

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

M.^a YOLANDA FERNÁNDEZ GARCÍA
Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

«Los conceptos jurídicos básicos y más utilizados son frecuentemente los más desconocidos o los más difíciles de conceptuar» (1).

I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: A) *Principios generales de contratación. Clases de Directivas en materia de contratación pública.* B) *Evolución normativa comunitaria en materia de contratación pública:* 1. Evolución general. 2. Evolución particular en relación a la contratación en los denominados sectores excluidos.—III. ANÁLISIS DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: A) *Especificaciones objetivas de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31.3.2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales:* 1. Justificación de la Directiva. 2. Exclusión material del sector de las telecomunicaciones. 3. Ámbito objetivo de la Directiva en los sectores excluidos. B) *Ámbito subjetivo de las Directivas sobre contratación pública. Los poderes adjudicadores:* 1. El concepto de organismo público. Requisitos. 2. Comentarios en torno al acto de creación y de otorgamiento de la misión de interés general al organismo de Derecho público. 3. Alcance del concepto de «necesidad de interés general»: a) Su naturaleza como concepto jurídico indeterminado y su vinculación a la casuística jurisprudencial. b) La conveniente distinción entre necesidades que tienen carácter mercantil o industrial y las que no lo tienen. c) Las necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil pueden referirse a empresas privadas. El concepto de «competencia desarrollada». d) Determinación jurisprudencial de la noción de necesidad de interés general como noción comunitaria. La jurisprudencia sentada en la sentencia *Truley*. e) Cuestión de fondo: la determinación de la noción de «necesidad de interés general», ¿ha de llevarse a cabo a nivel nacional o comunitario?: a') Enfrentamiento entre los partidarios de la «tesis nacional» y los de la «tesis comunitaria». b') Posicionamientos de las instituciones comunitarias ante esta cuestión: una actitud de prudencia y respeto ante *les choix de société* nacionales. c') Sobre el papel a jugar por las instituciones comunitarias *via* Derecho derivado. 4. El concepto de empresa pública. Requisitos. 5. Vinculación normativa entre el ámbito objetivo y subjetivo. Especial consideración en torno al otorgamiento de derechos especiales o exclusivos.—IV. CONCEPTO Y CATEGORIZACIÓN DE LOS CONTRATOS COMPRENDIDOS POR LAS DIRECTIVAS.—V. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LAS CONCESIONES DE OBRAS O DE SERVICIOS: A) *Punto de partida: la exclusión de las concesiones de obras y servicios de la Directiva 2004/17/CE.* B) *La jurisprudencia sentada en el asunto BFI Holding.* C) *Sumisión del contrato de obras a la Directiva 2004/18/CE.* D) *Confirmación de la jurisprudencia en el asunto Telaustria.* E) *Valoración general: en torno a la regulación comunitaria actual en materia de concesiones.*—VI. PRINCIPALES APORTACIONES DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: A) *La fijación de criterios relativos a la valoración de ofertas.* B) *Reglas aplicables a la selección de candidaturas.* C) *La inclusión de las denominadas «centrales de compras».* D) *La inclusión de nuevos procedimientos de adju-*

(1) Vid. G. ROELLECKE, *Subjektive Rechte und politische Planung*, «Archiv des Öffentlichen Rechts», núm. 4, 1989, pág. 607.

dicación: 1. El denominado «diálogo competitivo». 2. Los denominados «acuerdos marco». 3. La potenciación del uso de nuevas tecnologías de información y comunicación. 4. El reconocimiento del tradicional sistema de subasta pública. 5. El denominado «sistema dinámico de adquisición». E) *Reflexiones críticas sobre la nueva normativa comunitaria relativa a la contratación pública*. F) *Valoración general*.—VII. CONSIDERACIONES EN TORNO AL MARCO NORMATIVO NACIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA TRAS LAS RECIENTES DIRECTIVAS COMUNITARIAS: A) *La incorporación de las Directivas al ordenamiento español*. B) *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

La construcción comunitaria europea está constituyendo uno de los principales motores de las transformaciones que, desde hace ya decenios, están afectando a las estructuras jurídico-económicas de los Estados miembros. Este proceso, inserto en el muy comentado proceso de globalización económica mundial, coadyuvados ambos por los importantes cambios tecnológicos que afectan a nuestras modernas sociedades, no podía por menos que incidir de manera directa en el tradicional sistema de contratación pública, destacadamente en el ámbito de determinados sectores muy vinculados a la satisfacción de servicios esenciales para el conjunto de los ciudadanos como son el suministro eléctrico o de gas, los transportes, el agua o los servicios postales.

Sin entrar en detalle en los fundamentos últimos de la hoy Unión Europea, no cabe duda de que el establecimiento de un mercado común y la integración de las economías de los Estados miembros constituyen la finalidad prioritaria recogida en el propio frontispicio del TCE. Estos fines representan los dos frentes de acción en los que se enmarca la construcción comunitaria: por un lado, una integración económica negativa orientada al abatimiento de las intervenciones públicas a favor del juego del mercado europeo y, por otro lado, una integración económica positiva orientada no ya a remover obstáculos y barreras que los Estados han venido histórica y legalmente levantando para establecer sistemas en la unidad económica nacional, sino a transferir progresivamente competencias de los Estados a los órganos comunitarios. En resumen, se trata de que, en lugar de medidas de protección, regulación o incluso dirección nacional, se instale la «animación de la competencia» (2), el mercado, ordenado con reglas básicas para todo el ámbito de la Comunidad y de los agentes que en ella actúan.

Pues bien, una parte muy importante del volumen total de los intercambios de bienes y servicios que se realizan en el ámbito de la Comunidad se produce precisamente en virtud de contratos que celebran las Entidades públicas, donde tradicionalmente los Estados han tendido a favorecer, directa o indirectamente, a las empresas de los propios Estados —o a las de otros, por determinadas razones políticas— mediante la aplicación de la normativa y de la práctica de las contrataciones públicas. Ello

(2) Vid. N. MOUSSIS, *Les objectifs de politique industrielle des politiques communautaires*, «Problèmes Économiques», núm. 2481, août 1996, pág. 325.

explica que, a pesar de que en el Tratado de Roma no se contemplaba ninguna disposición expresa sobre los contratos públicos, la Comunidad se haya preocupado cada vez más por exigir a los Estados miembros que apliquen el TCE también a los contratos públicos, especialmente cuando éstos alcancen una mayor relevancia económica. En definitiva, se ha tratado de garantizar la aplicación estricta de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, sin discriminaciones que directa o indirectamente se basen en la nacionalidad o en el lugar de asentamiento del operador que desee contratar con las distintas Administraciones públicas (3).

II. LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

A) *Principios generales de contratación. Clases de Directivas en materia de contratación pública*

El ordenamiento comunitario aplicable a los contratos públicos se contiene genéricamente en determinados preceptos del TCE que enuncian principios como el de interdicción de toda discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12) o reglas generales como las relativas a la prohibición de medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación (arts. 28 y ss.), a la libre prestación de servicios (arts. 49 y ss.), el derecho al establecimiento y al acceso a actividades no asalariadas y su ejercicio (arts. 43 y ss.) o a la incompatibilidad de principio de las ayudas de Estado (arts. 87 y ss.), todas ellas sintetizadas también en las formulaciones del artículo 3 (4). Principios que han quedado explicitados en las recientes Directivas; más en concreto, pueden verse los artículos 4 y 10 y 11, respectivamente, de las Directivas 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31.3.2004, *sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y servicios*, y 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31.3.2004, *sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales*; en

(3) Vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Examen de la contratación de los entes instrumentales. Estudio especial del Derecho comunitario», en vol. col. *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, págs. 382 y ss.; M. M. RAZQUIN LIZÁRRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 19 y ss.; J. A. GARCÍA DE COCA, *Regulación comunitaria sustantiva sobre los contratos celebrados en los sectores especiales y su repercusión sobre los contratos entre empresas de titularidad privada*, «Revista Vasca de Administración Pública», núm. 59, enero-abril 2002, págs. 119-122; G. ARIÑO, «Derecho público y mercado», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, tomo I: *El sistema contractual administrativo*, Comares, Granada, 2002, págs. 86 y ss.

(4) Destacaremos, entre otras, las letras *c)* y *g)*, respectivamente: «La acción de la Comunidad implicará (...) un mercado interior caracterizado por la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; o un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior».

concreto, en esta última, en los apartados 1 y 2 del artículo 11, se recoge que las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones y actuarán con transparencia o la salvaguardia del derecho de establecimiento.

Como no podía ser de otra manera, desde el inicio de los años setenta, se comenzó a ver la necesidad de armonizar las disposiciones básicas de la contratación pública de manera que se pudiera llegar a una auténtica europeización mediante la apertura de los económicamente más relevantes a una competencia efectiva en el ámbito de toda la Comunidad. Desde entonces se ha ido sucediendo un número considerable de normas —mediante la técnica de la «aproximación legislativa»— con el objeto de paliar las barreras a la contratación pública en la Comunidad y tratar de reducir la frecuente práctica y, en lo posible, invertir la tendencia de la «compra nacional», abriendo dichos sectores a la competencia intracomunitaria entre los distintos operadores.

Desde el punto de vista de las clases —tema éste que nos permitirá entender mejor la evolución normativa y la naturaleza de los textos adoptados—, la Comunidad ha venido aprobando dos tipos de Directivas sobre contratos públicos. En primer lugar, uno que podríamos calificar de materiales o sustantivas, por constituir su objeto la regulación material de diversos aspectos básicos para la válida celebración de los contratos públicos. Para hacerse una idea del alcance material de las Directivas sustantivas se puede decir que su contenido comprende determinaciones sobre los requisitos de capacidad y solvencia para contratar y el modo de acreditarlo; sobre la forma de establecer las prescripciones técnicas y sobre el procedimiento de adjudicación (principio general de publicidad comunitaria); modalidades de aplicación del principio general de concurrencia, tanto en cuanto a los tipos de procedimientos como respecto a los criterios de adjudicación; condiciones para la adjudicación directa excepcional, mediante procedimiento negociado sin publicidad, y varias exigencias de motivación.

En segundo lugar, la Comunidad ha aprobado otro tipo de Directivas que podríamos denominar adjetivas o de garantías jurisdiccionales, porque su objeto es el sistema de tutela efectiva del ordenamiento contractual sustantivo bajo garantías de objetividad, independencia y eficacia. Unas y otras, por otra parte, se refieren unas veces a determinados tipos de contratos públicos para los que establecen una regulación general, por lo que se las puede denominar «generales» o «clásicas», mientras que otras tienen por objeto específico la regulación especial de diversos tipos contractuales en cuanto se aplican a determinados sectores especiales de actividad, lo que lleva a hablar de ellas como Directivas «especiales» o, más comúnmente, Directivas de sectores «excluidos», porque, como analizaremos en detalle, los sectores de actividad a que se aplican están excluidos en principio de la aplicación de las Directivas generales.

B) *Evolución normativa comunitaria en materia de contratación pública*

1. *Evolución general.*

Concretando la evolución, en el célebre Libro Blanco (5) que inspiró el Acta Única Europea se puso de manifiesto que uno de los aspectos más relevantes para la realización de un mercado único (6) era el de la contratación pública (por evidentes razones económicas, comerciales, financieras y de competitividad). Este texto jurídico-político tuvo su relevancia a efectos del tema que nos ocupa al incorporarse —si bien indirecta y sucintamente— una referencia a dicho tema en un artículo inserto en el entonces nuevo Título sobre Investigación y Desarrollo —vid. el actual art. 157 (7)—. En definitiva, se vio ya que la simple supresión de prohibiciones, condicionamientos, limitaciones o preferencias por razón de la nacionalidad en los contratos públicos no garantizaría una verdadera apertura de la contratación pública al mercado comunitario si, al mismo tiempo, no se procedía a una cierta armonización de las legislaciones nacionales en la materia y a la adopción de medidas tendentes a facilitar y asegurar el acceso de cualquier agente económico interesado a los contratos de las diversas Administraciones públicas de los Estados miembros. De ahí que, al amparo de las previsiones ya aludidas, el Consejo comenzara a ir aprobando progresivamente las primeras Directivas de coordinación de los ordenamientos nacionales sobre los contratos públicos más significativos desde el punto de vista económico.

La primera Directiva se dictó en 1971 y tuvo por objeto los contratos de obras públicas [Directiva 71/305/CEE, de 26.7.1971 («DO» L 185, del 16.8.71)]. Poco después, cuando ya la Comunidad comprendía nueve Estados miembros, se hizo algo parecido con los contratos públicos de suministros [Directiva 77/62/CEE, de 21.12.1976 («DO» L 13, del 15.1.77)]. Durante bastantes años la armonización no pasó de lo establecido en estas Directivas. Fue con el Acta Única de 1986 cuando el objetivo de consecución de un mercado interior antes de finalizar el 92 impulsó de nuevo la armonización en materia de contratación pública, fruto inicial de lo cual fueron dos Directivas que, en 1988 para los contratos de suministro y en 1989 para los de obras públicas, reformaron sustancialmente las anteriores [respectivamente, Directivas 88/295/CEE, de 22.3.1988 («DO» L 127, del 20.5.88), y 89/440/CEE, de 18.7.1989 («DO» L 210, del 21.7.89)].

La armonización no se detiene ya en estos dos clásicos tipos contractuales ni en aspectos sustantivos, sino que avanza mucho más. A mediados

(5) (Com 85) 310, junio de 1985.

(6) A. MATTERA, *Le marché intérieur: «une brèche» dans les dures murailles des souverainetés nationales*, «Cahiers de Droit Européen», núms. 5-6, 2002, págs. 519 y ss.

(7) «La Comunidad y los Estados miembros asegurarán la existencia de las condiciones necesarias para la competitividad de la industria comunitaria».

de 1992 se logra aprobar una Directiva para los contratos de servicios [la 92/50/CEE, de 18.6.1992 («DO» L 209, del 24.7.92)]. Como precisaré en el epígrafe siguiente, ya en 1990 se había conseguido sacar adelante, tras muchas discusiones, la Directiva conocida como de sectores excluidos, que habría de aplicarse a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones [Directiva 90/531/CEE, de 17.9.1990 («DO» L 297, del 29.10.90)] (8). También fueron adoptadas las Directivas adjetivas o de garantías: la general, de 21.12.1989 [89/665/CEE («DO» L 395, del 30.12.89)], y la especial de los sectores excluidos [Directiva 92/13/CEE, de 25.2.1992 («DO» L 6, del 23.3.92)]. En 1993 se tuvo el buen criterio de hacer una refundición de las Directivas que habían sufrido un proceso de formación mediante reformas sucesivas, con lo que las nuevas Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE (9), de 14 de junio, vinieron a constituir los nuevos textos aplicables en materia, respectivamente, de contratos públicos de suministros y de obras y de contratación de suministros, obras y servicios en los sectores excluidos. Finalmente, se aplica en la materia la debatida y reciente Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31.3.2004, *sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y servicios*. Esta Directiva supone importantes cambios cuantitativos y cualitativos. En lo que respecta al primer aspecto, «cuantitativamente» supone un cambio notable en cuanto se integra en una única Directiva la regulación de los sectores «generales» o «clásicos» en lugar de en tres Directivas (más la del 98 que citamos a pie y que modifica la 93/38). En lo que respecta al segundo aspecto, «cualitativamente» lleva consigo —como analizaremos más adelante— la integración de importantes principios derivados de la jurisprudencia del TJCE en la materia y tiene como objetivo preferente la incorporación y utilización de nuevas tecnologías de información y comunicación en los procedimientos de adjudicación de contratos, tratando de manera idéntica los procedimientos tradicionales y los procedimientos electrónicos (10).

Por último y en esta somera exposición de la evolución normativa en materia de contratación, ha sido aprobada (y aplicamos los recientes comentarios del párrafo precedente, especialmente en lo que atañe a la jurisprudencia del TJCE y a la incorporación de nuevas tecnologías) la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31.3.2004, *sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales*.

(8) Vid. J. A. GARCÍA DE COCA, *Regulación...*, cit., págs. 123 y ss.

(9) Modificada por la Directiva 98/43, de 16.2.1998 («DO» L 101, de 1.4.1998).

(10) Vid. *Europa y la Sociedad Global de la Información. Recomendaciones al Consejo de Europa. High Level Group on the Information Society* (Comisión Bangemann), mayo de 1994, *in totum*, que es considerado como el punto de partida de la preocupación por incorporar a los mercados europeos en general, y a las Administraciones públicas nacionales y comunitaria en particular, las ventajas del progreso tecnológico experimentado por la electrónica, la informática y las telecomunicaciones, en la misma línea que el Libro Verde de 9.11.1996, *La contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro* [COM (96) 583 final].

En general y aunque nos adentraremos más adelante en ello, como novedades generales, se simplifica el encargo público, se precisan ciertas nociones relevantes a efectos de la contratación pública e integración de principios derivados de la jurisprudencia del TJCE. Asimismo, ambas Directivas introducen un nuevo procedimiento: el «diálogo competitivo», con el objetivo de permitir a los compradores el establecimiento de verdaderos acuerdos comerciales, en calidad de socios, con las empresas. Y, aunque anticipemos algunas valoraciones críticas, conviene mencionar que las instituciones comunitarias han mantenido en esta nueva regulación ciertas incoherencias que serán, sin duda, fuente de inseguridad jurídica. Veremos cuáles sean.

2. *Evolución particular en relación a la contratación en los denominados sectores excluidos.*

Como sucintamente hemos expuesto, a principios de los noventa se extiende el citado régimen contractual a los llamados «sectores excluidos del sistema general» con el objetivo de erradicar la ausencia de competencia abierta y eficaz en dichas materias, tratando de resolver uno de los obstáculos más serios y anacrónicos para la efectiva realización de un mercado interior, ya que la inexistencia de competencia en sectores industriales clave —como los sectores energéticos, transportes o telecomunicaciones— y los importantes e innecesarios costes adicionales que suponían para los Poderes adjudicadores dificultaban notablemente la aparición de empresas europeas capaces de competir en un mercado mundial que ofrecía, y ofrece, una creciente rivalidad productiva (11).

En base a lo dicho, las instituciones comunitarias aprobaron, sobre la base del TCE, una nueva normativa como instrumento básico para la consecución del ansiado mercado interior. Esta normativa trató de establecer reglas más rígidas y mayores controles destinados a dificultar que los Estados o las empresas por ellos participadas o «influidas» pudieran encontrar mecanismos para evadirla. Se optó, por tanto, por un concepto funcional y no orgánico de contrato público que extendió de forma notoria su ámbito de aplicación (12).

En materia de sectores excluidos se fueron aprobando —sin entrar en reformas parciales— tres Directivas (más adelante me referiré en detalle a la ya citada que recientemente ha refundido esta amplia normativa) que tenían un ámbito de aplicación realmente extenso en cuanto afectaban a miles de empresas y entidades en la Comunidad, tanto Poderes públicos como empresas públicas y privadas, que venían actuando en los siguientes sectores: a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable, gas, calefacción o electricidad; b) la

(11) Vid. M. M. RAZQUIN LIZÁRRAGA, *Contratos...*, cit., págs. 39 y ss.

(12) Vid. J. A. GARCÍA DE COCA, *Regulación...*, cit., págs. 132 y ss.

explotación de una zona geográfica determinada para la prospección o extracción del petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos o la puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales de los aeropuertos, de los puertos marítimos o interiores y otras terminales de transporte; c) la explotación de redes destinadas a prestar un servicio esencial en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, trolebús, autobús o cable; y d) —y aquí viene la novedad de las dos últimas Directivas de marzo de 2004, que más adelante comentaremos— ya no quedan comprendidas bajo esta regulación —por entenderse que la regulación del mercado está más armonizada en el conjunto de Estados miembros— la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones, no sujetas por tanto ya, insistimos, a la regulación de la Directiva sobre sectores excluidos.

Estas Directivas tenían por objeto crear unas reglas o procedimientos jurídicos específicos que, destinados a garantizar la apertura de estos sectores comerciales e industriales, permitieran reforzar la competencia y la transparencia y eliminar progresivamente los obstáculos directos e indirectos que seguían siendo puestos en práctica por los operadores económicos. Tales Directivas fueron las citadas 90/531/CEE, de 29 de octubre, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operaban en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; 92/13/CEE, de 25 de febrero, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operaban en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, y 93/38/CEE, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (reformada parcialmente por la Directiva 98/4/CE, de 16 de febrero). Ahora todas ellas han sido fruto de una importante y debatida reforma y refundición de sustanciales aspectos en la citada *Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31.3.2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales*.

A modo de valoración general, en materia de contratación pública, a nivel jurídico-comunitario, como vemos, el instrumento jurídico utilizado fue y ha sido —sin entrar en las reformas y exigencias introducidas por las sucesivas reformas del sistema de fuentes del TCE (Acta Única, Maastricht, Ámsterdam, Niza, etc.)— la Directiva, jugando un papel determinante, como más adelante analizaremos, tanto en la interpretación como en dotar de contenido a las lagunas legales, la jurisprudencia del TJCE. Como puede comprobarse, en las Directivas aprobadas en el 2004 se excluyen los mercados de telecomunicaciones (se planteó también la exclusión de los servicios postales) bajo la premisa de que, liberalizadas estas actividades, dejará de ser de aplicación esta normativa, proponiéndose mecanismos de

compra electrónica, así como el reforzamiento de los criterios de selección y adjudicación, la posibilidad de concluir acuerdos marco, la clarificación de las disposiciones relativas a las especificaciones técnicas y, en definitiva, la introducción de un vocabulario común de los contratos públicos.

En resumen y como valoración general del paquete normativo adoptado en materia de contratación, tal y como analizaremos en las líneas que siguen, estas nuevas Directivas —largamente esperadas (13)— tienen como objetivo principal simplificar y modernizar los procedimientos de adjudicación de contratos en la Unión Europea, integrando a la vez la importante jurisprudencia del TJCE en la materia y abriendo igualmente la vía a la utilización de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (14).

III. ANÁLISIS DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

A) *Especificaciones objetivas de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31.3.2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales*

1. *Justificación de la Directiva.*

La necesidad de refundición de textos aplicables en la materia venía siendo defendida tanto por las entidades adjudicadoras como por los operadores económicos. Efectivamente, como señala el Considerando 1 de la Directiva 2004/17/CE, ante las nuevas modificaciones de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14.6.93, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (15), convenía, por razones de claridad, proceder a dicha refundición.

Asimismo, la Directiva que estamos estudiando está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan las entidades adjudicadoras para atender necesidades de los ciudadanos afecta-

(13) Cuatro años han sido necesarios para su definitiva adopción, teniendo en cuenta que el proceso de refundición tiene como principal punto de partida el Libro Verde de la Comisión *Los contratos públicos de la Unión Europea: pistas de reflexión para el porvenir* [COM (96) 583 final, de 27.11.1996].

(14) Vid. S. PIGNON, *Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation de marchés publics*, «Actualité Juridique-Droit Administratif», núm. 26, juillet 2004, pág. 1411.

(15) «DO» L 199, de 9.8.1993, pág. 84. Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 2001/78/CE de la Comisión («DO» L 285, de 29.10.2001, págs. 1 y ss.).

dos, sin excluir el ámbito medioambiental o social (16), siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen a la entidad adjudicadora una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

2. *Exclusión material del sector de las telecomunicaciones.*

Como por todos es sabido, las telecomunicaciones han estado tradicionalmente comprendidas en el régimen contractual de los sectores excluidos. El amplio marco normativo que ha regulado en los últimos años este sector (17), mencionado en el *IV Informe sobre la aplicación del conjunto de medidas reguladoras de las telecomunicaciones*, de 25 de noviembre de 1998, a fin de abrir los mercados en el conjunto de servicios que quedan comprendidos, ha motivado la introducción de una competencia efectiva tanto *de iure* como *de facto* en dicho sector.

3. *Ámbito objetivo de la Directiva en los sectores excluidos.*

El objeto de la Directiva 2004/17/CE es, como puede deducirse de su enunciado, bastante amplio. Comprende servicios vinculados a actividades relacionadas con la prestación o suministro de gas, calefacción, electricidad, agua, transportes, servicios postales, así como prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, puertos y aeropuertos.

De una manera sistemática y general, en lo que respecta al gas, la calefacción, la electricidad y el agua, la Directiva ha de aplicarse, por un lado, a la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio público (18) en relación con la producción, transporte o dis-

(16) Analizaremos la inclusión de estos aspectos en las líneas que siguen. Adelantamos, por su relevancia en la materia que nos ocupa y su carácter innovador, las conclusiones del Abogado General Mischo, presentadas el 13.12.2001, en el asunto *Concordia Bus*, que se refiere a la consideración de criterios relativos a la protección del medio ambiente para determinar la oferta más ventajosa económicamente (vid. asunto C-513/99, Rec., 2002, págs. I-7213 y ss., apartados 32 y ss.).

(17) Vid., entre otros textos, la Comunicación de la Comisión en virtud del artículo 8 de la Directiva 93/38/CEE (1999/C 129/05), sobre lista de servicios que se consideran excluidos, en virtud de su artículo 8, del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14.6.1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, o, explícitamente, la Directiva 2002/17/CE de la Comisión, de 16.9.2002, *relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*. Para un comentario de los cambios experimentados en este dinámico sector, vid. M. Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Las obligaciones especiales de los operadores de los servicios esenciales económicos en red*, «RA», núm. 163, enero-abril 2004, págs. 127 y ss., y J. C. LAGUNA DE PAZ, *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, Ed. Thomsom-Aranzadi, 2004, págs. 25 y ss.

(18) Sobre el concepto de servicio público en el Derecho comunitario, vid. M.ª Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública-Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 2003, págs. 233 y ss.

tribución de estos servicios, así como, por otro lado, al suministro de gas, calefacción, electricidad o agua potable a dichas redes.

En lo que respecta a los servicios de transporte, la Directiva se aplica a las actividades de puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable. En este sentido, se considerará que existe una red (19) cuando el servicio se preste con arreglo a las condiciones operativas establecidas por una autoridad competente de un Estado miembro, tales como las condiciones relativas a los itinerarios, a la capacidad de transporte disponible o a la frecuencia del servicio.

En cuanto a los servicios postales, se aplica la Directiva a los servicios consistentes en la recogida, clasificación, expedición y distribución de envíos postales, incluyéndose los «servicios postales reservados» o que puedan serlo conforme a la Directiva 97/67/CE (del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15.12.1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio), así como «otros servicios postales» que no puedan ser reservados conforme al artículo 7 de dicho texto comunitario (20). El núcleo de la regulación se centra en los envíos postales (el envío con destinatario, constituido en la forma definitiva en la que deba ser transportado, cualquiera que sea su peso, aparte de los envíos de correspondencia, incluirá, p. ej., los libros, catálogos, diarios, publicaciones periódicas y paquetes postales que contengan mercancías con o sin valor comercial, cualquiera que sea su peso); los servicios postales, consistentes en la recogida, clasificación, expedición y distribución de envíos postales (se incluyen los «servicios postales reservados» y «otros servicios postales» conforme al art. 7 de la Directiva 97/67/CE, anteriormente citado); así como los «servicios distintos de los servicios postales», esto es, los prestados en los siguientes ámbitos: los servicios de gestión de servicios de correo (tanto los previos al envío como los posteriores a él, tales como los servicios de gestión en salas de correo); los servicios de valor añadido vinculados a medios electrónicos y prestados íntegramente por esta vía (incluida la transmisión segura de documentos codificados por vía electrónica, los servicios de gestión de direcciones y la transmisión de correo electrónico certificado); los servicios relativos a envíos postales, como la publicidad directa sin indicación de destinatario; los servicios financieros, que incluyen en particular los giros

(19) Sobre el concepto jurídico de red, vid. M.ª Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, *La noción de red en el Derecho español y comunitario europeo: análisis de la relevancia jurídica*, «Economía delle Fonti di Energia e dell'Ambiente», núms. 1-2, 2003, págs. 219 y ss.

(20) Según señala este artículo 7, en la medida en que sea necesario para el mantenimiento del servicio universal, los servicios que los Estados miembros podrán reservar al proveedor o proveedores del servicio universal serán la recogida, clasificación, el transporte, la distribución de los envíos de correspondencia interna, tanto si se trata de distribución urgente como si no, cuyo precio sea inferior a cinco veces la tarifa pública de un envío de correspondencia de la primera escala de pesos de la categoría normalizada más rápida, cuando ésta exista, siempre que su peso sea inferior a 350 gramos. En el caso de los servicios postales gratuitos destinados a las personas invidentes o de visión reducida, se podrán autorizar excepciones a los límites de peso y precio.

postales y las transferencias postales; los servicios filatélicos y los servicios logísticos (servicios que combinan la distribución física y la lista de correo con otras funciones no postales).

Por último, la Directiva se aplica a las actividades de explotación de una zona geográfica determinada para la prospección o extracción de petróleo, gas, carbón u otros combustibles sólidos, o la puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales de los aeropuertos, de los puertos marítimos o interiores o de otras terminales de transporte.

B) *Ámbito subjetivo de las Directivas sobre contratación pública. Los poderes adjudicadores*

Como resulta fácil concluir, las Directivas hacen especial hincapié en el ámbito subjetivo dada la relevancia y naturaleza de los agentes, empresas, entidades, concesionarios, etc., a los que afectan, sean públicos, privados o de naturaleza mixta, muy destacadamente la de sectores excluidos. En este sentido, el importante artículo 2 de esta Directiva precisa con detalle cuáles pueden ser las entidades adjudicadoras. Así, entiende por «poderes adjudicadores»: 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 (21).

1. *El concepto de organismo público. Requisitos.*

La cuestión en este caso a determinar es qué entiende la Directiva por «organismo de Derecho público». Se entiende cualquier organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica propia y cuya actividad esté financiada mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, dirección o vigilancia más de la mitad de cuyos miembros sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público (22).

(21) Vid. B. F. MACERA, *La sujeción a control contencioso-administrativo del fieri de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles públicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima*, en esta REVISTA, mayo-agosto 2001, págs. 237 y ss.; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *La integración en el sistema de Administraciones públicas de las Administraciones instrumentales*, «Revista Andaluza de Administración Pública», núm. 51, 2003, págs. 35 y ss.; J. J. LAVILLA RUBIRA, «El control administrativo sobre las sociedades privatizadas», en *El control jurídico de las privatizaciones de empresas*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, págs. 75 y ss.

(22) Vid. S. ORTIZ VAAMONDE, *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, La Ley, Madrid, 2004, págs. 3 y ss.; vid. el *Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, págs. 65 y ss.

Conviene subrayar que, en esta línea, la Directiva recoge la abundante jurisprudencia que en relación al ámbito subjetivo de aplicación ha emanado del TJCE (23). Así, y subrayando el hecho de que «debe recibir una interpretación funcional» (24), el concepto de organismo de Derecho público comprende tres requisitos que deben concurrir de manera acumulada en cada caso concreto para poder hablar de tal tipo de ente. Dichos requisitos son: 1) que el organismo haya sido creado para satisfacer necesidades de interés general; 2) que esté dotado de personalidad jurídica, y 3) que esté controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público. Este último criterio se subdivide en otras tres exigencias alternativas: en concreto, que la financiación pública del organismo sea mayoritaria, o que su gestión esté sometida al control del Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o que éstos nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia del organismo en cuestión.

Detengámonos unas líneas en el tema del acto de creación y de otorgamiento de la misión de interés general por su carácter determinante para la calificación de una entidad como organismo público y para evidenciar esa necesaria interpretación funcional.

2. *Comentarios en torno al acto de creación y de otorgamiento de la misión de interés general al organismo de Derecho público.*

El concepto de creación hay que interpretarlo —como así lo permite el defendido (por el TJCE) carácter funcional de la noción de organismo público— en sentido lato. Así, la calificación como organismo público depende de la respuesta que se dé a la cuestión de si el requisito previsto en la normativa excluye que una entidad que no ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, pero que ha asumido tareas de esa índole como consecuencia de la modificación introducida posteriormente en el ámbito de sus actividades, sea calificada de entidad adjudicadora.

Según el TJCE, la consideración de organismo de Derecho público de una entidad que no haya sido creada —y así lo dispongan sus estatutos— para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, pero que posteriormente se ha encargado de satisfacer dichas necesidades, cumple el requisito de poder ser considerada como organismo público y, por tanto, entidad adjudicadora.

De ahí que hayamos subrayado el carácter funcional con el que interpreta el TJCE el concepto de organismo de Derecho público en cuanto que,

(23) Vid. destacadamente la STJCE de 15.1.1998, *Mannesmann Anlagbau Austria AG y otros contra Strobal Rotationsdruck GesmbH* (C-44/96, Rec., págs. I-73 y ss., apartado 21).

(24) Vid. el apartado 53 de la STJCE de 12.12.2002, asunto *Universale-Bau AG y otros contra Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* (C-470/99, Rec., págs. I-11617 y ss.).

citando esta alta instancia jurisdiccional las alegaciones de los demandantes en el citado asunto *Universale-Bau AG y otros*, «la interpretación funcional del concepto de entidad adjudicadora es la única que puede impedir posibles maniobras fraudulentas, puesto que, de otro modo, se podría eludir fácilmente la Directiva (...) mediante la transferencia de tareas de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no a una entidad creada *ex novo* a tal efecto, sino a una entidad ya existente que haya tenido anteriormente otro objeto» (25).

3. Alcance del concepto de «necesidad de interés general».

a) Su naturaleza como concepto jurídico indeterminado y su vinculación a la casuística jurisprudencial.

Si sobre la noción de organismo público y sobre la de personalidad jurídica la jurisprudencia es abundante y clara —así lo ha explicitado, insistentemente, la Directiva—, mayores problemas ha presentado lo que haya de entenderse por «necesidad de interés general», concepto jurídico indeterminado cuyo alcance no es tan sencillo de precisar.

La jurisprudencia se ha centrado fundamentalmente en el carácter industrial o mercantil de las necesidades que satisfacía el organismo de Derecho público en cada caso concreto, lo que sin duda era debido a la enorme diversidad de supuestos en los distintos Estados miembros y en la casuística que ello motiva. Así, el TJCE ha considerado, en esencia, desde la sentencia *BFI Holding* (26) que el concepto de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil no excluye las necesidades que también puedan ser satisfechas por empresas privadas (27), no siendo suficiente el hecho de que haya competencia para excluir la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico (28). A pesar de lo cual, estima que la existencia de un grado de competencia en el mercado no carece totalmente de relevancia a la hora de responder a la cuestión de si una necesidad de interés general tiene o no carácter industrial o mercantil, puesto que estas últimas necesidades no se satisfacen, por regla general, mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado, sino que, generalmente, tienen dicho carácter las necesidades que, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo, en relación a las cuales quiere mantener una influencia dominante (29).

(25) Vid. el apartado 49.

(26) STJCE de 10.11.1998, *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden contra BFI Holding BV* (C-360/96, Rec., págs. I-6821 y ss.).

(27) Vid. *ibidem*, apartado 53.

(28) Vid. *ibidem*, apartado 43.

(29) Vid. *ibidem*, apartados 50 y 51.

- b) *La conveniente distinción entre necesidades que tienen carácter mercantil o industrial y las que no lo tienen.*

Por otra parte, a la hora de llevar a la práctica la diferencia establecida en la normativa comunitaria entre, por un lado, necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil y, por otro lado, necesidades de interés general que sí tienen ese carácter industrial o mercantil, el TJCE también ha manifestado en la sentencia *Mannesmann* (30) que, en los casos de organismos que satisfacen ambos tipos de necesidades de interés general, el criterio decisivo no puede basarse en la parte relativa, más o menos extensa, de la actividad ejercida para satisfacer necesidades que no tengan carácter industrial o mercantil (31). El TJCE considera que interpretar una norma comunitaria de esta manera supondría introducir un elemento excesivamente impreciso, algo que se contrapone a las exigencias de seguridad jurídica que han de cumplir los textos normativos comunitarios (32). Ahondando en el problema de la distinción entre los dos tipos de necesidades de interés general, es decir, entre las que tienen y las que no tienen carácter industrial o mercantil, puede afirmarse, interpretando *a sensu contrario* la STJCE *Agorà* (33), que un organismo que realice beneficios no debe ser considerado necesariamente como un organismo que satisface necesidades meramente mercantiles.

- c) *Las necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil pueden referirse a empresas privadas. El concepto de «competencia desarrollada».*

En la misma línea, es decir, tratando de aportar elementos que permitan clarificar la distinción entre ambos tipos de necesidades, el TJCE ha declarado, por una parte, que las necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil no se refieren a actividades que no desempeñen empresas privadas, puesto que es difícil imaginar actividades que en ningún caso puedan ejercerse por dicho tipo de empresas (34), añadiendo, por otra parte, que cuando el organismo de que se trate satisfaga las necesidades de interés general en situación de competencia en el mercado de referencia, la existencia de una competencia «desarrollada» —dice el tenor literal de la sentencia— «puede constituir un indicio de que no se trata de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil» (35).

(30) STJCE de 15.1.1998, *Mannesmann Anlagebau Austria AG y otros contra Strobal Rotationsdruck GesmbH* (C-44/96, Rec., págs. I-73 y ss.).

(31) Vid. *ibidem*, apartado 34. Vid. también el apartado 58 de la STJCE *BFI Holding*, antes citada.

(32) STJCE de 15.1.1998, *Mannesmann*, apartado 34.

(33) Vid. STJCE de 10.5.2001 (asuntos acumulados C-223/99 y 260/99, Rec., págs. I-3605 y ss.).

(34) Vid. el apartado 44 de la STJCE *BFI Holding*, antes citada.

(35) Vid. *ibidem*, apartado 49.

No vamos a entrar en detalle en la difícil exégesis y aplicación de este último enunciado en el sentido de que no parece tan evidente saber cuándo se está en presencia de una competencia «desarrollada». Conviene destacar, eso sí, que el TJCE utiliza conceptos indefinidos, lo que lleva a pensar que esta alta instancia jurisdiccional entiende que corresponde generalmente al órgano judicial remitente, a la vista de todos los elementos del litigio de que conoce, determinar si las necesidades que satisface el organismo en cuestión tienen o no carácter industrial o mercantil. Añadiremos también que el TJCE no fue más lejos en la definición de «competencia desarrollada», por lo que, probablemente, no quiso sentar más jurisprudencia que la referida al caso, sin pretensión de convertir el concepto en una noción de referencia en la materia.

- d) *Determinación jurisprudencial de la noción de necesidad de interés general como noción comunitaria.*
La jurisprudencia sentada en la sentencia Truley.

Por lo que se refiere a la primera parte del requisito que estamos examinando, es decir, que el organismo de Derecho público satisfaga necesidades de interés público, la jurisprudencia comunitaria ha sido mucho más casuística. Así, varias de las sentencias a las que ya he hecho referencia planteaban directamente la cuestión de saber si un organismo con determinadas características podía considerarse o no organismo de Derecho público en el sentido de las normas de Derecho positivo, como, por ejemplo, en las sentencias *Beentjes* (36), respecto a una Comisión local de concentración parcelaria; *Coilllte Teoranta* (37), en relación con un servicio de bosques; la citada *Mannesmann*, respecto a una imprenta pública del *Land* de Viena; *Agorà* (38), en relación con actividades relativas a la organización de ferias y exposiciones; *Truley* (39), respecto de las actividades mortuorias y de pompas fúnebres; *Korbonen* (40), relativa a una sociedad de fomento que contrataba servicios para la construcción de edificios destinados al uso de empresas privadas (41); y, en menor medida, *University of Cambridge* (42), en relación con actividades de tipo académico. Sin embargo, hasta el caso *Truley*, el TJCE no se había visto confrontado a la pertinencia de interpretar el concepto de necesidades de interés general. Aquí radica la importancia del caso, en la jurisprudencia en él sentada, aunque —a modo de valoración— la aportación fue limitada, como vamos a analizar a continuación.

(36) Vid. STJCE de 20.9.1998 (C-31/97, Rec., págs. 4635 y ss.).

(37) Vid. STJCE de 17.12.1998 (C-306/97, Rec., págs. I-8761 y ss.).

(38) Vid. STJCE de 10.5.2001 (asuntos acumulados C-223/99 y 260/99, Rec., págs. I-3605 y ss.).

(39) Vid. STJCE de 27.2.2003 (C-373/00, Rec., págs. I-621 y ss.).

(40) Vid. STJCE de 22.5.2003 (C-18/01, Rec., págs. I-920 y ss.).

(41) STJCE de 22.5.2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riita Korbonen Oy y otros contra Varikauden Taitotalo Oy* (C-18/01).

(42) Vid. STJCE de 3.10.2000 (C-380/98, Rec., págs. I-8035 y ss.).

En efecto, en la cuestión prejudicial planteada, el órgano jurisdiccional nacional solicitaba que se dilucidase si la interpretación de la expresión «necesidad de interés general» debía derivarse del ordenamiento jurídico nacional o si la mera existencia de una obligación legal de un ente público territorial era suficiente para considerar que se trataba de una necesidad de ese carácter (43). La cuestión no era pacífica entre las partes e incluso la Comisión Europea, en sus observaciones, consideró que el concepto de «necesidad de interés general» debía definirse «exclusivamente» sobre la base del Derecho nacional (44), basando su afirmación en las sentencias *Mannesmann* y *BFI Holding*. El TJCE, sin embargo, no lo entendió de esta manera, sino que consideró que dicho concepto es un concepto autónomo de Derecho comunitario (45). De esta forma, el TJCE no hace sino confirmar su reiterada jurisprudencia según la cual una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, para determinar su sentido y alcance, debe ser normalmente objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el conjunto del territorio de la Comunidad (46).

e) *Cuestión de fondo: la determinación de la noción de «necesidad de interés general», ¿ha de llevarse a cabo a nivel nacional o comunitario?*

a') *Enfrentamiento entre los partidarios de la «tesis nacional» y los de la «tesis comunitaria».*

Entra aquí en juego el complejo tema que enfrenta a los partidarios de las tesis nacionales y a los de las tesis comunitarias a la hora de interpretar y aplicar conceptos de naturaleza jurídica indeterminada como el que estamos tratando o, por ejemplo, el de servicio de interés económico general, concepto contenido en el artículo 86.2 del Tratado y cuya interpretación ha hecho correr auténticos ríos de tinta. De entre los múltiples enfoques que pueden hacerse de las cuestiones que se suscitan, destacaremos que a las dificultades de determinar el alcance y contenido de la noción se añade la complejidad de determinar la autoridad competente para apreciar si una actividad reviste esta naturaleza.

Este tema ha opuesto tradicionalmente a los partidarios de la denominada «tesis nacional» con los de la «tesis comunitaria», posicionamientos éstos (47) que han contribuido notablemente a avivar un intenso debate,

(43) Vid. STJCE *Truley*, apartado 18.

(44) Vid. *ibidem*, apartado 32.

(45) Vid. *ibidem*, apartado 45.

(46) Vid., a título de ejemplo, las SSTJCE de 18.1.1984, asunto *Ekro* (327/82, Rec., pág. 107), apartado 11, y de 19.9.2000, asunto *Linster* (C-287/98, Rec., pág. I-6917), apartado 43.

(47) A ellos se ha referido, entre otros, O. RAYMUNDIE, en *Gestion déléguée des services publics en France et en Europe*, Le Moniteur, París, 1995, pág. 180.

donde entra en juego el no menos debatido principio de subsidiariedad (48). Los primeros estiman que solamente las autoridades estatales pueden decidir sobre la existencia de un interés económico general en razón de opciones políticas, económicas y sociales nacionales implicadas en tal decisión (49). Los segundos defienden que una uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario impone una definición común (50).

De manera progresiva, los defensores de la tesis comunitaria, dentro de cuyos posicionamientos obviamente existen matices, se han ido convirtiendo en la tesis predominante a nivel doctrinal. La mayoría de los autores está de acuerdo en la conveniencia de un encuadramiento del alcance de la noción por el Derecho comunitario, aunque sin ir hasta la solución extrema de una sustitución pura y simple de la decisión de los Estados por las instituciones comunitarias (51).

Los defensores de la tesis comunitaria estiman que si bien la necesidad o el interés económico general deben, lógicamente, apreciarse a nivel nacional, las exigencias relativas al interés de la Comunidad intervienen como un límite que no debe ser transgredido (52). Así, para WAELBROECK, «el contenido de la noción de interés general puede variar según los Estados», a condición de que el Derecho comunitario le asigne «una esfera máxima de extensión» (53). VAN GEHUCHTEN estima que

(48) Vid. M.ª Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, «El principio de subsidiariedad en la dinámica de integración supranacional», en vol. col. *La integración hacia el siglo XXI. V Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur* (coords. A. MELLO PROENÇA y S. M. BIOCCA), Ed. EDUCAT, Pelotas, Brasil, 1996, págs. 474 y ss.

(49) Vid. R. DRAGO, «La notion d'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt général», Rapport au Colloque organisé par la Ligue internationale contra la concurrence déloyale, *La concurrence entre entreprises publiques et privées au sein du Marché commun*, Bruxelles, mars 1963, publicado en la «RDI», núm. 1, 1963, págs. 23 y ss. Vid. también DEWOST, quien afirma que «los Estados son libres de asignar a las empresas objetivos de interés general que son libres de definir, objetivos que son variables de un Estado a otro» («Service public et droit communautaire. Principes de base», en vol. col. *Europe, concurrence et service public*, Ed. Masson/Armand Colin [Centre Européen à Participation Publique], París, 1995, pág. 159); F. GAZIN, «La conception communautaire de l'intérêt général dans le cadre des services publics», Rapport au Colloque Cedece, 17-19 octobre 1996, *Services publics et Communauté européenne*, La Documentation Française, París, 1997, págs. 53 y ss.; J. Y. CHEROT, *L'article 90, paragraphe 2, du traité CE après les arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes du 23 octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité*, «Revue Française de Droit Administratif», núm. 1, janvier-février 1998, págs. 142-143.

(50) Vid. A. PAPPALARDO, «Régime de l'article 90 du Traité CEE: les aspects juridiques», en *L'entreprise publique et la concurrence*, Collège d'Europe, De Tempel, Bruges, 1969, págs. 100-101.

(51) Como ha manifestado VAN MIERT, «il ne me semble pas contestable que la notion de "missions d'intérêt économique général" (...) est une notion communautaire et non pas un simple renvoi aux différentes conceptions nationales. En tant que notion communautaire, elle doit être applicable partout dans l'Union européenne». Vid. *Les missions d'intérêt économique général et l'article 92.2 du Traité CE dans la politique de la Commission*, «Diritto dell'Economia», núm. 2, 1997, págs. 279-280.

(52) Vid. R. KOVAR, *Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, «Revue Trimestrielle de Droit Européen», núm. 2, 1996, pág. 233.

(53) Vid. *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, vol. 4, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1970, pág. 90. En el mismo sentido, vid. A. PAGE, *Member States, Public Undertakings and Article 90*, «European Law Review», vol. 7, 1982, págs. 29-20.

si bien la calificación de una actividad como de interés económico general corresponde a los Estados —dado que el interés destinado a ser protegido es un interés nacional que puede ser mejor identificado por ellos mismos—, resulta «juicioso en términos de seguridad jurídica que el Tribunal de Justicia pueda ir deduciendo poco a poco los contornos de esta noción a escala comunitaria, teniendo en cuenta en todo momento que el efecto útil (...) hace particularmente difícil toda definición unívoca» (54).

b') *Posicionamientos de las instituciones comunitarias ante esta cuestión: una actitud de prudencia y respeto ante les choix de société nacionales.*

Sin desconocer la necesidad de tener en cuenta la situación propia de cada Estado miembro, la Comisión ha reivindicado la competencia comunitaria sobre esta calificación (55). A título ilustrativo, y aunque refiriéndose a la noción de servicio de interés económico general, citaremos el asunto sobre el monopolio en el sector del gas en Francia a favor de la empresa pública *Gaz de France* (56), en relación al cual —en concreto, a la misión encomendada por el Poder público a esta empresa— la Comisión defendió la no aplicación del principio de subsidiariedad por considerar que «tratándose de una excepción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado —la libertad de circulación de mercancías—, la noción de servicio de interés económico general y todas las implicaciones que ella comporta debe ser objeto de una determinación comunitaria» (57).

(54) Vid. «La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l'article 90 du Traité CEE», en *Interventions publiques et Droit communautaire*, Pedone, París, 1988, págs. 112 y 131. El matiz que habría que añadir a esta consideración es que el Tribunal de Justicia ha de deducir estos contornos no tanto de la noción en sí misma considerada como de su aplicación a cada caso concreto.

(55) Respuesta a pregunta escrita, núm. 1197/81, «DOCE» C 43.

(56) Asunto resuelto por la sentencia de 23.10.1997 (C-159/94).

(57) Vid. el Informe de audiencia, pág. I-24. Planteando la tesis contraria, que ilustra sobre las tesis que defienden la definición nacional de estas misiones de interés económico general, podemos remitirnos a la argumentación de la parte francesa (demandada en el asunto), para la que «la determinación y el alcance de las misiones de interés económico general corresponden, en virtud del principio de subsidiariedad, a los Estados miembros y no podrían más que limitadamente ser definidas a nivel comunitario», consideración a la que, con matices, se añade la conveniencia de que «una base mínima comunitaria sea definida». Vid. el Informe de audiencia, cit., pág. I-27. LOMBART estima que es precisamente esta base mínima que el Derecho comunitario ha conformado —se refiere a la que puede deducirse del tenor literal del Tratado— la que deja a los Estados la posibilidad de completarlo. Vid. *La portée de l'arrêt au regard des monopoles d'importation et d'exportation de gaz naturel*, «Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz», núm. 540, février 1998, págs. 65-66.

c') *Sobre el papel a jugar por las instituciones comunitarias vía Derecho derivado.*

Conviene subrayar que la jurisprudencia comunitaria se ha mostrado en general respetuosa con *les choix de société* de los Estados miembros (58). Ahora bien, si es cierto que no se puede residenciar la solución del problema de la inexistencia de definición de determinadas nociones en sede jurisdiccional, también lo es que el contenido de la noción ha de determinarse —una vez claros los objetivos que se persiguen con la integración europea— a nivel comunitario. Resulta evidente que una cierta armonización de las reglas es necesaria para que la apertura a la competencia se realice en condiciones aceptables para los Estados miembros y los operadores de los mercados. Aceptadas estas premisas, la solución al problema podría estar en la concreción de estas misiones por las autoridades políticas comunitarias a través del Derecho derivado: el Consejo y/o (sobre todo, puesto que el Tratado es explícito) la Comisión y el Parlamento, participando los Estados en la fase ascendente de la elaboración de los textos. Está claro que los Estados han de tener un margen de apreciación en la definición de determinadas misiones que encomiendan a ciertas empresas, tras lo que se encuentran «objetivos propios de su política nacional» (59), pero dejar en manos exclusivas de los Estados la determinación de las misiones, quedando los órganos comunitarios como meros «vigilantes», supondría limitar de algún modo la construcción comunitaria. Sería limitar la actuación de las instituciones comunitarias a la vertiente negativa o patológica de la integración, sin poder —en aras de la realización de un mercado interior— fomentar la realización de las misiones comunitariamente establecidas —vertiente positiva de la integración—. Supondría abrir indiscriminadamente, al menos de momento, la puerta —ya de por sí no cerrada— a los temidos y no erradicados derechos especiales o exclusivos.

4. *El concepto de empresa pública. Requisitos.*

No nos parece oportuno terminar el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratación pública sin añadir que —en el marco de las entidades adjudicadoras— la Directiva entiende por «empresas públicas» aquellas empresas sobre las cuales los poderes adjudica-

(58) Citaremos, a título de ejemplo, la significativa jurisprudencia en relación a las legislaciones nacionales que limitaban la apertura de comercios los domingos —sentencia de 16.12.1992, en el asunto *Norwich City Council* (C-169/91)—: «el Tribunal ha reconocido que las legislaciones en causa perseguían un objetivo justificado en relación al Derecho comunitario. En efecto, (...) constituyen la expresión de ciertas opciones, vinculadas a las particularidades socioculturales nacionales o regionales. Corresponde a los Estados miembros efectuar estas opciones en el respeto de las exigencias del Derecho comunitario y, sobre todo, del principio de proporcionalidad».

(59) Vid. el apartado 56 de la sentencia de 23.10.1997 (asunto *Comisión contra República francesa*, C-159/94), pág. I-12.

dores puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en ellas o en virtud de las normas que las rigen.

Ahondando en esta idea, se considera que los poderes adjudicadores ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa cuando tengan la mayoría del capital suscrito en la empresa; o dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa (60).

5. *Vinculación normativa entre el ámbito objetivo y subjetivo. Especial consideración en torno al otorgamiento de derechos especiales o exclusivos.*

Por último y en el ámbito de los sectores excluidos, el legislador comunitario se cuida de vincular el ámbito objetivo o material, que hemos expuesto en líneas pasadas y que aparece comprendido en los artículos 3 a 7, al ámbito subjetivo que estamos analizando: la Directiva se aplica a las entidades adjudicadoras que sean poderes adjudicadores o empresas públicas y realicen alguna de las actividades comprendidas en los artículos 3 a 7 y —aquí viene un matiz importante—, sin ser poderes adjudicadores ni

(60) Sobre la noción comunitaria de empresa pública, vid., entre otros, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *La influencia de la forma jurídica en el concepto de empresa pública*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 42, 1988, págs. 163 y ss.; A. BERCOVITZ, «Normas sobre competencia del Tratado de la CEE», en vol. col. *Tratado de Derecho comunitario europeo (estudio sistemático desde el Derecho español)* (dirs. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO), vol. II, Civitas, Madrid, 1986, págs. 433 y ss.; J. C. LAGUNA DE PAZ, *La empresa pública en el Derecho comunitario europeo*, «Revista de Derecho Administrativo» (Buenos Aires), núm. 14, 1993, págs. 613-626; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, «Revista di Diritto Commerciale», núms. 3-4, 1993, pág. 277; N. RANGOTE, *Les limitations du pouvoir des États membres à la création des monopoles de service public*, «Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario», núm. 2, 1994, págs. 355 y ss.; J. C. LAGUNA DE PAZ, «La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades», en vol. col. *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel CLAVERO AREVALO*, Instituto García Oviedo y Civitas, Madrid, 1994, págs. 1191 y ss.; J. L. PIÑAR MAÑAS, *Privatización de empresas públicas y Derecho comunitario*, en el núm. 133 de esta REVISTA, 1994, págs. 37 y ss.; M. BAZEX, *L'appréhension des services publics par le droit communautaire*, «Revue Française de Droit Administratif», núm. 2, mars-avril 1995, págs. 295-296; H. CHAVRIER, E. HONORAT y G. DE BERGES, *Actualité de Droit communautaire*, «Actualité Juridique-Droit Administratif», núm. 4, avril 1996, págs. 285 y ss.; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Empresas públicas», en vol. col. *Diccionario de términos comunitarios* (coord. P. BIGLINO CAMPOS), McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 170-175; G. PERICU y M. CAFAGNO, «Impresa pubblica», en vol. col. *Trattato di diritto amministrativo europeo* (dirs. M. P. CHITI y M. GRECO), tomo II, Giuffrè, Milano, 1997, págs. 760 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 147 y ss.; A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *La definición comunitaria europea de organismo público. Comentario a la sentencia del TJCE de 15 de enero de 1998*, «Aranzadi-Administrativo», núm. 2, abril 1998, págs. 1-6; M. A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, *Banca pública y mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*, INAP, Madrid, 2000, págs. 133 y ss.

empresas públicas, ejerzan entre sus actividades alguna de las contempladas en los artículos 3 a 7, o varias de estas actividades, y tengan derechos especiales o exclusivos (61) concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro, entendiéndose por tales los concedidos en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o a más entidades el ejercicio de una actividad contemplada en los artículos 3 a 7 y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades para ejercer dicha actividad.

Dicha definición tiene como consecuencia el hecho de que, con el fin de construir las redes o las instalaciones portuarias o aeroportuarias, una entidad pueda recurrir a un procedimiento de expropiación, o utilizar el suelo o el subsuelo y el espacio sobre la vía pública, para instalar los equipos de las redes sin que ello constituya un derecho especial o exclusivo a efectos de la Directiva de sectores excluidos. La circunstancia de que una entidad suministre agua potable, electricidad, gas o calefacción a una red que, a su vez, sea explotada por una entidad que goce de derechos especiales o exclusivos otorgados por una autoridad competente de un Estado miembro tampoco constituye, en sí mismo, un derecho especial o exclusivo a efectos de la Directiva. Del mismo modo, los derechos que un Estado miembro reconozca, de cualquier forma, incluso mediante actos de concesión, a un número limitado de empresas basándose en criterios objetivos, proporcionados y no discriminatorios, que ofrezcan a todos los interesados que puedan cumplirlos la posibilidad de beneficiarse de éstos, no debe considerarse tampoco como otorgamiento de derechos especiales o exclusivos (62).

IV. CONCEPTO Y CATEGORIZACIÓN DE LOS CONTRATOS COMPRENDIDOS POR LAS DIRECTIVAS

En lo que respecta a la Directiva 2004/17/CE, sobre sectores excluidos, a pesar de tratarse de una Directiva «especial», en cuanto a los sec-

(61) Vid. M. WAELBROECK y A. FRIGNANI, *Derecho europeo de la competencia*, tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 378 y ss.; C. BELLAMY y G. CHILD, *European Community Law of Competition*, 5.ª ed., Ed. Sweet and Maxwell, London, 2001, págs. 1001 y ss.; S. BISHOP y M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Ed. Sweet and Maxwell, London, 2002, págs. 82 y ss., y A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pág. 556.

(62) Vid. el Considerando 25 de la Directiva. Vid. también el artículo 3 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31.3.2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y servicios: «cuando un poder adjudicador otorgue derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a una entidad distinta de dicho poder adjudicador, el acto por el cual se otorgue dicho derecho impondrá a la entidad en cuestión, en los contratos de suministro que adjudique a terceros en el marco de esa actividad, la obligación de respetar el principio de no discriminación por razones de nacionalidad», y el artículo 18 del mismo texto, que se refiere —como contratos excluidos— a los contratos de servicios adjudicados en virtud de un derecho exclusivo.

tores y actividades a los que afecta, y no general (el mismo día se publicó la citada Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31.3.2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y servicios), la Directiva comprende contratos de obra, suministro y servicios. Sobre este tema ha jugado un papel decisivo la jurisprudencia del TJCE. Así, y aunque actualmente la vigente Directiva no comprenda el sector de las telecomunicaciones, hemos de citar a título gráfico una célebre sentencia a partir de la cual —además de en otros célebres casos— se extrae la delimitación que ha hecho el TJCE de los contratos públicos en los sectores excluidos. Podemos citar el caso *Telaustria* (63), en el que —al hilo de una cuestión prejudicial— el supuesto de hecho era el siguiente: una empresa (*Telekom Austria*), a la que la legislación de un Estado miembro había confiado específicamente la explotación de un servicio de telecomunicaciones y cuyo capital social pertenecía en su totalidad a los Poderes públicos de dicho Estado miembro, celebró un contrato con una empresa privada (*Herold*), encargando la primera a la segunda la elaboración y publicación de repertorios de abonados de teléfono, impresos y en formato electrónico («guías telefónicas»), con vistas a su distribución pública».

En este caso, para determinar si procedía la aplicación de la Directiva general de servicios o la Directiva de sectores excluidos, por constituir el ámbito objetivo el sector de las telecomunicaciones, el TJCE aplica el principio según el cual la norma especial deroga la norma general; en concreto: «(...) cuando un contrato está contemplado en la Directiva 93/38, que regula un sector específico de los servicios, las disposiciones de la Directiva 92/50, destinadas a aplicarse a los servicios en general, no son aplicables» (64).

En consecuencia, en la interpretación de las modalidades contractuales de la Directiva en materia de sectores excluidos se aplica, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, la misma casuística que en las Directivas generales (65). Conviene, sin embargo, tener en cuenta que, a diferencia de la regulación de la Directiva general sobre contrato de obras, la Directiva sobre sectores excluidos no se aplica a ningún tipo de concesión. El propio Tribunal lo ha explicitado también en la citada sentencia *Telaustria*, remitiéndose a los trabajos que en su día preparaban la actual Directiva de sectores excluidos, y así se ha materializado en las re-

(63) STJCE de 7.12.2000, *Telaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH contra Telekom Austria AG*, con intervención de *Herold Business Data AG* (C-324/98, Rec., 2000, págs. I-10745 y ss.)

(64) Vid. el apartado 33 de la sentencia *Telaustria*.

(65) Vid. J. L. PIÑAR MAÑAS y J. M. HERNÁNDEZ CORCHETE, «El contrato de obras en el ámbito de los sectores excluidos», págs. 103 y ss.; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «El contrato de suministro en los sectores excluidos», págs. 137 y ss.; J. BERMEJO VERA, «Los contratos de servicios en los sectores excluidos», págs. 161 y ss., todos estos trabajos en vol. col. *La contratación pública en los llamados sectores excluidos (agua, energía, transportes, telecomunicaciones)*, Ed. Civitas, Madrid, 1997. Vid. también D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión Europea*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 79.

cientes Directivas. Veamos a continuación cómo ha quedado regulado este importante tema.

V. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LAS CONCESIONES DE OBRAS O DE SERVICIOS

A) *Punto de partida: la exclusión de las concesiones de obras y servicios de la Directiva 2004/17/CE*

La Directiva sobre sectores excluidos excluye expresamente de su aplicación a las concesiones de obras o de servicios que sean adjudicadas por las entidades adjudicadoras que ejerzan una o varias actividades contempladas en los artículos 3 a 7, cuando estas concesiones se adjudiquen para desarrollar dichas actividades (art. 18).

Conviene, por tanto, precisar que la única regulación expresa de las concesiones se recoge en la Directiva general del contrato público de obras. Esta regulación comunitaria venía reforzada por la Declaración del Consejo acerca de los procedimientos que han de seguirse en materia de concesión de obras, en la que se consideran aplicables las normas de publicidad relativas al contrato público de obras.

También la Comisión Europea se ha pronunciado en la materia, en concreto en una Comunicación del 2000 en la que esta instancia comunitaria apunta la siguiente definición de concesión: «(...) aquellos actos imputables al Estado por los que una autoridad pública confía a un tercero —ya sea mediante un acto contractual o mediante un acto unilateral con el consentimiento del tercero— la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación. La presente Comunicación sólo afecta a estos servicios si se pueden interpretar como prestación de actividades económicas según lo dispuesto en los artículos 43 a 55 del Tratado» (66).

B) *La jurisprudencia sentada en el asunto BFI Holding*

Uno de los elementos esenciales del concepto de concesión radica, por tanto, en la asunción del riesgo de explotación. El propio TJCE lo puso de manifiesto en la sentencia *BFI Holding*. En este caso, tanto las alegaciones de Francia como las propias conclusiones del Abogado General La Pergola sostenían que los contratos celebrados entre los municipios holandeses y sus empresas para la recogida de residuos domésticos e industriales debían ser calificados como concesiones y, por tanto, no se les aplicaba la Directiva relativa a los contratos de servicios. Sin embargo, el TJCE se opuso en los siguientes términos: «A este respecto, sin que sea necesario interpre-

(66) Vid. la Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario («DOCE» C 121, de 29.4.2000), págs. 5 y ss.

tar el concepto de concesión de servicio público, que no es objeto de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional, basta con señalar que de la información aportada por los municipios, en respuesta a una cuestión formulada por el Tribunal de Justicia, y en especial de los artículos 8 y 9 del acuerdo marco celebrado entre el municipio de Rheden y ARA, así como del artículo 7 del acuerdo de prestación de servicios, relativo a la recogida de basuras domésticas celebrado entre las mismas partes, se desprende que la retribución pagada a ARA consiste únicamente en un precio y no en el derecho de explotación del servicio».

Al hilo de lo expuesto (normativa actual e interpretación jurisprudencial anterior a la Directiva objeto del presente estudio), reiteramos la sumisión de las concesiones al régimen de la Directiva general relativa al contrato público de obras. En relación a ello, lo que ha hecho en particular la Comisión Europea es distinguir, por un lado, entre contrato de obra y concesión de obra y, posteriormente, se ha referido en la citada Comunicación del 2000 a las cuestiones relativas a la elección del concesionario, a los contratos celebrados por el concesionario y a las normas aplicables a los recursos (67).

De acuerdo con la definición que deriva de la Directiva sobre contrato de obras, la Comisión concluye que «(...) la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio» (68).

C) *Sumisión del contrato de obras a la Directiva 2004/18/CE*

Sobre el régimen comunitario europeo de las concesiones de obras conviene subrayar que la Directiva sólo se aplica a las concesiones que superen un umbral; en concreto, el artículo 56 de la Directiva 2004/18/CE citada señala que las normas sobre concesiones de obras públicas sólo se aplicarán a todos los contratos celebrados por los poderes adjudicadores cuando el valor de dichos contratos sea igual o superior a 6.242.000 euros (69), quedando el resto sometido sólo a las normas y principios del Tratado. Así, el referido título de la Directiva no se aplica a las concesiones de obras públicas que se adjudiquen para los contratos públicos de obras en los casos de: a) contratos públicos cuyo objeto principal sea permitir a los poderes adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de tele-

(67) Vid. los apartados 2.1 y 3.2 de la citada Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario («DOCE» C 121, de 29.4.2000).

(68) Poner la definición de concesión que se hace en la Directiva de obras de 2004.

(69) Este valor se calculará según las normas aplicables a los contratos de obras públicas definidos en el artículo 9 del mismo texto, que comprende la rúbrica *Método para calcular el valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición*.

comunicaciones; b) contratos públicos cuando sean declarados secretos o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas especiales de seguridad de acuerdo con las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas vigentes en el Estado miembro de que se trate, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de dicho Estado miembro, o c) cuando se trate de contratos adjudicados en virtud de normas internacionales (vid. el art. 15). Tampoco se aplican las normas sobre concesiones de obras públicas que sean adjudicadas por poderes que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los mencionados artículos 3 a 7 de la Directiva 2004/17/CE, cuando estas concesiones se adjudiquen para desarrollar dichas actividades.

En la fase preliminar de elección del concesionario, la Comisión recuerda la importancia de la publicidad en el «Diario Oficial» y la transparencia (art. 58 de la Directiva 2004/18/CE, *Publicación del anuncio de concesión de obras públicas*). En cambio, por lo que se refiere al procedimiento de adjudicación, el poder adjudicador es libre de elegir el procedimiento correspondiente y, en particular, el procedimiento negociado.

Para los demás tipos de concesiones, en especial la de servicios en los sectores generales y todo tipo de concesiones, incluidas las de obras, en los sectores especiales, la Comisión Europea consideró que no están sometidas al régimen de las respectivas Directivas. Por tanto y aparte de las concesiones de obras en los sectores generales y que sobrepasen el umbral de euros citado, el régimen comunitario de las demás concesiones, a juicio de la Comisión Europea, es el siguiente: «(...) como todo acto del Estado por el que se fijen las condiciones que debe cumplir una prestación de actividades económicas, las concesiones están sujetas a las disposiciones de los artículos 28 a 30 y 43 a 55 del TCE, así como a los principios sentados por la jurisprudencia del TJCE. Se trata, en particular, de los principios de no discriminación, igualdad de trato, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad» (70).

D) *Confirmación de la jurisprudencia en el asunto Telaustria*

Conviene precisar que la interpretación de la Comisión Europea fue corroborada por el TJCE en la citada sentencia *Telaustria*. En esta sentencia, posterior a la Comunicación de la Comisión, el Tribunal confirma que las concesiones de obras sólo están reguladas expresamente por la Directiva relativa a los contratos de obras en los sectores generales. En cambio, ni la Directiva relativa a los contratos públicos de servicios en los sectores generales ni la Directiva en los sectores excluidos contienen una regulación de las concesiones de servicios en cualquier ámbito ni tampoco del contrato de obras en los sectores excluidos.

Así, por ejemplo, en el caso de la concesión de servicio público, el TJCE explica que si bien la Comisión Europea propuso su regulación, finalmen-

(70) Vid. el apartado 3, párrafo 2.º, de la Comunicación de la Comisión.

te, el Consejo, al adoptar la Directiva relativa a este tipo de contratos en los sectores generales, no la incluyó en su redacción definitiva ni en la primera Directiva que reguló los contratos públicos en los sectores excluidos (71).

Por lo que se refiere a las concesiones de obras en los sectores excluidos, también ilustra el TJCE en la sentencia *Telaustria* sobre la distinta evolución de los sectores generales y los excluidos (72). Dado que a tales concesiones de servicios en todos los sectores o de obras en los sectores especiales no se les aplican las Directivas sobre contratos públicos, el TJCE no deja de subrayar la obligatoriedad de las disposiciones del TCE en los términos siguientes: «... pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad».

En efecto, tal como declaró el TJCE en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia y 3-S* (C-275/98, Rec., pág. I-8291), apartado 31, dicho principio implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que el mencionado precepto es respetado.

La obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (73).

E) *Valoración general: en torno a la regulación comunitaria actual en materia de concesiones*

¿Cómo ha quedado regulado el tema en las actuales Directivas? Si hubiera podido conciliarse mejor el conflicto potencial entre la legislación sobre la contratación pública y la creciente promoción de la cooperación entre el sector público y privado (74), las Directivas, tanto la «general» como la de «sectores excluidos», han mantenido la regulación existente en la materia. Se mantiene la jurisprudencia establecida en el célebre caso *Telaustria*: tales contratos de concesiones de obras se mantienen excluidos del campo de aplicación de la «Directiva 93/38», concluyendo que las entidades adjudicadoras están, sin embargo, sujetas al respeto de las reglas fundamentales del Tratado en general y al principio de no discriminación en particular. «Esta obligación de transparencia que incumbe al poder adjudicador consiste en garantizar, a favor de todo adjudicatario potencial, un

(71) Apartados 49 a 51 de la sentencia *Telaustria*.

(72) Vid. P. BLANCHARD, *Competition and modern concessive clause projects*, «International Business Law Journal», núm. 4, 2003, págs. 383 y ss.

(73) Apartados 60 a 62 de la sentencia *Telaustria*.

(74) S. ARROWSMITH, *Public private partnerships and the European procurement rules: EU policies in conflict?*, «Common Market Law Review», núm. 37, 2000, págs. 709-737.

grado de publicidad adecuado que permita una apertura del contrato de servicios a la competencia así como el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación» (75).

Retomando esta jurisprudencia, la Comisión Europea recordó, el 17 de noviembre de 2002, en un aviso motivado dirigido al Estado francés que la transparencia, principio fundamental al que se deben adaptarse los compradores para la adjudicación de los contratos, queda asegurada por un «grado de publicidad adecuado», el cual debe permitir «una apertura del contrato de servicios a la competencia así como el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación»

Sobre este punto, el Parlamento Europeo pretendió introducir una disposición que impusiera el respeto de los principios fundamentales del encargo público de todos los contratos, incluso de aquellos de un montante inferior a los de los umbrales comunitarios. Este artículo planteaba que la obligación de transparencia consistía en garantizar «a todo adjudicatario potencial un nivel suficiente de publicidad (...). Para definir los procedimientos adaptados para garantizar el respeto de esta obligación, los Estados miembros han de referirse a las disposiciones pertinentes de la presente Directiva». Sin embargo, acto seguido a las negociaciones con la Comisión y el Consejo, la proposición del Parlamento no fue objeto de un artículo, sino de un considerando. Así, señala el Considerando segundo de la Directiva general: «la adjudicación (...) está supeditada a los principios del Tratado y, en particular, a los principios de libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como a los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia».

La consecuencia de lo expuesto es que los contratos celebrados por debajo de los umbrales de puesta en competencia comunitaria no tienen que respetar las disposiciones de las Directivas, especialmente en lo relativo a la publicidad. De esta manera, como lo subraya A. TESSIER, «el Consejo no ha querido en los considerandos y todavía mucho menos en los artículos, ajustarse al método de aplicación de la jurisprudencia *Telaustria*» (76).

Conviene sobre este punto, sin embargo, ser particularmente prudente, sobre todo en lo que concierne a los contratos de prestación de servicios. En efecto, para estos últimos, la ausencia de previa publicidad nos parece contraria a la jurisprudencia precitada.

(75) Vid. Note de L. RICHER en relación al asunto *Telaustria* (C-324/98), «Actualité Juridique-Droit Administratif», 2001, pág. 106.

(76) Vid. *La refonte des directives communautaires sur la coordination des procédures de passation des marchés publics*, «Bulletin Juridique des Contrats Publics», núm. 27, 2003, pág. 92.

VI. PRINCIPALES APORTACIONES DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

A) *La fijación de criterios relativos a la valoración de ofertas*

Un aspecto importante es el relativo a la valoración de las ofertas. En concreto, el artículo 53 de la Directiva de sectores generales o «clásicos» (art. 55 para la Directiva de sectores «excluidos») —de aplicación general— sí integra la jurisprudencia en la materia. En efecto, prevé que los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán: *a)* bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económica más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega y ejecución; *b)* o bien, solamente, el precio más bajo.

Las instituciones comunitarias reconocen así normativamente la posibilidad de atribuir un contrato público sobre la base de consideraciones medioambientales. En consecuencia, como lo sostenía el juez comunitario, el acto de compra no debe ser concebido como un simple acto económico, sino como un acto de interés general (77). En efecto, en su sentencia de 17.9.2002 —*Concordia Bus*, asunto C-513/99 (78)— recordó que los criterios de atribución de un contrato público no están enumerados de manera limitativa en las Directivas. Precisó a continuación que dichos criterios no son de naturaleza necesariamente económica. Asimismo, en su sentencia de 4.12.2003 —*EVN AG*, C-448/01 (79)—, el TJCE precisó que la puesta en práctica de estos criterios no económicos debe hacerse respetando los principios de igualdad de tratamiento, de transparencia y de objetividad del procedimiento. En este sentido, como precisa F. LINDITCH, «incluso si el Tribunal reafirma una concepción amplia de la oferta económicamente más ventajosa, no conviene deducir de ello que utilizando criterios desconectados de razonamiento económico, a corto término los poderes adjudicadores estarán autorizados a obrar como lo consideren oportuno». Esto implica para los poderes adjudicadores la necesidad de instituir modalidades de control destinadas a verificar que las preocupaciones medioambientales son bien respetadas. Ahora bien, en el asunto *EVN AG* precitado, «el adjudicador había impuesto un criterio de atribución indicando que no es-

(77) Sobre el alcance de esta noción en la jurisprudencia comunitaria nos remitimos al estudio llevado a cabo en líneas pasadas.

(78) Vid. el comentario de D. BLAISE, «Actualité Juridique-Droit Administratif», 2003, pág. 433.

(79) Vid. el comentario de T. GLIOZZO. Vid. también F. LINDITCH, *Environnement et marchés publics, une relation contra nature?*, «Jurisclasseur Périodique (Semaine Juridique)», núms. 11-12, mars 2004, pág. 367.

taba en disposición de verificar la exactitud de las informaciones suministradas por los adjudicatarios».

Sobre este punto conviene subrayar que si las instituciones comunitarias han evidenciado el valor las preocupaciones medioambientales, han tenido mucho menos en consideración las preocupaciones sociales, y esto contrariamente a los desarrollos jurisprudenciales (80). En efecto, no se hace mención de éstas más que en el Considerando 46 de la Directiva de sectores generales (Considerando 55 de la Directiva de sectores excluidos). En él se precisa que «a fin de garantizar la igualdad de trato, los criterios para la adjudicación del contrato deben hacer posible la comparación y evaluación objetiva de las ofertas. Si se cumplen dichas condiciones, los criterios económicos y cualitativos para la adjudicación del contrato, como la satisfacción de los requisitos medioambientales, permitirán que la entidad adjudicadora satisfaga las necesidades del público afectado, tal como se manifiesta en las especificaciones del contrato. Bajo las mismas condiciones, una entidad adjudicadora podrá utilizar criterios orientados a satisfacer los requisitos sociales, en particular en respuesta a las necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, de los grupos de población desfavorecidos a los cuales pertenecen los beneficiarios/usuarios de las obras, suministros o los servicios objeto del contrato». Por lo demás, las consideraciones sociales pueden ser tenidas en cuenta en el marco de ejecución del contrato (art. 26) y en el marco de los contratos reservados (art. 19).

B) *Reglas aplicables a la selección de candidaturas*

El nuevo texto precisa también las reglas aplicables en materia de selección de candidaturas (81). Así, el artículo 44 reconoce la posibilidad a los poderes adjudicadores de exigir niveles mínimos de capacidad de parte de los candidatos cuando éstos están ligados y proporcionados al objeto del contrato (82).

Permite igualmente restringir el número de candidatos. En efecto, en los procedimientos restringidos, negociados con publicidad y con un diálogo competitivo, los poderes adjudicadores podrán fijar un número mínimo (cinco para el restringido, tres para los otros) a condición de que un número suficiente de candidatos apropiados esté disponible [vid. la sentencia *Alcatel Austria*, de 28.10.1999 (C-81/98), «Bulletin Juridique des Contrats Publics», janvier 2000].

(80) Vid. la ya citada STJCE de 20.9.1988, asunto *Gebroeders Beentjes BV* (C-31/97).

(81) Vid. el artículo 45, relativo a las exclusiones, y el artículo 47 (capacidad económica y financiera) y el artículo 48 (capacidades técnicas y/o profesionales) de la Directiva de sectores generales. En este sentido, conviene subrayar que las instituciones comunitarias han tomado en consideración la jurisprudencia *Host Italia*, de 12.2.1999 (C-176/98), según la cual una agrupación de empresas puede hacer valer las capacidades de los miembros de la agrupación o de otras entidades.

(82) Vid. la ya citada STJCE de 20.9.1988, asunto *Gebroeders Beentjes BV* (C-31/97).

C) *La inclusión de las denominadas «centrales de compra»*

Las Directivas han incluido las «centrales de compra» en la lista de poderes adjudicadores, considerándolas como un poder adjudicador que adquiere suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores, o adjudica contratos públicos o celebra acuerdos marco de obras, suministro o servicios destinados a poderes adjudicadores. Sobre este punto conviene precisar que la Directiva sobre sectores generales, en su artículo 11, prevé que «los Estados miembros podrán establecer que los poderes adjudicadores adquieran suministros y/o servicios por medio de centrales de compras. Se considerará que los poderes adjudicadores que adquieran obras, suministros o servicios por medio de una central de compras (...) han respetado las disposiciones de la presente Directiva, siempre que la central de compras respete dichas disposiciones» (83). Este artículo es conforme a la jurisprudencia *Scala de Milán* (STJCE de 7.12.2001, C-399/98) (84).

D) *La inclusión de nuevos procedimientos de adjudicación*

Tal y como venían demandando los operadores en los mercados, las nuevas Directivas flexibilizan ciertos procedimientos considerados demasiado rígidos, poniendo en práctica nuevos procedimientos e introduciendo tecnologías de la información y de la comunicación en las compras (85). Veamos cuáles sean éstos.

1. *El denominado «diálogo competitivo».*

Estas nuevas previsiones normativas implican que, junto con los procedimientos abierto, restringido o negociado, cohabitará el llamado diálogo competitivo. En el caso de contratos particularmente complejos, los Estados miembros podrán estipular que cuando el poder adjudicador considere que el uso de los procedimientos abierto o restringido no permite la adjudicación del contrato, dicho poder adjudicador podrá hacer uso del diálogo competitivo. En resumen, los poderes adjudicadores podrán utilizarlo cuando estimen que el recurso a los procedimientos abierto o restringido va a garantizar la adjudicación del contrato. No deben estar en posición o medida de definir los medios técnicos que pueden responder a sus necesidades o de establecer el montaje jurídico y financiero del proyecto objeto del contrato. Particularmente adaptado a contratos complejos, este

(83) Se refiere el precepto al apartado 10 del artículo 1, al que nos hemos referido y por el que se define una «central de compras» como poder adjudicador.

(84) Vid. el comentario de J. M. BELORGEY, S. GERVASONI y C. LAMBERT, «Actualité Juridique-Droit Administratif», 2001, pág. 941.

(85) Vid. el *Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, págs. 46 y ss.

procedimiento permite negociar con los candidatos seleccionados sobre todos los aspectos del contrato, respetando en todo momento los principios del encargo público y, sobre todo, los relativos a la igualdad de trato y a la confidencialidad. En efecto, el artículo 29 de la Directiva de sectores generales señala que «durante el diálogo, los poderes adjudicadores darán un trato igual a todos los licitadores. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto. Los poderes adjudicadores no podrán revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste».

Este procedimiento presenta la particularidad de permitir a los poderes adjudicadores —si éstos lo han previsto en el aviso del contrato— reducir progresivamente el número de soluciones a discutir y el número de candidatos. Resulta en todo caso evidente que la eliminación progresiva de candidatos debe hacerse respetando los criterios de atribución indicados en el aviso del contrato.

2. *Los denominados «acuerdos marco».*

Por otra parte, la adjudicación puede llevarse a cabo a través de los «acuerdos marco», definidos como «un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un periodo determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas» (apartado 5 del art. 1 de la Directiva general). En otros términos, permite seleccionar empresas con las cuales durante la duración del acuerdo —que no puede superar cuatro años, salvo en los casos excepcionales debidamente justificados, sobre todo por el objeto del acuerdo marco— es posible concluir directamente contratos. Estos acuerdos marco, particularmente apropiados para las compras repetitivas, pueden ser atribuidos a una sola empresa, en cuyo caso los contratos le son atribuidos según los términos del acuerdo, con la posibilidad, en todo caso, para el poder adjudicador de solicitarle completar su oferta (punto que, dada la imprecisión, nos parece fuente de dificultades interpretativas para los compradores). En las otras hipótesis (conclusión del acuerdo con otras empresas, las cuales deben al menos ser tres) los contratos son adjudicados ya sea sin poner en marcha el procedimiento competitivo previsto —cuando los términos del acuerdo son precisos—, ya sea con puesta en marcha de competencia. En este último caso, el poder adjudicador deberá tener en cuenta que los operadores sean capaces de realizar el objeto del contrato por escrito. Después, tras haber dejado un plazo suficiente para presentar las ofertas, atribuirá el contrato al que haya presentado la oferta más ventajosa.

A modo de valoración, conviene subrayar que, con el fin de evitar todo error de interpretación, el texto debería haber precisado que los acuerdos

marco implican para las empresas seleccionadas una exclusividad durante toda su duración.

3. *La potenciación del uso de nuevas tecnologías de información y comunicación.*

Por otra parte, las instituciones comunitarias han tratado de motivar a los potenciales compradores al uso de las tecnologías de información y comunicación. Así, los Considerandos 12 y 13 de la Directiva 2004/18/CE precisan que la utilización de las firmas electrónicas, y sobre todo de la firma electrónica avanzada, debería, en la medida de lo posible, ser fomentada. Estos Considerandos deben leerse en combinación con el artículo 42.5.b), que indica que «(...) los Estados miembros podrán exigir que las ofertas transmitidas por vía electrónica vayan acompañadas de una firma electrónica avanzada (...)». En el mismo sentido, el artículo 42 de la Directiva de sectores clásicos (art. 48 de la de sectores excluidos) generaliza su utilización, permitiendo al poder adjudicador elegir los medios que va a utilizar a lo largo de todo el procedimiento: correo, telecopiadora, medios electrónicos, teléfono con conformación escrita en ciertos casos (para las demandas de participación). En consecuencia, en cuanto no sean discriminatorios, es decir, que se pongan corrientemente a disposición del público y resulten compatibles con las tecnologías generalmente utilizadas, estos medios podrán ser elegidos por los poderes adjudicadores (86).

El uso de estas técnicas permitirá reducir el plazo de publicación y de recepción de las ofertas. En este sentido, el artículo 38 de la Directiva de sectores generales señala que el plazo de recepción de las ofertas puede ser reducido a siete días. Las mismas disposiciones existen en la Directiva de sectores excluidos (87).

4. *El reconocimiento del tradicional sistema de subasta pública.*

Las instituciones comunitarias han reconocido también el sistema de subastas para todos los contratos (obras, suministros o servicios), en cuanto sus especificaciones pueden ser establecidas de manera precisa. Esto implica que los aspectos de las ofertas que implican la apreciación de elementos no cuantificables no deberían ser objeto de subastas electrónicas, tal y como es el caso de ciertos contratos de obras y de servicios relativos a prestaciones intelectuales, como la concepción de una obra. Se excluyen, por tanto, de este procedimiento el diálogo competitivo y los procedimientos negociados (salvo el caso del procedimiento negociado con publicidad en caso de ausencia de ofertas).

(86) Sobre este punto conviene referirse al anexo X, que tiene por objeto referirse a las «exigencias relativas a los dispositivos de recepción electrónica de las ofertas, de las demandas de participación o de los planes y proyectos en los concursos».

(87) Vid., entre otros, los artículos 1.2, 14 y 40.3 de la referida Directiva.

El procedimiento de subasta puede tener en cuenta sólo el criterio del precio o el precio y «los valores de los elementos de las ofertas indicados en el pliego de cargos». En otros términos, la competición entre las empresas no se producirá solamente en base al precio, sino igualmente en base a los otros criterios elegidos por el poder adjudicador, si éste atribuye el contrato a la oferta más ventajosa (88).

5. *El denominado «sistema dinámico de adquisición».*

Por último, hemos de destacar que las Directivas ponen en juego el sistema dinámico de adquisición, proceso de adquisición enteramente electrónico para las compras de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones. Este procedimiento permite la preselección de las empresas a las que serán adjudicadas los contratos durante cuatro años (salvo en los casos excepcionales debidamente justificados). La puesta en práctica de este sistema implica la creación de una lista de adjudicatarios que son automáticamente «invitados» a presentar una oferta definitiva siempre que se abre un contrato a la competencia. Este procedimiento supone la puesta a disposición por vía electrónica de un pliego de condiciones relativo a la naturaleza de las adquisiciones previstas que formen parte del sistema, así como toda la información necesaria relativa al sistema de adquisición, el equipo electrónico utilizado y los arreglos y especificaciones técnicas de conexión (89).

Sin entrar en mayores precisiones que harían pesada la exposición, a modo de valoración, conviene precisar que si este procedimiento es interesante desde el punto de vista de la dinamización de las compras, sobre todo por la posibilidad abierta de mejorar la oferta en todo momento y por la utilización de medios electrónicos, su puesta en práctica puede manifestarse delicada, lo que hace poner en riesgo y desincentivar a los compradores (90).

E) *Reflexiones críticas sobre la nueva normativa comunitaria relativa a la contratación pública*

Terminaremos el presente epígrafe con unas sucintas críticas en torno a la nueva normativa. En primer lugar, nos vamos a referir a «las varian-

(88) Sobre este punto hay que tener en cuenta el artículo 54.3 de la Directiva sobre sectores generales, que prevé las menciones a insertar en el pliego de condiciones, tales como «los elementos a cuyos valores se refiere la subasta electrónica, siempre que sean cuantificables y puedan ser expresados en cifras o porcentajes; los límites de los valores que podrán presentarse, tal como resultan del objeto del contrato», etc. En materia de sectores excluidos, vid. el artículo 56.

(89) Vid. artículos 33.3.b) de la Directiva 2004/18/CE y 15 de la Directiva 2004/17/CE.

(90) Vid. S. PIGNON, *Les nouvelles...*, cit., pág. 1415.

tes». En torno a ellas, el artículo 24 de la Directiva general prevé que «cuando el criterio de adjudicación del contrato sea el de la oferta económicamente más ventajosa, los poderes adjudicadores podrán autorizar a los licitadores a presentar variantes. Éstos indicarán en el anuncio de licitación si autorizan o no autorizan las variantes; en caso de que falte dicha mención, las variantes no estarán autorizadas».

Esta consideración que se hace eco de los debates sobre el carácter peligroso de las variantes nos parece, por lo menos, poco acertada. En efecto, las variantes presentan la ventaja de no fijar los proyectos al estadio de la presentación de ofertas y de permitir a los candidatos hacer prueba de un espíritu de innovación. Como corroboración a lo dicho, conviene subrayar que el artículo 36 de la Directiva sobre sectores excluidos no precisa las consecuencias de la ausencia de mención en el aviso de publicidad, lo que puede añadir confusión en la materia. En efecto, se indica solamente que «las entidades adjudicatarias pueden tomar en consideración las variantes presentadas por los adjudicatarios». Esta laguna puede presentar inconvenientes para las entidades adjudicatarias y para las empresas en la medida en que ninguna regla se ha fijado en la materia.

Otra de las críticas que queríamos señalar en torno a la nueva normativa se refiere a los criterios de valoración de las ofertas. Se puede llegar a pensar que la posición de las instituciones comunitarias sobre las preocupaciones sociales pueda condicionar a los poderes adjudicadores en sus elecciones a los únicos criterios mencionados en las Directivas (91).

Por último y de manera general, ciertas nociones, debido a su imprecisión, corren el riesgo de ser fuente de dificultades para los poderes adjudicadores y, en consecuencia, pueden poner en cuestión el desarrollo o la puesta en práctica de acuerdos comerciales en el ámbito de la contratación pública.

F) *Valoración general*

Expuestas las críticas, conviene subrayar que si bien las previsiones normativas comunitarias en materia de contratación contienen ciertas imperfecciones (92), e incluso si no han traído consigo una exhaustiva renovación e innovación del Derecho de la contratación pública, las nuevas Directivas aportan útiles precisiones y crean nuevas oportunidades para el conjunto de los operadores a ellas sujetos. Resulta útil precisar, al hilo del seguimiento de los textos en la materia, que esta reforma normativa se inscribe en un movimiento más general de reflexión de las instancias comunitarias sobre la contratación pública y sobre el también complejo tema de las relaciones sector público y sector privado, como lo atestiguan las refor-

(91) Vid., entre otros, a título gráfico, los Considerandos 1 ó 28 de la Directiva 2004/18/CE.

(92) Llama la atención el no haber extraído todas las consecuencias de la jurisprudencia *Teckal* en la Directiva «sectores clásicos» o generales (STJCE de 2.12.199, asunto C-275/98) para los contratos *in house*.

mas en preparación: la modificación de la Directiva de recursos y Libro Verde y proposición de Directiva sobre las relaciones comerciales entre el sector público y el privado.

VII. CONSIDERACIONES EN TORNO AL MARCO NORMATIVO NACIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA TRAS LAS RECIENTES DIRECTIVAS COMUNITARIAS

A) *La incorporación de las Directivas al ordenamiento español*

La incorporación al ordenamiento español de las previsiones contenidas en las Directivas, y en particular la que regula los sectores excluidos, no ha sido tarea fácil ni, por ello, la interpretación jurídica que de dicho proceso se ha seguido, jugando un papel decisivo la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de los complejos problemas exegéticos de los preceptos comunitarios en materia de contratación pública, referencia a la jurisprudencia que ha sido tenida en cuenta por el legislador comunitario, tal y como se subraya nada más y nada menos que en los Considerandos 1.º, respectivamente, de las dos nuevas Directivas que afectan al panorama contractual público comunitario (las citadas 2004/17/CE y 2004/18/CE, de 31.3.2004).

Vamos a referirnos —sin adentrarnos en aspectos jurisprudenciales, a los que materialmente nos hemos referido en líneas pasadas— a lo que ha sido hasta ahora la técnica seguida en el mencionado proceso de transposición.

Inicialmente y en una primera etapa, España dispuso de un plazo superior al de la mayor parte de los Estados miembros para la adaptación de las Directivas, en la regulación contenida al respecto en la DT 6.^a de la LCAP 13/1995. Finalmente, fue condenada por incumplimiento en relación a la contratación pública, derogando (aplicando el principio de jerarquía del Derecho comunitario) aquellos preceptos de la Ley del 95 y el Reglamento de Contratos del Estado que la contravenían.

Con posterioridad, para la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico se optó por la aprobación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, distinta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que debía responder al contenido de las prescripciones comunitarias en materia de contratación pública general (93) (la propia Exposición de Motivos de la LCAP afirmaba que no se incorporaba el contenido de la Directiva 90/531/CEE, sobre sectores excluidos, por el carácter de los operadores sometidos a ella, si bien afirmaba que se habían adoptado en la LCAP las medidas necesarias cuando los sujetos afectados eran Entidades públicas) (94). A su vez, en esta Ley, para el caso de Poderes públicos (atendiendo para su determina-

(93) Vid. J. M. FERNÁNDEZ ASTUDILLO, *Contratación administrativa*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 2002, págs. 676 y ss.; A. RUIZ OJEDA, *Derecho de la contratación pública y regulada. Comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 1777 y ss.

(94) Vid., en todo caso, la precisión específica de la DA 11.^a de la LCAP.

ción a lo expuesto en los apartados anteriores) que operan en este sector; se deberá dar una norma de prioridad sobre qué norma sobre contratación les es aplicable, considerando, como es lógico, que, salvo especialidades, se les aplique la norma general sobre contratación pública. Por lo que respecta a las empresas privadas, para aplicarles esta normativa, y a diferencia de los Poderes públicos, deben estar sometidas a derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de tales, como licencias, autorizaciones o concesiones, situación que en el panorama normativo español se da en un importante número de empresas que operan en estos específicos sectores, si bien esta obligación de la normativa comunitaria puede facilitar el que los Poderes públicos nacionales opten por eliminar estos derechos especiales o exclusivos a fin de que estas empresas puedan eludir estas Directivas (95).

El complemento normativo previsto en la LCAP se aprobó en virtud de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores de agua, energía, transportes y telecomunicaciones. Este texto ha venido presentando numerosas peculiaridades derivadas de las dificultades que ha supuesto la incorporación a nuestro Derecho de las Directivas sobre procedimientos de adjudicación y recurso (96).

Finalmente, el Texto Refundido de la LCAP establece el régimen complementario aplicable a los sectores excluidos, estableciendo en su DA 11.ª: «1. Los órganos de contratación que celebren contratos comprendidos en el ámbito de la Ley 48/1998 de 30 de diciembre sobre procedimientos de contratación en los sectores de agua, energía, transportes y telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, tendrán en cuenta, a efectos de publicidad de anuncios de estos contratos, los límites cuantitativos que se establecen en dicha Ley. 2. Las Entidades públicas incluidas en el ámbito de la Ley 48/98 de 30 de diciembre, se regirán, en lo no previsto en la misma, por sus normas de contratación específicas».

(95) En base a que la Directiva sobre sectores excluidos concedía un plazo de transposición que terminaba el 1.1.96 para los contratos de obras y suministros, y el 1.1.97 para los contratos de consultoría y asistencia y de servicios y de trabajos específicos no habituales, al aprobarse la Ley 13/1995 se adoptó una peculiar solución de transposición. Así, la DT 6.ª de la citada Ley estableció: «1. Los órganos de contratación que celebren contratos comprendidos en el ámbito de la Directiva 93/38/CEE, relativa a los sectores de agua, energía, transportes y telecomunicaciones, no estarán obligados a cumplir, respecto de estos contratos, las obligaciones de publicidad en el "DOCE" previstas en esta Ley hasta el 1.1.96, si se trata de contratos de obras o suministros y hasta el 1.1.97 si se trata de contratos de consultoría y asistencia y de servicios y de trabajos específicos no habituales. 2. En tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las entidades de derecho público a que se refiere el artículo 1.3 continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que (...) les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa». Vid. V. LÓPEZ-IBOR y J. M. GIMENO FELIU, «La contratación en los sectores del agua, energía, transporte y telecomunicaciones», en vol. col. *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 138.

(96) F. Díez MORENO, *Las dificultades de la incorporación al ordenamiento español de las Directivas comunitarias sobre contratación de los sectores excluidos*, «Noticias/CEE», diciembre 1971, págs. 49-63.

Desde luego, la recepción de las Directivas de adjudicación y de recursos en el ámbito de los sectores excluidos a través de la Ley española ha suscitado numerosas cuestiones sobre la naturaleza de los contratos, el ámbito de aplicación, la jurisdicción competente, etc. (97). Tales cuestiones derivan, como ha señalado Díez MORENO, de que en estos casos «(...) ni contrata la Administración Pública (aunque los haga una sociedad concesionaria o autorizada), ni dicho contrato se sometería a la jurisdicción contencioso-administrativa (...); ni el hecho de la sumisión a un procedimiento reglado de adjudicación puede ser bastante para cambiar la naturaleza; ni el servicio público es el objeto directo del contrato; y no existen cláusulas exorbitantes a favor de la sociedad contratante».

Ahora bien, lo que distingue a esta Ley sobre contratos públicos en los sectores excluidos de la LCAP es la incorporación de la Directiva sobre procedimiento de recurso. En este sentido, la propia Ley debe hacer una elección sobre la atribución del control jurisdiccional, cuyo planteamiento expone el legislador del siguiente modo: «aunque se ha valorado la oportunidad de reservar la resolución de los recursos por incumplimiento de la Ley a instancias jurisdiccionales del orden civil, se ha optado finalmente por su tratamiento administrativo. Ello ha sido así porque los operadores de estos sectores deben cumplir, sin duda, determinadas normas de Derecho público como contrapartida por los derechos exclusivos o especiales de los que disfrutan para la prestación, en la mayoría de los casos, de servicios esenciales para la comunidad. La intervención de los órganos administrativos abrirá a los interesados, en todo caso, la vía jurisdiccional contencioso-administrativa como garantía última».

B) *Reflexiones finales*

Aunque el objeto del presente estudio se ha centrado en las Directivas comunitarias, no podemos por menos que terminar haciendo una valoración que sitúe estos textos en el conjunto normativo comunitario de la contratación pública general, así como en el sistema jurídico nacional español de la misma materia. En general, se dispone de un cuerpo normativo técnicamente correcto y, en lo esencial, bien adaptado al Derecho comunitario, que ha venido satisfaciendo de manera óptima, en materia contractual, las necesidades de los distintos operadores. Así como una primera valoración global y referida a la regulación en materia de sectores excluidos, la nueva regulación de la contratación en los sectores excluidos implica un cierto freno al conocido fenómeno de la «huida del Derecho administrativo» por parte de las Administraciones públicas (98), en cuanto se acude a

(97) Vid. B. NOGUERA DE LA MUELA, *Las Directivas comunitarias de «sectores excluidos» y la Ley 48/1998, de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimientos de conciliación*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 205, febrero 2002, págs. 121-137.

(98) Vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo*, en esta REVISTA, enero-abril 1995, págs. 201 y ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ,

la implantación de criterios materiales y no formales cuya apreciación puede ponerse en práctica más objetivamente a la hora de precisar la aplicación de un régimen público, es decir, esto supone que debe atenderse a la naturaleza de la actividad y, por supuesto, ponerse en práctica el control de los Poderes públicos.

Sin embargo, y aparte de esta precisión, obviamente, existen importantes motivos que compelen a nivel nacional a llevar a cabo una modificación de la normativa sobre contratación pública.

Entre los múltiples aspectos a tratar, ha de procederse al cumplimiento de las SSTJCE de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003, así como a la transposición de las Directivas comunitarias en todos y cada uno de los aspectos que comprende su regulación, en particular en lo que respecta al ámbito subjetivo, extendiendo a todas las empresas de Derecho privado indirectamente controladas administrativa o financieramente por las Administraciones públicas, evitando el ya referido fenómeno de la «huida del Derecho administrativo». La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, resolvió parcialmente esta cuestión mediante una nueva redacción del apartado 1 del artículo 2 y de la DA 6.^a del TRLCAP.

La legislación española deberá incorporar los términos y modalidades de procedimiento que se recogen en las nuevas Directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, suministros y de servicios; en concreto, y sin ánimo de exhaustividad, el cálculo del valor de los contratos; las centrales de compras, las exclusiones específicas en el ámbito de las telecomunicaciones; las concesiones de servicios; los contratos reservados; las condiciones de ejecución del contrato de tipo social o medioambiental; un diálogo competitivo; los casos que justifican el recurso al procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación; los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición; la redacción y modalidades de publicación de los anuncios; los plazos de recepción de las solicitudes de participación y de las ofertas; la verificación de la aptitud y selección de los participantes; adjudicación de los contratos; situación personal del candidato o del licitador; la capacidad económica y financiera; la capacidad técnica y profesional; las normas de garantía de calidad y normas de gestión medioambiental; la utilización de subastas electrónicas; las exclusiones del ámbito de aplicación de determinadas concesiones; la adjudicación de obras complementarias al concesionario, etc., etc.

Para terminar, hay que plantearse una necesaria adecuación de la legislación de contratos a las Entidades locales. España se integra aproximadamente por 8.108 municipios, de los cuales sobre 6.925 tienen un número inferior a 5.000 habitantes (99). La escasez de medios con la que éstos

El Derecho administrativo privado, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, págs. 144 y ss.; B. F. MACERA, *La sujeción...*, cit., págs. 237 y ss.; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *La integración...*, cit., págs. 35 y ss., y J. J. LAVILLA RUBIRA, «El control...», cit., págs. 75 y ss.

(99) Vid. el *Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, págs. 23 y ss.

cuentan dificulta el cumplimiento del cúmulo de trámites y, en muchas ocasiones, complejos requisitos exigidos por la normativa nacional y comunitaria sobre contratación pública.

En definitiva, cabe plantearse la conveniencia de simplificar y flexibilizar los procedimientos de contratación, situación cuyo logro reduciría en última instancia el precio del contrato. Por otra parte y como puede deducirse de todo lo analizado a lo largo del presente trabajo, sería conveniente clarificar determinados aspectos que, en un terreno tan práctico y tan dinámico como es el de la contratación, originan dificultades interpretativas y la tan temida inseguridad jurídica.