplicable cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación, y siempre que no exista alternativa o sustituto razonable.

- ✓ que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial⁷⁰;

c) cuando, por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que la entidad adjudicadora no haya podido prever, no puedan respetarse los plazos de los procedimientos abiertos, restringidos o negociados con publicidad⁷¹;

d) cuando la finalidad del contrato sea únicamente la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo, y no la obtención de una rentabilidad o la recuperación de los costes de investigación y desarrollo⁷²;

e) 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 las mismas entidades adjudicadoras, a condición de que dichas obras 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 Directiva⁷³;

f) cuando los servicios consistan en la repetición de otros similares y se encarguen al operador económico titular de un contrato inicial adjudicado por las mismas entidades adjudicadoras, 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 Directiva⁷⁴;

g) en el caso de los contratos de suministro, para 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 existentes⁷⁵;

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

i) cuando se trate de compras de ocasión, siempre que sea posible adquirir suministros aprovechando oportunidades especialmente ventajosas que se presenten en un período de tiempo muy breve y cuyo precio de compra sea considerablemente más bajo que el habitual del mercado;

j) cuando se trate de la compra de suministros o servicios en condiciones especialmente ventajosas, bien a un proveedor que cese definitivamente su actividad comercial, bien a un administrador en un procedimiento de insolvencia, bien en virtud de un concordato judicial o de un procedimiento de la misma naturaleza existente en las disposiciones legales o reglamentarias nacionales;

k) 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.

⁷⁰ Siempre que no exista alternativa o sustituto razonable.

⁷¹ Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no podrán ser imputables a la entidad adjudicadora.

⁷² Siempre que la adjudicación del contrato se entienda sin perjuicio de la convocatoria de una licitación para los contratos subsiguientes que persigan, en particular, los mismos fines.

⁷³ La posibilidad de hacer uso de este procedimiento deberá darse a conocer desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y las entidades adjudicadoras tendrán en cuenta el coste total previsto de los servicios ulteriores a los efectos de calcular el valor estimado del contrato.

⁷⁴ La posibilidad de hacer uso de este procedimiento deberá darse a conocer desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y las entidades adjudicadoras tendrán en cuenta el coste total previsto de los servicios ulteriores a los efectos de calcular el valor estimado del contrato.

⁷⁵ Siempre que un cambio de proveedor obligue a la entidad adjudicadora 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.

v) Procedimiento de diálogo competitivo

➤ *Supuestos de aplicación*

El nuevo paquete normativo en materia de contratos públicos trata de potenciar la utilización del diálogo competitivo como forma de adjudicación de contratos. Por esta razón, la Directiva 2014/25/UE introduce expresamente esta figura. La decisión se justifica, por ejemplo, en el propio Considerando (60) de la Directiva, el cual señala que

- dicho procedimiento ha demostrado ser útil en aquellos casos en que las autoridades adjudicadoras 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 de la regulación del diálogo competitivo es que la Directiva no recoge de manera específica el presupuesto tradicional para la utilización de este procedimiento: la existencia de contratos “particularmente complejos”. Tampoco se prevén los supuestos genéricos que habilitan la utilización del diálogo competitivo, al contrario de lo que sucede en la Directiva 2014/24/UE.

No obstante lo anterior, es razonable entender que el diálogo competitivo será empleado en los mismos supuestos que en la Directiva “clásica”: cuando no se considere probable obtener resultados satisfactorios

de la contratación mediante procedimientos abiertos, restringidos o negociados.

➤ *Articulación del procedimiento*

Las características esenciales del procedimiento son las siguientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Directiva 2014/25/UE:

a) cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, proporcionando la información para la selección cualitativa que haya solicitado la entidad adjudicadora;

b) las entidades adjudicadoras establecerán y definirán sus necesidades y requisitos en la convocatoria de licitación y/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 no será, como norma general, inferior a treinta (30) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación o de la invitación a confirmar el interés, sin que en ningún caso pueda ser inferior a quince (15) días;

d) solo podrán participar en las negociaciones los operadores económicos invitados por la entidad adjudicadora, tras haber evaluado la información facilitada;

e) las entidades adjudicadoras podrán limitar el número de candidatos aptos invitados a participar en el diálogo competitivo. 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

la convocatoria de la licitación o en el documento descriptivo;

f) las entidades adjudicadoras 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 2014/25/UE no establece normas imperativas para desarrollar el diálogo. Sin perjuicio de ello, su Considerando (60) aconseja que, cuando resulte procedente, se pueda “*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, las entidades adjudicadoras 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;

h) las entidades adjudicadoras evaluarán las ofertas recibidas en función de los criterios de adjudicación establecidos en la convocatoria de la 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 82.2 de la Directiva 2014/25/UE.

En particular, conviene destacar que, una vez seleccionada la oferta que presente la mejor relación calidad-precio, y a petición de la entidad adjudicadora, se podrán llevar a cabo negociaciones con el correspondiente licitador, con el fin de confirmar compromisos financieros u otras condiciones contenidas en su oferta⁷⁶.

vi) Asociación para la innovación

➤ *Cuestiones generales*

El artículo 49 de la Directiva 2014/25/UE regula un nuevo procedimiento específico de adjudicación, la asociación para la innovación, ideado para que las entidades adjudicadoras 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 pueda 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.

La asociación para la innovación se basa en la normativa aplicable al procedimiento negociado. Los correspondientes contratos deben adjudicarse atendiendo al criterio de la mejor relación calidad-precio⁷⁷.

⁷⁶ 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 la convocatoria de la licitación o en el documento descriptivo), y que dicha negociación no conlleve un riesgo de falseamiento de la competencia ni ocasione discriminaciones.

⁷⁷ Metodología que el legislador estima como la más indicada para comparar las ofertas relativas a soluciones innovadoras.

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.

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.

➤ *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 selección cualitativa, la información que haya solicitado la entidad adjudicadora;

b) en los pliegos de la contratación, la entidad adjudicadora

- 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 socios⁷⁸.

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 49 de la Directiva 2014/25/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.

La entidad adjudicadora 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 de investigación y de innovación necesarias para el desarrollo de la solución innovadora⁷⁹.

Sobre la base de esos objetivos, la entidad adjudicadora 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

⁷⁸ El establecimiento de una asociación con varios socios es aconsejable para evitar disfuncionalidades desde el punto de vista de la competencia.

⁷⁹ 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.

socios, reducir el número de socios mediante la rescisión de los contratos individuales⁸⁰.

d) el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación no será, como norma general, inferior a treinta (30) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación, sin que en ningún caso pueda ser inferior a quince (15) días;

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

f) las entidades adjudicadoras podrán limitar el número de candidatos aptos que serán invitados a participar en el procedimiento.

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, las entidades adjudicadoras 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) las entidades adjudicadoras negociarán con los licitadores las ofertas iniciales y todas las ofertas posteriores presentadas por estos, con el fin de 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, las entidades adjudicadoras velarán por que todos los licitadores reciban igual

⁸⁰ Siempre que se haya indicado en los pliegos esta posibilidad, así como el alcance de la rescisión.

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 contratación⁸¹;

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 la entidad adjudicadora 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 82 de la Directiva 2014/25/UE.

12. CONTRATACIÓN AGREGADA

La Directiva 2014/25/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 2004/17/CE.

i) Acuerdos marco

➤ *Cuestiones generales*

El artículo 51 de la Directiva 2014/25/UE regula los acuerdos marco, contemplando una definición casi

⁸¹ De existir tales cambios, las entidades adjudicadoras darán a los licitadores tiempo suficiente para que puedan modificar y volver a presentar ofertas modificadas, según proceda.

idéntica a la regulación anterior: *“acuerdo entre una o varias entidades adjudicadoras 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 2004/17/CE.

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. Esta cuestión se resalta en el Considerando (71) de la Directiva, en los siguientes términos: *“aunque los acuerdos marco pueden ser una técnica de contratación eficiente en toda la Unión, es preciso reforzar la competencia, mejorando la transparencia de la contratación y el acceso a la misma, cuando para llevarla a cabo se utilicen estos acuerdos marco. Conviene por lo tanto revisar las disposiciones aplicables a estos acuerdos, en particular estableciendo que los contratos específicos basados en esos acuerdos deben adjudicarse con arreglo a normas y criterios objetivos, por ejemplo tras una mini-licitación, y limitando la duración de los acuerdos marco”*.

Conforme a la nueva Directiva, las características de los acuerdos marco se pueden esquematizar del modo que sigue:

➤ Duración

La duración del acuerdo marco *no superará los ocho años*, salvo en casos excepcionales debidamente justificados⁸².

⁸² El Considerando (72) 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 ocho años y que deban estar disponibles en cualquier momento durante la duración del acuerdo marco. En el contexto particular de los servicios públicos que prestan servicios esenciales a la población,

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 procedente⁸³.

➤ Tipología

Los acuerdos marco no forman una categoría unitaria. Antes al contrario, responden a dos situaciones diferentes:

- acuerdos marco que establecen todos sus términos;
- acuerdos marco que no establecen todos sus términos.

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

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

puede haber casos en los que sean precisos acuerdos marco de mayor duración. Por ejemplo, en el caso de aquellos acuerdos marco destinados a asegurar el mantenimiento ordinario y extraordinario de redes que requieran un costoso equipo operado por personal que haya recibido una formación *ad hoc* muy especializada orientada a garantizar la continuación de los servicios y la reducción al mínimo de posibles perturbaciones.

⁸³ En tal sentido, el Considerando (72) 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 ocho años o cuando sea precisa una amplia formación del personal que ejecute el contrato.

La Directiva 2014/25/UE⁸⁴ no reconoce esta diversidad de manera expresa, y otorga en apariencia un tratamiento homogéneo a los acuerdos marco. Sin embargo, lo cierto es que del citado artículo 51 de la Directiva sí se desprende esta diversidad, teniendo en cuenta que:

- la posibilidad de celebrar un acuerdo marco con uno o varios operadores económicos se refleja en el segundo párrafo del artículo 51.1;
- el primer párrafo del artículo 51.2 configura un doble esquema para la adjudicación de los contratos derivados, directamente, o mediante la convocatoria de una nueva licitación.

En relación con esta última cuestión, parece razonable entender que, 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 derivados⁸⁵.

➤ *Régimen aplicable a los acuerdos marco*

El artículo 51 de la Directiva 2014/25/UE configura unas reglas sencillas en relación con la adjudicación de los acuerdos marco:

- podrán celebrarse siempre que se apliquen los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva;
- los contratos basados en un acuerdo marco se adjudicarán con arreglo a normas y criterios objetivos, entre los que podrán figurar la convocatoria de una nueva licitación entre los

operadores económicos que sean partes en el acuerdo marco celebrado;

- las normas y criterios de adjudicación se indicarán en los pliegos de la contratación del acuerdo marco, y garantizarán una igualdad de trato de los operadores económicos que sean parte en el acuerdo;
- cuando se incluya una convocatoria de una nueva licitación, las entidades adjudicadoras fijarán un plazo suficientemente amplio para que puedan presentarse ofertas para cada contrato específico. Las entidades adjudicadoras adjudicarán cada contrato al licitador que haya presentado la mejor oferta en función de los criterios de adjudicación fijados en las especificaciones del acuerdo marco.

Finalmente, al igual que en la regulación anterior, la Directiva establece que las entidades adjudicadoras no utilizarán los acuerdos marco de forma abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o distorsionada.

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 las entidades adjudicadoras.

El Considerando (73) de la Directiva 2014/25/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 las entidades adjudicadoras puedan sacar el máximo provecho de las posibilidades que ofrece ese instrumento.

⁸⁴ Al contrario de lo que sucede con la Directiva 2014/24/UE.

⁸⁵ Y 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.

El apartado primero del artículo 52 de la Directiva 2014/25/UE aborda en primer lugar las 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 su período de vigencia 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 trate⁸⁶.

Sobre esta base, los siguientes apartados del artículo 52 de la Directiva 2014/25/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 2004/17/CE:

➤ *Utilización del procedimiento restringido*

Para contratar en el marco de un sistema dinámico de adquisición, las entidades adjudicadoras seguirán las normas del procedimiento restringido⁸⁷.

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 vigencia⁸⁸. De hecho, la Directiva determina de manera expresa que el número de candidatos a los que se pueda admitir en el sistema no estará limitado.

Sin perjuicio de seguir las reglas del procedimiento restringido, el apartado 2 del artículo 52 de la Directiva 2014/25/UE establece una serie de modulaciones en cuanto a los plazos aplicables:

- el plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación no será, como norma general, inferior a treinta (30) días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación⁸⁹, sin que en ningún caso el plazo pueda ser inferior a quince (15) días;
- 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 ofertas.

➤ *Particularidades de la adjudicación*

Para la adjudicación de contratos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, las entidades adjudicadoras, entre otras cuestiones,

⁸⁶ 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.

⁸⁷ En la Directiva 2004/17/CE se llevaba a cabo mediante las normas del procedimiento abierto.

⁸⁸ Se elimina, en consecuencia, la necesidad de que los licitadores presenten ofertas indicativas. Esta obligación había sido señalada como uno de los aspectos más gravosos relacionados con los sistemas dinámicos de adquisición.

⁸⁹ 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.

- 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 las compras previstas, así como toda la información necesaria relativa al sistema dinámico de adquisición⁹⁰;
- 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 objetiva⁹¹.

Las entidades adjudicadoras, 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 oferta⁹².

➤ *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, las entidades adjudicadoras deberán llevar a cabo el examen de las solicitudes de participación presentadas, de conformidad con los

⁹⁰ En particular, el modo de funcionamiento del mismo, el equipo electrónico utilizado y las modalidades y especificaciones técnicas de conexión.

⁹¹ 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, la entidad adjudicadora ha de aplicar unos criterios de selección que guarden proporción con las características de la categoría de que se trate.

⁹² 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.

criterios de selección establecidos, en el plazo de diez (10) días hábiles desde su recepción⁹³. Dicho plazo podrá prorrogarse a quince (15) días hábiles en casos concretos justificados⁹⁴.

Las entidades adjudicadoras 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).

Finalmente, conviene señalar que las entidades adjudicadoras que recurran a los motivos de exclusión o a los criterios de selección establecidos en la Directiva 2014/24/UE en el contexto de un sistema dinámico de adquisición, deberán aplicar las disposiciones pertinentes de dicha Directiva del mismo modo que las entidades contratantes que manejen un sistema dinámico de adquisición conforme a la Directiva 2014/24/UE.

➤ *Periodo de vigencia*

Si bien en la Directiva 2004/17/CE se establecía expresamente que la duración de un sistema dinámico de adquisición no podrá ser superior a cuatro años, salvo en casos excepcionales⁹⁵, en el artículo 52 de la Directiva 2014/25/UE no se establece un plazo específico de duración del sistema dinámico de adquisición.

⁹³ El Considerando (74) 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 2014/24/UE. De manera señalada, en el documento europeo único de contratación regulado en el artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE.

⁹⁴ 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, las entidades contratantes se pueden encontrar con un número elevado de solicitudes.

⁹⁵ Artículo 15.7 de la Directiva 2004/17/CE.

No obstante, sí se contemplan 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, las entidades adjudicadoras 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 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 2004/17/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.

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 2004/17/CE delimitó la utilización de esta figura mediante normas específicas (en particular, las contenidas en su artículo 56) 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 53 de la nueva Directiva 2014/25/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

- en los procedimientos abiertos, restringidos o negociados con convocatoria de licitación previa, siempre que el contenido de los pliegos de la contratación -de manera particular las especificaciones de carácter técnico- 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 a ese criterio;
- 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 sucesivas⁹⁶.

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 ofertados⁹⁷ (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, las entidades adjudicadoras 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,

⁹⁶ Se deberá indicar en la invitación el calendario de las fases.

⁹⁷ 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.

otros datos relativos a precios o valores presentados por los licitadores⁹⁸.

Las entidades adjudicadoras 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 mínimas⁹⁹;
- 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 (77) de la Directiva 2014/25/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 licitación¹⁰⁰.

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

⁹⁸ 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.

⁹⁹ Siempre que la entidad adjudicadora haya especificado previamente el plazo que respetará a partir de la recepción de la última presentación antes de dar por concluida la subasta electrónica.

¹⁰⁰ Según dicho Considerando, “un ejemplo de ello podría ser la presentación de licitadores en forma de hoja de cálculo”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 54.1 de la Directiva 2014/25/UE configura un esquema en el que las entidades adjudicadoras, 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 electrónicos¹⁰¹.

Igualmente, el artículo 54.1 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 54 establecen una serie de normas tendentes a garantizar que la utilización de la nueva técnica¹⁰² 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 la entidad adjudicadora;
- en sus relaciones, los licitadores deberán cumplir con los requisitos aplicables a las herramientas de comunicación electrónicas según las previsiones de la Directiva

¹⁰¹ Ya sea que las ofertas se presenten en forma de catálogo electrónico, ya sea que incluyan un catálogo electrónico.

¹⁰² Nótese que, en sentido estricto, no son una novedad, pues el Considerando (20) de la Directiva 2004/17/CE ya preveía que “una licitación presentada por un licitador, en particular con arreglo a un acuerdo marco o en los casos en que se recurra a un sistema dinámico de adquisición, podrá realizarse en forma de un catálogo electrónico de dicho licitador...”.

2014/25/UE y las exigencias de las entidades adjudicadoras¹⁰³;

- en su caso, si así lo establece la entidad adjudicadora, deberán observar la posibilidad de que las ofertas presentadas en forma de catálogo electrónico vayan 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.

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

Los apartados 4, 5 y 6 del artículo 54 de la Directiva 2014/25/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, las entidades adjudicadoras pueden disponer que las nuevas licitaciones que se convoquen para la adjudicación de contratos específicos se basen en catálogos actualizados.

En tal supuesto, las entidades adjudicadoras tendrán dos alternativas.

¹⁰³ 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.

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 cuestión¹⁰⁴.

De este modo, las entidades adjudicadoras estarán *de facto* autorizadas a generar ofertas relacionadas con compras específicas sobre la base de catálogos electrónicos enviados previamente.

No obstante, cuando una entidad adjudicadora 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 54 de la Directiva 2014/25/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, las entidades adjudicadoras 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 cuestión¹⁰⁵, si bien ofrecerán a los licitadores la posibilidad de negarse a que se realice esta operación.

Igualmente, antes de adjudicar el contrato, las entidades adjudicadoras 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 la entidad adjudicadora, 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 2014/25/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 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 2014/25/UE trata de delimitar los contornos de la compra centralizada.

Así, por una parte, su apartado 10 define las actividades de compra centralizada como “*alguno de los tipos de actividades siguientes, realizado con carácter permanente:*

a) *la adquisición de suministros y/o servicios destinados a entidades adjudicadoras;*

b) *la adjudicación de contratos o la celebración de acuerdos marco de obras, suministros o servicios destinados a entidades adjudicadoras?*

¹⁰⁴ Siempre que esta posibilidad se haya anunciado en los pliegos de la contratación del acuerdo marco.

¹⁰⁵ La Directiva señala que las entidades adjudicadoras establecerán un lapso de tiempo adecuado entre la notificación y la obtención efectiva de la información.

Por otra parte, el apartado 12 del artículo 2 define las centrales de compras como “*una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la presente Directiva o un poder adjudicador a efectos del artículo 2, apartado 1, punto 1, de la Directiva 2014/24/UE, que realiza actividades de compra centralizadas y, en su caso, actividades de compra auxiliares*”. Asimismo, establece que las contrataciones realizadas por una central de compras para efectuar actividades de compra centralizadas “*se considerarán contrataciones para el ejercicio de una actividad como las descritas en los artículos 8 a 14*”.

De las definiciones anteriores -interpretadas de manera sistemática con el Considerando (78) de la Directiva 2014/25/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 y/o suministros; los destinatarios últimos de tales servicios y/o suministros serán las entidades adjudicadoras;
- operar como intermediarias, al adjudicar contratos, gestionar sistemas dinámicos de ventas o celebrar acuerdos marco que vayan a utilizar las entidades adjudicadoras¹⁰⁶;
- llevar a cabo, puntualmente, actividades de compra auxiliares¹⁰⁷.

La regulación propiamente dicha de las actividades de compra centralizada y de las centrales de compras

¹⁰⁶ Su objeto podrán ser obras, servicios o suministros.

¹⁰⁷ El apartado 11 del artículo 2 de la Directiva 2014/25/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 las entidades adjudicadoras 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; c) preparación y gestión de los procedimientos de contratación en nombre y por cuenta de la entidad adjudicadora*”.

se establece en el artículo 55 de la Directiva 2014/25/UE.

Este precepto, al margen de contemplar las tres funciones antedichas¹⁰⁸ 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 las entidades adjudicadoras 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 anterior¹⁰⁹) de que las entidades adjudicadoras cumplan con las disposiciones de la Directiva cuando adquiera suministros o servicios a una central de compras.

En segundo lugar, la Directiva 2014/25/UE tiene en cuenta que las tareas asumidas por las centrales de compras en relación con la adjudicación de contratos de obras, servicios y suministro destinados a entidades adjudicadoras pueden desempeñarse

- bien de manera autónoma, ejecutando los procedimientos pertinentes sin recibir instrucciones de las entidades adjudicadoras;
- bien siguiendo instrucciones de las entidades adjudicadoras de que se trate, en nombre y por cuenta de las mismas.

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

¹⁰⁸ En su apartado 1 y en el último párrafo del apartado 4.

¹⁰⁹ El artículo 29.2 de la Directiva 2004/17/CE establecía la presunción de cumplimiento de las disposiciones de la Directiva siempre que la central de compras respetase dichas disposiciones.

también exclusiva y directamente responsable de su legalidad.

En el caso de que una entidad adjudicadora dirija o se encargue de llevar a cabo determinadas partes del procedimiento de adjudicación¹¹⁰, será directamente responsable del cumplimiento de la legalidad.

vi) Contratación conjunta esporádica

El Considerando (80) de la Directiva 2014/25/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 entidades adjudicadoras.

Debido al relevante papel que este instrumento desempeña en la realidad práctica de las entidades adjudicadoras (de manera señalada, en relación con los proyectos innovadores), y teniendo presente que la anterior normativa apenas regulaba la cuestión, el artículo 56 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 LAS ENTIDADES QUE UTILICEN
ESTA TÉCNICA

A este respecto, conviene señalar que en la contratación conjunta las entidades adjudicadoras 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 *a posteriori* cada entidad adjudicadora un procedimiento de licitación independiente;
- la celebración de una licitación en la que las entidades adjudicadoras interesadas sigan un procedimiento de contratación desarrollado íntegramente de forma conjunta, en nombre y por cuenta de todas ellas;
- la celebración de una licitación en la que las entidades adjudicadoras interesadas sigan un procedimiento de adjudicación, confiando a una sola entidad adjudicadora la gestión de la licitación en nombre de todas ellas.

Atendiendo a lo anterior y, de manera señalada, a los dos últimos supuestos, el artículo 56.2 de la Directiva 2014/25/UE regula el régimen de responsabilidad para las entidades adjudicadoras participantes.

Así, cuando un procedimiento de contratación se desarrolle en su totalidad de forma conjunta en nombre y por cuenta de todas las entidades adjudicadoras interesadas, éstas tendrán también la responsabilidad conjunta del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 2014/25/UE.

Esta responsabilidad conjunta también tendrá virtualidad en aquellos supuestos en los que una sola entidad adjudicadora administre el procedimiento en nombre y por cuenta de todas las entidades adjudicadoras interesadas.

No obstante, cuando un procedimiento de contratación no se desarrolle en su totalidad en nombre y por cuenta de la totalidad de las entidades adjudicadoras interesadas, éstas solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se

¹¹⁰ 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.

hayan llevado a cabo conjuntamente. De este modo, cada entidad adjudicadora será única 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 (82) de la Directiva 2014/25/UE llama la atención sobre las dificultades de orden jurídico y práctico que existen para llevar a cabo la adjudicación conjunta de contratos por parte de entidades adjudicadoras pertenecientes a diferentes Estados miembros.

Teniendo presente la escasa (o casi nula) regulación en la materia por parte de la Directiva 2004/17/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 órgano de contratación).

En el artículo 57 de la Directiva 2014/25/UE se contempla la nueva regulación que resultará de aplicación a la contratación con intervención de entidades adjudicadoras 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 trate¹¹¹.

➤ *Actividades de compra centralizada*

Antes de abordar la concreta regulación de las actividades transfronterizas de compra centralizada, el artículo 57.2 de la Directiva 2014/25/UE trata de “blindar” la utilización de este instrumento, al determinar que ningún Estado miembro prohibirá que sus entidades adjudicadoras recurran a actividades 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 57.3 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 compras¹¹².

¹¹¹ El Considerando (82) de la Directiva 2014/25/UE pone como ejemplo las disposiciones sobre transparencia y acceso a documentos, o los requisitos específicos para la trazabilidad de suministros sensibles.

¹¹² 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.

➤ *Adjudicación transfronteriza de contratos*

Varias entidades adjudicadoras de diferentes Estados miembros podrán adjudicar conjuntamente un contrato, celebrar un acuerdo marco o administrar un sistema dinámico de adquisición¹¹³.

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

- las responsabilidades de las partes y las disposiciones nacionales que resulten de aplicación. Las entidades adjudicadoras que participen podrán optar, en su caso, por asignar responsabilidades específicas entre ellas, así como determinar la normativa nacional aplicable (que podrá ser la de cualquiera de los respectivos Estados miembros¹¹⁴);
- 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, la celebración de los contratos, etc.

En todo caso, cada entidad adjudicadora participante deberá cumplir con las obligaciones impuestas por la Directiva 2014/25/UE cuando adquiera obras, suministros y servicios de otra entidad adjudicadora que haya asumido formalmente la responsabilidad del procedimiento de licitación.

➤ *La constitución de una entidad común entre varias entidades adjudicadoras. En particular, las AETC.*

¹¹³ Deberán respetar en todo caso las disposiciones de la Directiva relativas al instrumento de contratación utilizado.

¹¹⁴ La asignación de responsabilidades y la normativa nacional aplicable se indicarán en los pliegos de la licitación para los contratos que se adjudiquen de forma conjunta.

Las entidades adjudicadoras 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”).

La Directiva 2014/25/UE no es ajena a esta cuestión. Por ello, como novedad, introduce una regulación específica para estos supuestos.

Así, establece de manera expresa que, cuando varias entidades adjudicadoras 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 57.5 de la Directiva 2014/25/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 2014/25/UE realiza una especial mención dentro de las entidades comunes a las AETC.

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 Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la Agrupación europea de cooperación territorial¹¹⁵. 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 sanitarios.

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 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).

13. 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 2014/25/UE con respecto a la regulación anterior. De manera resumida, cabe destacar las siguientes cuestiones:

i) Criterios de selección

La Directiva 2014/25/UE establece que las entidades adjudicadoras podrán establecer normas y criterios objetivos para la selección de los licitadores o candidatos, que habrán de estar a disposición de los operadores económicos interesados.

A falta de un desarrollo específico, el artículo 80 de la Directiva 2014/25/UE se remite a los criterios de selección establecidos en el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE -sobre contratos públicos- en las condiciones que en él se estipulan, así como a los artículos 59 a 61 de esta última Directiva.

La justificación de esta remisión se contempla en el Considerando (92) de la Directiva 2014/25/UE: “*en la medida en que sea compatible con la necesidad de*

¹¹⁵ 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.

garantizar el objetivo de unas buenas prácticas comerciales, permitiendo al mismo tiempo la máxima flexibilidad, conviene prever la aplicación de la Directiva 2014/24/UE en lo que respecta a los requisitos relativos a la capacidad económica y financiera y las pruebas documentales. Se prevé, por tanto, que las entidades adjudicadoras puedan aplicar los criterios de selección contemplados en dicha Directiva y que, cuando lo hagan, estén obligadas a aplicar algunas disposiciones relativas, en particular, al límite máximo de los requisitos sobre volumen de negocios mínimo, así como sobre la utilización del documento europeo único de contratación”.

Así, en lo que atañe a los criterios de selección, podrán resultar de aplicación, entre otras, las siguientes reglas relativas a la solvencia, que contempla la Directiva 2014/24/UE:

- la habilitación para ejercer la actividad profesional;
- los mecanismos de justificación de la solvencia económica y financiera;
- los requisitos para acreditar la capacidad técnica y profesional;
- en los supuestos en los que puedan resultar de aplicación, las disposiciones que conciernen al Documento europeo único de contratación, así como al Depósito de certificados en línea (e-Certis);
- los medios de prueba para acreditar el cumplimiento de los criterios de selección.

De igual modo, tendrán virtualidad las reglas tradicionales aplicables en materia de contratación pública a los criterios de selección:

- las entidades adjudicadoras 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 de la aplicación de estas reglas se encuentra la adecuada protección de los principios derivados de los Tratados comunitarios. Así, la imposición de unos criterios de selección 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 79 de la Directiva 2014/25/UE permite a los operadores económicos acreditar su solvencia con medios externos, tanto en el marco de un sistema de clasificación -apartado 1-, así como en relación con contratos específicos -apartado 2-.

La posibilidad de referirse a las capacidades de otras entidades 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 2004/17/CE también contemplaba esta posibilidad, si bien de manera genérica, lo que en su momento conllevó ciertos problemas interpretativos.

A este respecto, la Directiva 2014/25/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 artículo 79 de la Directiva establece la regla general aplicable en la materia:

cuando las normas y criterios objetivos aplicables a la selección de operadores económicos incluyan requisitos relativos a la capacidad económica y financiera del operador económico, o a sus capacidades técnicas y profesionales, el operador económico podrá, en caso necesario, recurrir a las capacidades de otras entidades, independientemente del carácter jurídico de los vínculos que tenga con dichas entidades.

No obstante, el propio artículo 79 de la Directiva lleva a cabo dos modulaciones a la regla general:

- 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;
- en cuanto a los criterios de solvencia económica y financiera, cuando un operador económico se base en las capacidades de otras entidades, las entidades adjudicadoras podrán exigir que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 79 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, las entidades adjudicadoras podrán exigir en los pliegos de la licitación que determinadas tareas críticas sean ejecutadas de

manera directa por el propio licitador¹¹⁶ (y por lo tanto, al ser prestaciones “personalísimas”, no se podrá acudir a los medios de otras entidades).

Por otra parte, en cuanto a las agrupaciones de operadores económicos, el Considerando (18) de la Directiva aclara expresamente que las entidades adjudicadoras tienen libertad para establecer el modo en que las agrupaciones de operadores económicos deben cumplir con los criterios y requisitos de clasificación y selección cualitativa que hayan sido requeridos.

Finalmente, conviene señalar que, tanto en relación con la solvencia económica como en relación con la capacidad técnica, la entidad adjudicadora 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 a la Directiva¹¹⁷.

iii) Sistemas de clasificación

Atendiendo a lo previsto en el artículo 77 de la Directiva 2014/25/UE, las entidades adjudicadoras que lo deseen tendrán la posibilidad de establecer y gestionar un sistema de clasificación de operadores económicos.

La regulación de los sistemas de clasificación en la nueva Directiva es semejante a la contemplada en el artículo 53 de la Directiva 2014/17/CE. Sus características esenciales son las siguientes:

¹¹⁶ O, en el caso de una oferta presentada por una agrupación de operadores económicos, que sean ejecutadas por un participante en esa agrupación.

¹¹⁷ La entidad adjudicadora deberá exigir al operador económico que sustituya a una entidad si ésta 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.

- las entidades adjudicadoras velarán por que los operadores económicos puedan solicitar su clasificación en cualquier momento;
- el sistema podrá incluir varias fases de clasificación;
- se deberán establecer normas y criterios objetivos para la exclusión y la selección de los operadores económicos que soliciten la clasificación, así como para la gestión del sistema¹¹⁸;
- los criterios y normas de clasificación se facilitarán a los operadores económicos que lo soliciten;
- se comunicará a los operadores económicos interesados la actualización de los criterios y normas;
- se llevará un registro escrito de operadores económicos clasificados, que podrá dividirse en categorías en función del tipo de contrato para el que es válida la clasificación;
- cuando se efectúe una convocatoria de licitación por medio de un anuncio sobre la existencia de un sistema de clasificación, los contratos específicos se adjudicarán a través de procedimientos restringidos o negociados, en los que todos los licitadores y participantes se seleccionen de entre aquellos candidatos que ya estén clasificados con arreglo a tal sistema.

Al margen de este régimen general, conviene llamar también la atención en relación con las obligaciones de publicidad que establece el artículo 68 de la Directiva 2014/25/UE. Entre otras, las entidades adjudicadoras deberán publicar un anuncio en el que se indique el objetivo del sistema de clasificación y

¹¹⁸ Sobre cuestiones tales como la inscripción en el sistema, la actualización periódica de las clasificaciones, o la duración del sistema.

las formas de acceso a las normas que lo rigen. De igual modo, habrán de indicar el plazo de validez del sistema de clasificación en el anuncio, y comunicar cualquier variación en el mismo.

iv) Causas de exclusión

El artículo 80 de la Directiva 2014/25/UE establece de manera expresa que las normas y criterios objetivos aplicables a la exclusión y la selección de operadores económicos¹¹⁹ “*podrán incluir los motivos de exclusión enumerados en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE en las condiciones que en él se estipulan*”. En consecuencia, la Directiva de sectores excluidos, al igual que sucede con los criterios de selección, se vuelve a remitir a la Directiva 2014/24/UE.

El régimen contemplado en la Directiva de contratos públicos, en líneas generales, no difiere demasiado del contenido en otras normas comunitarias relativas a contratación, y regula 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.).

Concretamente, el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE establece una serie de causas “obligatorias” de exclusión y configura, además, otras causas de exclusión “potestativas”, a apreciar por el órgano de contratación, 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

¹¹⁹ Tanto de aquellos que soliciten incorporarse a un sistema de clasificación, como de los candidatos y licitadores en procedimientos abiertos, restringidos o negociados, en diálogos competitivos o en asociaciones para la innovación.

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.

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 órganos de contratación tienen la posibilidad de establecer excepciones en los supuestos de exclusión “obligatoria”, bien por razones imperiosas de interés general, bien cuando la exclusión sea claramente desproporcionada.

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 social, 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 órgano de contratación (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;
- constate que el operador económico, en la ejecución de un contrato público anterior, 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 órgano de contratación, 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 2014/24/UE estima que los órganos de contratación deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Por ello, las

irregularidades leves deberían llevar a la exclusión únicamente en circunstancias excepcionales.

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 exclusión (“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 exclusión¹²⁰.

Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento. 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, los Estados miembros precisarán las condiciones de ejecución del presente artículo”*.

Consecuentemente, será la normativa interna de cada Estado miembro la que determine el alcance concreto de las causas de exclusión.

Si tomamos como ejemplo la regulación de esta materia en la Directiva 2004/17/CE, observaremos

¹²⁰ La necesidad de otorgar un periodo de audiencia para que el operador económico tenga la posibilidad de defenderse ante una hipotética exclusión ha sido remarcada por la Jurisprudencia. Sirva de ejemplo la STJUE de 3 de marzo de 2005 –asuntos acumulados C-21/03 y C-34/03–, en relación con la prohibición de presentar ofertas en contratos de obras, suministros o servicios a aquellas personas que se hayan encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministros o servicios.

que contemplaba un régimen análogo en relación con las causas de exclusión, al remitirse a la Directiva 2014/18/UE. Ésta última otorgaba también a los Estados miembros la facultad para desarrollar el régimen de las exclusiones.

En la normativa española, el actual artículo 40 de la Ley 31/2007, relativo a los “Criterios de selección cualitativa”, no establece un régimen más restrictivo que el de la Directiva 2004/17/CE, si bien la disposición adicional tercera de la Ley sí lo hace en relación con las entidades pertenecientes al sector público, al señalar que *“los supuestos de prohibición de contratar establecidos en el artículo 49.1 de la Ley de Contratos del Sector Público serán de aplicación a las entidades contratantes que sean organismos de derecho público, a que se refiere el artículo 3.1, y a las empresas públicas”*.

v) Especificaciones técnicas

➤ *Cuestiones generales*

El artículo 60 y el ANEXO VIII de la Directiva 2014/25/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 las entidades adjudicadoras 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 fabricante¹²¹.

¹²¹ 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.

Finalmente, en cuanto a las definiciones del ANEXO VIII de la Directiva 2014/25/UE,¹²² tampoco se plantean grandes novedades.

Así, son semejantes en cuanto a su alcance a las reflejadas en el ANEXO XXI de la Directiva 2004/17/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 2014/25/UE no presenta, en apariencia, grandes novedades con respecto a las previsiones ya recogidas en el artículo 34.6 de la Directiva 2004/17/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 61 de la Directiva 2014/25/UE, si bien antes de analizar dicho precepto, conviene señalar que la norma contempla dos definiciones relevantes sobre el particular en los apartados 19 y 20 del artículo 2:

- se entiende por etiqueta “*cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que una obra, producto, servicio, proceso o procedimiento determinado cumple ciertos requisitos*”.

¹²² 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.

- se entiende por requisitos aplicables a efectos de la etiqueta “*los requisitos que debe cumplir una obra, producto, servicio, proceso o procedimiento determinado para conseguir la etiqueta de que se trata.*”.

Sobre la base de las citadas definiciones, la primera cuestión a destacar es que el apartado 1 del artículo 61 de la Directiva 2014/25/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, tendrían cabida expresa en la nueva regulación las denominadas etiquetas sociales¹²³.

El propio artículo 61.1 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 2004/17/CE.

Por otra parte, el artículo 61.1 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;

¹²³Por ejemplo, las basadas en acuerdos internacionales sobre condiciones laborales (Convenios de la OIT), etc.

- 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 adopción¹²⁴;
- 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 (85) de la Directiva 2014/25/UE, al señalar que se debe evitar que las referencias a las etiquetas tengan por efecto restringir la innovación.

Por otra parte, el artículo 61.1 de la Directiva establece que, cuando las entidades adjudicadoras 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

¹²⁴Incluidos organismos públicos, consumidores, interlocutores sociales, fabricantes, distribuidores y organizaciones no gubernamentales.

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 las entidades contratantes 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 61.1 de la Directiva 2014/25/UE. Así, a pesar de que su primer párrafo señala que las entidades adjudicadoras “podrán exigir” una etiqueta, no es menos cierto que

- el primer párrafo del artículo 61.1 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 61.1 de la Directiva establece expresamente que las entidades adjudicadoras 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 61.1 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 la entidad

adjudicadora o bien una etiqueta equivalente; y determina que la entidad adjudicadora 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 las entidades adjudicadoras podrán exigir una etiqueta a los efectos de determinar que las obras, suministros o servicios se consideran acordes con los requisitos establecidos 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 económico.

Finalmente, el artículo 61.2 de la Directiva 2014/25/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, las entidades adjudicadoras 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 62 de la Directiva 2014/25/UE establece que las entidades adjudicadoras podrán exigir que los operadores económicos proporcionen un informe o un certificado de un organismo de evaluación de la

conformidad¹²⁵ como medio de prueba de la adecuación de un bien o servicio a los requisitos o criterios establecidos por la entidad adjudicadora.

Cuando las entidades adjudicadoras exijan la presentación de certificados por un organismo de evaluación de la conformidad determinado, los certificados de otros organismos de evaluación también deberán ser aceptados por las entidades adjudicadoras.

Asimismo, el apartado 2 del artículo 62 de la Directiva 2014/25/UE establece la obligación de las entidades adjudicadoras 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 procedimiento¹²⁶.

vi) Criterios de adjudicación

De conformidad con lo previsto en el artículo 82.1 de la Directiva 2014/25/UE, la adjudicación de los contratos 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 (94) 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

¹²⁵ 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) n° 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo”.

¹²⁶ 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 la entidad adjudicadora.

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 la entidad adjudicadora 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 utilizar una terminología distinta para abarcar dicho concepto: la «mejor relación calidad-precio».

Sobre esta base “conceptual”, el artículo 82.2 de la Directiva 2014/25/UE establece que la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista de la entidad adjudicadora 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 83, y podrá incluir la mejor relación precio-calidad, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato de que se trate*”.

Consecuentemente, al evaluar la mejor relación calidad-precio, las entidades adjudicadoras deberían determinar los criterios económicos y de calidad relacionados con el objeto del contrato que utilizarán a tal efecto¹²⁷. Estos criterios en modo alguno pueden conferir a la entidad adjudicadora 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 82.2 de la Directiva incluye una

¹²⁷ Hay que tener en cuenta que, según el Considerando (97) 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.

lista no exhaustiva de posibles criterios de adjudicación, que incluyen algunos aspectos “novedosos” con respecto a la regulación contemplada en el artículo 55 de la Directiva 2014/17/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, 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*¹²⁸;
- *el servicio posventa y la asistencia técnica, las condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o de ejecución, los compromisos relativos a recambios y seguridad de suministro.*

Para facilitar y orientar la elección de las entidades adjudicadoras, el artículo 82 de la Directiva establece de manera adicional que

- el factor coste también podrá tomar la forma de un precio o coste fijo sobre la base de que los operadores económicos compitan únicamente en los criterios de calidad;
- los Estados miembros podrán disponer que las entidades adjudicadoras no puedan utilizar solamente el precio o el coste como único criterio de adjudicación o podrán limitar esta

¹²⁸ El Considerando (99) de la Directiva establece que “*siempre que la calidad del personal empleado sea pertinente para el nivel de rendimiento del contrato, las entidades adjudicadoras deben estar también autorizadas 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.*”

utilización a determinadas categorías de entidades adjudicadoras o a determinados tipos de contratos.

En otro orden de consideraciones, la Directiva 2014/25/UE no solo se limita a contemplar la 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 82 de la Directiva, se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato 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 vida¹²⁹.

Por otra parte, ha de señalarse que la Directiva 2014/25/UE, bien en el citado artículo 82, bien en su Considerando (95), 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 materia¹³⁰:

¹²⁹ En relación con esta cuestión, hay que señalar que el Considerando (102) 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 corporativa general, 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, las entidades adjudicadoras no pueden estar autorizadas a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política corporativa de responsabilidad social o medioambiental.*”

¹³⁰ En esencia, se reflejan y desarrollan las obligaciones que, para las entidades adjudicadoras, se derivan de los principios de igualdad de trato y transparencia. Su cumplimiento exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus

- 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;
- las entidades adjudicadoras deben estar obligadas a indicar los criterios para la adjudicación del contrato y la ponderación relativa acordada a cada uno de dichos criterios¹³¹; cuando la ponderación no sea posible por razones objetivas, las entidades adjudicadoras 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 a la entidad adjudicadora una libertad de decisión ilimitada.

Finalmente, conviene señalar aquí una previsión específica que contempla la Directiva en su artículo 64.1, en caso de que las entidades adjudicadoras 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 2014/25/UE muestra su preferencia por que las entidades adjudicadoras, a la hora de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, adopten un planteamiento basado en el

ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa -como señala, entre otras, la STJUE de 25 de abril de 1996 (asunto C-87/94)-.

¹³¹ Excepto en el supuesto de que la adjudicación se determine exclusivamente sobre la base del precio.

coste del ciclo de vida de la obra, servicio o suministro.

La definición de ciclo de vida queda establecida por el apartado 16 del artículo 2 de la Directiva 2014/25/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 83 de la Directiva 2014/25/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 que sean sufragados por la entidad adjudicadora 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 vida, a condición de que su valor monetario pueda determinarse y verificarse.

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 las entidades adjudicadoras 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 discriminatorios¹³²;
- ser accesible para todas las partes interesadas;

¹³² 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.

- todo operador económico diligente ha de poder facilitar los datos exigidos con un esfuerzo razonable.

Finalmente, el apartado 3 del artículo 83 contempla una previsión destinada a dar cobertura a la voluntad del legislador de que se elaboren métodos comunes a escala de la Unión Europea para el cálculo de los costes del ciclo de vida¹³³, determinando que cuando dichos métodos comunes se desarrollen, su uso será obligatorio para todas las entidades adjudicadoras.

viii) Ofertas anormalmente bajas

La Directiva 2014/25/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 84 contempla la potestad de las entidades adjudicadoras 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 57 de la Directiva 2004/17/CE, se introducen algunas modulaciones adicionales, considerando los principios y valores que la nueva regulación pretende preservar.

El artículo 84.2 de la Directiva 2014/25/UE delimita el alcance de las posibles explicaciones que deberán ofrecer los licitadores, previa solicitud de la entidad adjudicadora. Podrán referirse

- al ahorro que permite el proceso de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción;

¹³³ Bien con carácter general (como el coste del ciclo de vida social), bien para categorías específicas de suministros o de servicios.

- 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;
- 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 36.2 de la Directiva¹³⁴;
- al cumplimiento de las obligaciones en materia de subcontratación, en los términos previstos en el artículo 88 de la Directiva¹³⁵;
- a la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

Teniendo en cuenta lo anterior, la entidad adjudicadora 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, la entidad adjudicadora estará facultada para rechazar su oferta¹³⁶.

Esta regla sufre una modulación importante en el último párrafo del artículo 84.3 de la Directiva 2014/25/UE, que determina que “*las entidades*

¹³⁴ 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*”.

¹³⁵ Este criterio no se contemplaba en el artículo 57 de la Directiva 2004/17/CE.

¹³⁶ El artículo 84.4 de la Directiva establece, además, una regla específica para el caso de que la entidad adjudicadora 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 la entidad adjudicadora, que la ayuda era compatible con el mercado interior, a efectos del artículo 107 del TFUE*”.

adjudicadoras rechazarán la oferta si comprueban que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables contempladas en el artículo 36, apartado 2”.

De este modo, el rechazo ha de ser obligatorio en los casos en los que la entidad adjudicadora haya podido 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.

14. 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 más eficiente a largo plazo, lo que redundará en beneficio de los ciudadanos.

La nueva regulación contemplada en la Directiva 2014/25/UE no es ajena a todas estas cuestiones en su articulado, y refuerza, actualiza y complementa las previsiones de la Directiva 2004/17/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. También, en su caso, 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 2014/25/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 las entidades adjudicadoras establezcan condiciones especiales de ejecución en los contratos, prevista en el artículo 87 de la Directiva 2014/25/UE¹³⁷;
- 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 normativa¹³⁸.

Por otra parte, y con una gran incidencia práctica, la Directiva 2014/25/UE intenta preservar el adecuado cumplimiento de los principios derivados de los Tratados comunitarios en la ejecución de los contratos, 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.

¹³⁷ En los Considerandos (102) y (103) 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 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.

¹³⁸ El Considerando (110) 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*”.

15. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

a) Comentarios generales

La Directiva 2014/25/UE es plenamente consciente de que la posibilidad de modificación de los contratos, aunque admisible, no es ilimitada, 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.

Considerando lo anterior, y teniendo en cuenta la Jurisprudencia aplicable del TJUE, la Directiva 2014/25/UE pretende aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato implica la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.

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 UN
NUEVO PROCESO DE LICITACIÓN

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 2014/25/UE

Para valorar el régimen de la modificación de los contratos, al margen de contrastar las previsiones del

artículo 89 de la Directiva 2014/25/UE, resulta conveniente acudir a los Considerandos (113) 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 partes¹³⁹.

La Directiva 2014/25/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.

No obstante, a pesar de este aparente criterio restrictivo, la Directiva 2014/25/UE no es ajena a la necesaria flexibilidad en la ejecución de los contratos, como muestran los apartados 1 y 2 de su artículo 89, siempre dentro de los límites que marca 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 la entidad adjudicadora tenga que iniciar un nuevo procedimiento de licitación.

También entiende la Directiva que puede resultar procedente modificar un contrato por, entre otras

¹³⁹ La Directiva 2014/25/UE incluye en este supuesto la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

razones, las alteraciones que se hubieran hecho necesarias debido a circunstancias imprevistas¹⁴⁰ 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 89 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 (o en un acuerdo marco) fuera de los supuestos expresamente previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 89 de la Directiva 2014/25/UE, será necesario iniciar un nuevo procedimiento de licitación (artículo 89.5).

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 89 de la Directiva 2014/25/UE, los contratos podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de licitación en cualquiera de los casos siguientes:

c.1) *Cuando las modificaciones estuvieran ya previstas en los pliegos de la contratación*

El artículo 89.1.a) de la Directiva 2014/25/UE establece que será posible la modificación de un contrato 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 contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas,

“entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones”.

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 las entidades adjudicadoras 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 las entidades adjudicadoras una discrecionalidad ilimitada, como apunta el propio Considerando (117) de la Directiva 2014/25/UE.

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 las entidades adjudicadoras pueden recurrir a ellas.

Razonablemente, y aunque no esté expresamente señalado en el artículo 89, 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 16.1 de la Directiva 2014/25/UE señala que para calcular el valor estimado de las

¹⁴⁰ En particular si la ejecución del contrato se extiende durante un largo período de tiempo.

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 2014/25/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 2014/25/UE también es consciente de que las entidades adjudicadoras pueden afrontar situaciones en las que resulten necesarios obras, suministros o servicios adicionales no previstos en el contrato original.

Por ello, en su artículo 89.1.b), considera justificada una modificación del contrato inicial para que las obras, servicios o suministros se lleven a cabo por cuenta del contratista original¹⁴¹, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que un cambio de contratista no sea viable por razones económicas o

¹⁴¹ En particular, tal y como expone el Considerando (114) de la Directiva 2014/25/UE, cuando las entregas adicionales constituyan, bien una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes.

técnicas¹⁴², o genere inconvenientes significativos, o un aumento sustancial de costes¹⁴³.

Igualmente, aunque no se indique de manera expresa, parece razonable entender que las modificaciones habrán de responder exclusivamente a la causa objetiva que las motiva y no alterar las condiciones esenciales de la licitación.

Finalmente, como mecanismo de garantía y control, el artículo 89 prevé que las entidades adjudicadoras 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 71 y en el ANEXO XVI de la Directiva 2014/25/UE.

c.3) Por causas imprevistas

El artículo 89.1.c) de la Directiva 2014/25/UE prevé también la posibilidad de modificar los contratos y los acuerdos marco por causas imprevistas.

El Considerando (115) de la Directiva 2014/25/UE delimita este supuesto, al aclarar que el concepto de circunstancias imprevisibles al que alude el artículo 89 hace referencia a “aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto 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”.

¹⁴² 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.

¹⁴³ Conviene resaltar que la Directiva 2014/24/UE contempla un supuesto de modificación análogo, con dos limitaciones adicionales reflejadas de manera expresa: (i) que el posible aumento de valor no supere el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato original; y que (ii) en el supuesto de que se lleven a cabo varias modificaciones sucesivas, el criterio del cincuenta por ciento (50%) se aplicará al valor de cada una de ellas.

Asimismo, el citado artículo 89.1.c) -abstracción hecha del elemento esencial de que la necesidad de la modificación resulte de circunstancias que una entidad adjudicadora diligente no hubiera podido prever- establece un requisito adicional para que tal modificación se pueda llevar a cabo, respetando, siempre, los principios derivados de los Tratados comunitarios¹⁴⁴: que la modificación no altere la naturaleza global del contrato¹⁴⁵.

Finalmente, al igual que en el supuesto anteriormente analizado, como mecanismo de garantía y control, el artículo 89 prevé que las entidades adjudicadoras 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 71 y en el ANEXO XVI de la Directiva 2014/25/UE.

c.4) En determinados supuestos de sustitución del contratista

Tal y como veremos posteriormente, la Directiva 2014/25/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 89.1.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

¹⁴⁴ También en este caso la Directiva 2014/24/UE contempla un supuesto de modificación análogo, con dos limitaciones adicionales reflejadas de manera expresa: (i) que el posible aumento de valor no supere el cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato original; y que (ii) en el supuesto de que se lleven a cabo varias modificaciones sucesivas, el criterio del cincuenta por ciento (50%) se aplicará al valor de cada una de ellas.

¹⁴⁵ 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.

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 2014/25/UE.

Asimismo, la sustitución del contratista se permite en caso de asunción por la propia entidad adjudicadora 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 89.1 de la Directiva 2014/25/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 89.2 de la Directiva 2014/25/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 15 de la Directiva 2014/25/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 obras¹⁴⁶.

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 89.2 de la Directiva 2014/25/UE determina que no será necesario verificar si se cumplen o no las condiciones previstas en las letras a) y d) del artículo 89.4¹⁴⁷.

¹⁴⁶ El precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.

¹⁴⁷ 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 89.4 de la Directiva 2014/25/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 89.4 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 candidatos distintos de los seleccionados inicialmente, o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada 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 en materia de contratos públicos para considerar esencial o sustancial la modificación de un contrato. Se trata,

selección de una oferta diferente. La segunda aborda la cuestión de la sustitución del adjudicatario.

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 *a posteriori* por otras sentencias -por ejemplo, en la STJUE de 4 de junio de 2009 (asunto C-250/07)-.

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”*¹⁴⁸.

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 TJUE, según la cual, no podrán realizarse modificaciones con el fin de ampliar el objeto del contrato para que éste pueda cumplir nuevas finalidades no contempladas en la documentación preparatoria del mismo.

iv) Cuando un nuevo contratista sustituya a aquel al que la entidad adjudicadora haya adjudicado inicialmente el contrato, en supuestos diferentes a los previstos en la letra d) del artículo 89.1 de la Directiva 2014/25/UE.

Tal y como se ha expuesto en apartados anteriores, la Directiva 2014/25/UE analiza en diversas ocasiones los supuestos de cambio de contratista. Y, conforme a lo señalado en su Considerando (116), de acuerdo 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 ya citada STJUE de 19 de junio de 2008 (asunto C-

¹⁴⁸ 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).

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 2014/25/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 contratista¹⁴⁹, 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).

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL (89.4):

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 89.1.D).

¹⁴⁹ Señala el Considerando (116) de la Directiva que el licitador adjudicatario que ejecute el contrato “ha de poder experimentar ciertos cambios estructurales, como reorganizaciones puramente internas, absorciones, concentraciones y adquisiciones o insolvencia, durante la ejecución del contrato”.

16. LA SUBCONTRATACIÓN

El artículo 88 de la Directiva 2014/25/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 88 establece la obligación para las autoridades competentes de 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).

Algunas de las posibles medidas a adoptar por las autoridades estatales son concretadas posteriormente por los apartados 6 y 7 de dicho artículo 88, 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 80 de la Directiva 2014/25/UE, concurren motivos para excluir a algún subcontratista¹⁵⁰.
- Configurar en su reglamentación nacional normas más estrictas de responsabilidad.

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 88 regula la ya tradicional potestad, reconocida a las entidades adjudicadoras, de pedir al licitador, en los pliegos de

¹⁵⁰ En este caso, la Directiva establece -haciendo referencia a los poderes adjudicadores-, que el órgano de contratación: 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.

la contratación, que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.

En otro orden de consideraciones, de entre las medidas que la Directiva 2014/25/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
CONTEMPLÉN EN SU NORMATIVA
INTERNA EL PAGO DIRECTO A
LOS SUBCONTRATISTAS

De este modo, el apartado 3 del artículo 88 establece que los Estados miembros podrán disponer que la entidad adjudicadora 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 88 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 88 de la Directiva contempla una regulación específica para maximizar la transparencia y el flujo de información en la cadena de subcontratación.

Así, se determina que en el caso de los contratos de obras, y respecto de los servicios que deban prestarse en una instalación bajo la supervisión directa de la entidad adjudicadora 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 momento¹⁵¹.

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

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

¹⁵¹ Asimismo, la entidad adjudicadora 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 ulteriormente a la obra o servicio en cuestión.

- La obligación de dar la información necesaria corresponde en cualquier caso al contratista.
- En principio, las obligaciones de información del apartado 5 del artículo 88 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 2014/25/UE prevé que las entidades adjudicadoras, 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 de la entidad adjudicadora;
- 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 subcontratación.

En todo caso, ha de remarcarse el alcance limitado de la Directiva 2014/25/UE en relación con la ejecución de los contratos. Por ello, la propia Directiva remarca la idea de que los Estados miembros pueden regular la subcontratación y, además, tienen la libertad de establecer disposiciones más estrictas en la materia.

17. RESCISIÓN DE CONTRATOS

Al igual que sucede con la modificación de los contratos, la Directiva 2014/25/UE, con objeto de cumplir con las obligaciones derivadas de los

Tratados comunitarios, dispone que, en ciertas circunstancias, las entidades adjudicadoras deben proceder a la rescisión anticipada de los contratos.

En tal sentido, su artículo 90 establece la obligación de que los Estados miembros se aseguren de que las entidades adjudicadoras 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 89 de la Directiva.

b) Que el contratista se encontrase, 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 una entidad adjudicadora haya adjudicado el contrato sin ajustarse a los requisitos que le imponen los Tratados o la Directiva 2014/25/UE.

18. LOS CONTRATOS RESERVADOS

El artículo 38 de la Directiva 2014/25/UE establece la posibilidad de que los Estados miembros reserven la participación en los procedimientos de licitación¹⁵² a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y

¹⁵² Supuesto diferente a la reserva de participación en contratos relativos a servicios sociales, culturales y de salud que contempla el artículo 94 de la Directiva 2014/25/UE.

profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas¹⁵³.

Asimismo, los Estados miembros podrán prever la ejecución de los contratos 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 38 de la Directiva 2014/25/UE en la convocatoria de la licitación.

19. TRATAMIENTO DE LA INNOVACIÓN

La Directiva 2014/25/UE refleja en diversos preceptos el 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 encuentran entre los principales motores del crecimiento futuro y ocupan un lugar central de la Estrategia Europa 2020.

Por ello, en su Considerando (57), la Directiva 2014/25/UE establece que las entidades adjudicadoras 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 sociedad¹⁵⁴.

La Directiva 2014/25/UE, al igual que sus “compañeras” en el nuevo paquete de medidas en materia de contratación, contempla, en el apartado 18 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, de un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización en las prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos 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 las entidades adjudicadoras, estableciendo mecanismos para tal fin¹⁵⁵. 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;

¹⁵³ Una opción de reserva semejante ya se contemplaba en el artículo 28 de la Directiva 2004/17/CE, y también en el artículo 89 de la Ley 31/2007. 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, también contemplada en la normativa de contratos públicos, conviene remitirse al Informe 59/08, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, o a los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 16/2010, de 1 de diciembre, o 16/2011, de 8 de junio.

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ 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.

- 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 entidades adjudicadoras 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 una única entidad adjudicadora);
- la innovación se incluye dentro de los criterios a tener en cuenta para determinar la oferta económicamente más ventajosa¹⁵⁶;
- las entidades adjudicadoras podrán establecer condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato relacionadas con la innovación;
- se alienta a las entidades adjudicadoras 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 32 de la Directiva 2014/25/UE contiene previsiones en relación con los servicios de investigación y desarrollo. Concretamente, excluye de su ámbito de

¹⁵⁶ Igualmente, la definición de ciclo de vida que establece el apartado 16 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.

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 24.e) de la Directiva 2004/17/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 a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, y ii) que el servicio prestado sea remunerado de manera íntegra por la entidad adjudicadora.

20. ACTIVIDAD EN LIBRE COMPETENCIA

a) Cuestiones generales

La Directiva 2014/25/UE no debe aplicarse a los contratos destinados a permitir el ejercicio de una actividad regulada en los artículos 8 a 14 de la norma, ni a los concursos de proyectos organizados para su desarrollo si, en el Estado miembro en que se efectúe, dicha actividad se ve sometida directamente a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado. Conviene tener presente que la actividad en cuestión bien podrá formar parte de un sector más amplio, bien podrá ejercerse únicamente en determinadas partes del Estado miembro de que se trate.

En concreto, el artículo 34 de la Directiva 2014/25/UE establece el régimen general aplicable a las actividades sometidas directamente a la competencia. Por su parte, el artículo 35 de la Directiva regula el procedimiento para solicitar la exclusión de una actividad del ámbito de aplicación de la norma.

Antes de abordar las características del régimen aplicable en la materia, es conveniente adelantar que la regulación contemplada en los artículos 34 y 35 de la nueva Directiva es muy semejante a la prevista en el artículo 30 de la Directiva 2014/17/CE. De hecho, el Considerando (43) de la Directiva 2014/25/UE señala, por motivos de seguridad jurídica, que *“debe aclararse que todas las decisiones adoptadas antes de la entrada en vigor de la presente Directiva en relación con la aplicabilidad de las disposiciones correspondientes establecidas en el artículo 30 de la Directiva 2004/17/CE siguen siendo aplicables”*.

b) Metodología para evaluar la exposición a la competencia de una actividad

La exposición directa a la competencia debe evaluarse con arreglo a criterios objetivos, tomando en consideración las características específicas del sector o de las partes del sector afectadas, así como el denominado mercado geográfico.

Para llevar a cabo la citada evaluación, el artículo 34.2 de la Directiva 2014/25/UE establece una serie de pautas y definiciones relevantes. En concreto, dicho precepto señala que, para valorar si una actividad está sometida de manera directa a la competencia, *“se utilizarán criterios que sean conformes con las disposiciones del TFUE en materia de competencia”*. Y entre ellos, destacan:

- las características de los bienes o servicios de que se trate;
- la existencia de productos o servicios alternativos considerados sustituibles en el lado de la oferta o en el de la demanda;
- los precios;

- la presencia real o potencial de más de un proveedor de los productos o servicios de que se trate.

Considerando la relación entre los criterios anteriores y el Derecho de la competencia, la Directiva apunta expresamente a una definición esencial para llevar a cabo la evaluación: el mercado geográfico de referencia.

Conviene señalar también que la propia Directiva es consciente de que las tareas de evaluación se pueden ver limitadas por la brevedad de los plazos aplicables al procedimiento, así como por la necesidad de basarse en la información de que dispone la Comisión Europea¹⁵⁷. Por ello, establece que la evaluación de la exposición directa a la competencia que se efectúe en el contexto de los artículos 34 y 35 debe entenderse sin perjuicio de la aplicación plena del Derecho de competencia.

c) El mercado geográfico de referencia

La evaluación de si un sector determinado, o partes de un sector, están directamente expuestos a la competencia, deberá realizarse con relación a la zona específica en la que los agentes económicos pertinentes llevan a cabo la actividad o las partes de que se trate.

De este modo, el concepto de mercado geográfico de referencia es fundamental en esta evaluación. Y a tal efecto, el artículo 34.2 de la Directiva determina que *“estará constituido por el territorio en el que las empresas afectadas intervienen en la oferta y la demanda de bienes o servicios, en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de los territorios vecinos, en particular porque las condiciones de competencia son notablemente diferentes de las de dichos territorios”*.

¹⁵⁷ Ya sea procedente de las fuentes existentes, ya sea obtenida en el contexto de la aplicación del artículo 35 de la Directiva 2014/25/UE.

La evaluación citada tendrá en cuenta, en particular, la naturaleza y las características de los productos y servicios, la existencia de barreras a la entrada, las preferencias de los consumidores, así como la existencia, entre el territorio considerado y los territorios vecinos, de diferencias significativas en las cuotas de mercado de las empresas o de diferencias de precio sustanciales.

Interesa resaltar, a la vista de estas previsiones, que el mercado geográfico de referencia puede no coincidir con el territorio del Estado miembro de que se trate, esto es, existe la posibilidad de limitar las decisiones relativas a la aplicabilidad de la exención a partes del territorio de un Estado miembro.

d) Presunción de que un mercado no está limitado

El artículo 34.3 de la Directiva 2014/25/UE establece una presunción relevante: se considerará que el acceso a un mercado no está limitado cuando el Estado miembro incorpore y ejecute la legislación de la Unión Europea mencionada en el ANEXO III de la Directiva.

El citado ANEXO puede ser actualizado por la Comisión Europea. Al efectuar tal actualización, la Comisión debe tener en cuenta la posible adopción de medidas que supongan una efectiva apertura a la competencia de sectores distintos de aquellos para los que el citado anexo ya menciona una legislación¹⁵⁸.

¹⁵⁸ El Considerando (46) de la Directiva pone como ejemplo el transporte ferroviario nacional de viajeros. A la vista del ANEXO III, no se menciona legislación específica para: (i) la producción, transporte o distribución de agua potable; (ii) la prospección y extracción de carbón u otros combustibles sólidos; (iii) las entidades adjudicadoras del sector de los puertos marítimos o fluviales u otras terminales; (iv) las entidades adjudicadoras del sector de las instalaciones de aeropuertos; (v) las entidades adjudicadoras del sector de los servicios de ferrocarriles urbanos, tranvías, trolebuses o autobuses.

Cuando el libre acceso a un mercado determinado no pueda presumirse con arreglo a la aplicación de la legislación apropiada de la Unión, debe demostrarse que el acceso al mercado en cuestión es libre de facto y de iure.

e) Procedimiento

La solicitud a la Comisión Europea para que ésta determine que la Directiva 2014/25/UE no es aplicable a la adjudicación de contratos para el ejercicio de una determinada actividad podrá realizarse:

- por un Estado miembro;
- por una entidad adjudicadora, en caso de que la legislación del Estado miembro permita esta opción.

En cuanto al objeto y contenido de la solicitud, es menester señalar que:

- podrá referirse, conforme a lo señalado en el artículo 35 de la Directiva 2014/25/UE, tanto a actividades que formen parte de un sector más amplio, como a aquellas otras que se ejerzan únicamente en determinadas partes del Estado miembro;
- en ella se informará a la Comisión de todos los hechos pertinentes, y, en particular, de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa o de cualquier acuerdo relativo a la conformidad con las condiciones mencionadas en el artículo 34, apartado 1 de la Directiva 2014/25/UE.

Conjuntamente con la solicitud, se acompañará, si resulta posible, una posición reciente sobre la situación competitiva en el sector en cuestión, adoptada por una autoridad nacional independiente que sea competente en relación con la actividad de

que se trate¹⁵⁹. En caso de que no exista esta posición motivada, por razones obvias, la evaluación de la solicitud de exención se prolongará más en el tiempo¹⁶⁰.

Desde un punto de vista procedimental, se pueden observar las siguientes particularidades:

- El ANEXO IV de la Directiva 2014/25/UE establece un detallado régimen de plazos para la adopción de los actos de ejecución previstos en el artículo 35.
- Tras la presentación de una solicitud, el Estado miembro o la entidad adjudicadora de que se trate podrá, con el acuerdo de la Comisión, modificar sustancialmente su solicitud, en especial en lo que se refiere a las actividades o las zonas geográficas afectadas.
- Cuando una actividad en un Estado miembro determinado sea ya objeto de una solicitud, las ulteriores solicitudes en relación con esa misma actividad en el mismo Estado miembro no se considerarán nuevas solicitudes y se tratarán en el marco de la primera.

Una vez concluido el procedimiento de evaluación, la Comisión adoptará el correspondiente acto de ejecución en el que se establecerán las disposiciones del artículo 35 de la Directiva 2014/25/UE que resulten de aplicación. Su contenido mínimo se regula en el apartado 6 del citado artículo 35 y, entre otros aspectos, conllevará la publicación en el DOUE de los plazos de la solicitud, así como la

¹⁵⁹ La Directiva 2014/25/UE, tal y como pone de manifiesto su Considerando (48), considera que las autoridades nacionales independientes, así como los organismos reguladores sectoriales o las autoridades de la competencia, poseen normalmente pericias, información y conocimientos específicos que pueden ser pertinentes para evaluar si una actividad determinada o partes determinadas de una actividad están directamente expuestas a la competencia en mercados cuyo acceso no está limitado.

¹⁶⁰ En concreto, quince (15) días hábiles, conforme a las previsiones del ANEXO IV de la Directiva 2014/25/UE.

forma, el contenido y otros aspectos de las solicitudes, etc.

Los contratos destinados a hacer posible el desarrollo de la actividad objeto de la solicitud dejarán de estar sujetos a la Directiva 2014/25/UE cuando: (i) la Comisión haya adoptado el acto de ejecución por el que se establezca la aplicabilidad del artículo 34.1 de la Directiva, dentro del plazo previsto en el ANEXO IV; (ii) cuando no haya adoptado el acto de ejecución dentro del plazo previsto en el ANEXO IV.

21. ENTRADA EN VIGOR. TRANSPOSICIÓN

La Directiva 2014/25/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, el apartado 2 del artículo 106 de la Directiva 2014/25/UE establece 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 40.1 de la Directiva 2014/25/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 -):

- hasta el 18 de octubre de 2017, excepto cuando el uso de medios electrónicos sea obligatorio en virtud de los artículos 52, 53, 54, 55.3, 71.2 y 73 de la Directiva;
- hasta el 18 de abril de 2017, en lo que respecta a las centrales de compras.
- correo postal o cualquier otro medio apropiado;
- fax;
- una combinación de los medios anteriores.

En caso de que algún Estado miembro decida optar por aplazar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 40.1 de la Directiva, deberá disponer que las entidades adjudicadoras estén facultadas para elegir entre los siguientes medios de comunicación para todas las comunicaciones e intercambios de información:

- medios electrónicos con arreglo al artículo 40 de la Directiva;

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 2014/25/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