

APROXIMACION A LAS PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO^(*)

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL FUNDAMENTO COMUNITARIO DE LA REFORMA.— II. DE LA TRASPOSICION DEL DERECHO COMUNITARIO A TRAVES DE LA LCSP: 1. Del ambito de aplicación: ¿se cumple con el Derecho comunitario? 2. La tipología de contratos: hacia una mejor depuración conceptual y un nuevo contrato administrativo típico. 3. Negocios jurídicos excluidos de la aplicación de la LCSP: encargos y convenios. 4. De los procedimientos de licitación. La incorporación de las TICs. 5. De la ejecución de los contratos. 6. Del valor de los contratos. Del IVA. 7. Del recurso en contratación pública. La insuficiencia del modelo.

RESUMEN: Análisis de las principales novedades de la nueva Ley de Contratos del sector público y su concreta incidencia práctica. Valoración global de la reforma efectuada desde la perspectiva del Derecho comunitario.

Palabras clave: contratos públicos; novedades legales.

ABSTRACT: Analysis of the main novelties of the new Public Procurement Law 2007 and their practical incidence. General assessment of the legal amendment in the light of the EU Law.

Key words: public procurement; legal novelties.

I. INTRODUCCIÓN: EL FUNDAMENTO COMUNITARIO DE LA REFORMA

La reciente Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 debe ser enmarcada en el contexto de la normativa comunitaria. Como es

(*) Este trabajo se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de Investigación concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre «La nueva normativa de contratación pública como mecanismo para la reforma de la Administración Pública y la consecución de políticas públicas (sociales y medioambientales)», Ref. SEJ2006-13188/JURI.

bien conocido, la Unión europea aspira a la consecución de un mercado interior en el que la contratación pública se presenta como uno de los escenarios donde debe incidirse con mayor intensidad dada su repercusión económica (se cifra en 16.1 PIB de la Unión) (1). Y a tal efecto las instituciones comunitarias han aprobado el llamado paquete legislativo en contratación pública para hacer efectivo este fin. Se trata de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos, que establece un nuevo marco jurídico más conforme a las reglas de una Administración moderna y que pretende una adecuada y eficiente gestión de fondos públicos (2). En todo caso, la aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a insistir en unas precisiones previas (3). La primera, que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede —y debe, diría— ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de

(1) La contratación pública, habida cuenta la importante trascendencia de la misma en el correcto funcionamiento de la economía, se ha convertido en un objetivo básico de la Comunidad Europea de cara a la consecución de un mercado único europeo. De esta manera puede —y debe— hablarse de una política comunitaria en el campo de la contratación pública que permita asegurar la existencia de un marco jurídico uniforme aplicable en este campo y sin exclusiones a todos los países miembros. Con dicha normativa se podrá conseguir de forma satisfactoria una correcta adecuación de las distintas políticas económicas nacionales que promuevan las condiciones necesarias de cara a la efectiva implantación de las políticas comunes a las que se refiere el Tratado de la Unión Europea lo que supone, por lo demás, la necesidad de adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Estas reflexiones pueden ser consultadas en mi trabajo *La nueva contratación pública europea*, Cívitas, Madrid, 2006.

(2) Sobre el contenido de la misma, con visión propedéutica, puede consultarse el trabajo de FERNÁNDEZ GARCÍA, M., «La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo», RAP 166, 2005, pp. 281-320. En cuanto a los umbrales recuérdese que son de aplicación los previstos en el Reglamento (CE) núm. 1422/2007, de 4 de diciembre, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que conciernen a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos

(3) Como primera novedad de esta Directiva cabe destacar la que ella misma señala en su considerando 1: «La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2 [principios del Tratado, libertades comunitarias, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia]».

cómo deben canalizarse los fondos públicos (4). En este sentido el Considerando 5 de la Directiva 2004/18 es elocuente:

«Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio.»

Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública.

Por último, la contratación pública, aunque con claros componentes de naturaleza presupuestaria, no puede verse condicionada por los mismos, ya que tiene naturaleza autónoma. Es más, en muchas ocasiones son esos condicionantes presupuestarios los que obligan a una lectura o una práctica no conforme con al esencia de las reglas de los contratos públicos. Práctica que está comportando la imposición de medidas financieras de corrección por las Instituciones comunitarias al constatarse en un incumpli-

(4) Así se entiende la previsión de la Directiva de permitir la existencia de contratos reservados a favor de entidades de carácter social por la que se limitaría a éstas la posibilidad de participar o se permitiría reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Igualmente, en una adecuada interpretación teleológica, parece lógico entender que también podrán ser beneficiarios de la reserva las empresas que tienen por objeto la integración de personas con riesgo de exclusión social. En todo caso, debería preverse que, por ejemplo, el importe de los contratos reservados no podrá superar el 2º por ciento del importe de los contratos adjudicados mediante procedimiento negociado en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior (Los anuncios de licitación de los contratos objeto de esta reserva deberán mencionar expresamente la presente disposición).

miento de las reglas de licitación pública en prestaciones financiadas con ayudas comunitarias (5).

Estas nueva Directiva pretenden, en palabras de sus Considerandos (6):

«responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los operadores económicos en el marco de las respuestas al Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, es conveniente, por motivos de claridad, proceder a su refundición en un único texto. La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales... contenidos en el Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de 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. *No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública*» (cursiva nuestra) (7).

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos debe, en todo caso, respetar los principios comunitarios referidos no existiendo, por tanto, ámbitos de la contrata-

(5) De hecho, en nota de prensa de 14 de enero de 2005, la Comisión anuncia la remisión a España de un dictamen motivado (instrumento previo a la interposición del recurso por incumplimiento del artículo 226 TCE) por no transponer correctamente el concepto de entidades de derecho público de la directiva puesto que excluye de él a las fundaciones, «incluso tras una modificación introducida en 2003» en alusión a la Ley 62/2003.

(6) En cuanto a los umbrales recuérdese que desde el 1 de enero son de aplicación los previstos en el Reglamento (CE) núm. 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos

(7) Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a mi trabajo *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003. Más recientemente puede consultarse el libro de J.A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

ción pública exentos en función su umbral, sino que, a partir de cierto importe, juegan la concreción de los mismos contenidos en la Directiva que deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado. En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya BAÑO LEÓN, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados (8). Esta afirmación queda avalada por la reciente Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006). Y así lo corrobora la reciente STJCE de 14 de junio de 2007 (*Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio*) al afirmar que en los contratos que no alcanzan el umbral comunitario:

«efectivamente, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha calificado al Venizeleio-Pananeio de «entidad adjudicadora». Esta calificación también la admite el Gobierno griego, el cual declaró en la vista que dicho hospital es un organismo de Derecho público asimilado al Estado. Ahora bien, en virtud de una reiterada jurisprudencia, aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario haya regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de éstas últimas, sin embargo, las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61; auto *Vestergaard*, antes citado, apartados 20 y 21; sentencias de 21 de julio de 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 y 17, y de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48)».

(8) Y es que, como bien afirma este autor no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. «La influencia del Derecho comunitario en al interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

Como se ha observado, esta nueva normativa incorpora las resoluciones del TJCE. Se constata la importancia de esta jurisprudencia, auténtica fuente del derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia. Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que, en modo alguno, pueden conducirnos a interpretaciones contrarias a dicha doctrina. Así se pone de manifiesto en la STJCE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GMBH), al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que «son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.» (negrita nuestra). Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos» (9). Solo así cobra sentido el principio de seguridad jurídica (10).

En consecuencia, las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam* (11). De esta forma, en las mismas Directivas se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los Estados miembros.

(9) L. MARTÍN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad (publicado en Cuadernos Civitas, Madrid, 2004).

(10) Vid. J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Discurso de ingreso Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 6 de abril de 2005, pp. 105-117. Publicación en Cuadernos Civitas, Madrid, 2006.

(11) Compartimos en este punto la opinión de ORDÓÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual, la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. «La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo», *Boletín informativo del Ministerio de Justicia* núm. 1921, julio de 2002, p. 2354.

II. DE LA TRASPOSICION DEL DERECHO COMUNITARIO A TRAVES DE LA LCSP

La trasposición de la citada Directiva se ha efectuado en el Reino de España mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP) vencido con creces el plazo para la misma (1 de febrero de 2006) (12). Pues bien, el actual texto de la Ley de Contratos del Sector Público presentado por el Gobierno en septiembre de 2006 ha sido respondido muy críticamente desde del mundo empresarial, habiendo solicitado incluso la CEOE cuando se inició su tramitación parlamentaria la retirada de la iniciativa (13). Y es que, atendiendo a lo que hemos expuesto en el apartado anterior la LCSP se nos presenta quizá como conservadora en el fondo y «excesivamente» innovadora en la sistemática utilizada (14). Es más, y como observación inicial, entiendo que la Ley, por su ámbito, debería haberse denominado —siguiendo el modelo del derecho comparado: Francia, Italia, Portugal, etc., con Códigos de Contratos Públicos— Ley de Contratos Públicos (15).

La Ley realiza, como advierte ya en su Exposición de Motivos, una decidida apuesta por renovar la filosofía de la regulación de los contratos públicos y tiene por objetivo adecuarse al marco normativo. A tal fin abandona como eje de la norma la figura del contrato administrativo, extiende su ámbito de aplicación al sector público (distinguiendo entre contratos armonizados y no armonizados, en función del umbral de aplicación de la Directiva 2004/18), regula nuevos procedimientos e incorpora los medios y procedimientos electrónicos. Ciertamente hay una reflexión importante sobre la dirección de la nueva

(12) Vid José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA, «Novedades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 4/2008, Editorial Aranzadi, Pamplona, mayo 2008.

(13) Una primera crítica formal es que este texto legal no cumple las directrices de técnicas normativas aprobadas por la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia, que contiene las directrices para la elaboración de las normas, determinando criterios generales de técnica normativa. Y no cumple porque la estructura no es correcta, no se siguen las instrucciones de redacción de los artículos y estos son demasiado extensos y existen más de quinientas remisiones en el texto, lo que convierten al producto final en un claro ejemplo de inseguridad jurídica. Valoración que igualmente sostiene el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen núm. 514, de 25 de mayo de 2006, aconsejando «una completa revisión del texto para hacer más cómodo su manejo y más sencilla su intelección».

(14) Vid GIMENO FELLIU, «Observaciones al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm 52, abril, 2006, pp. 33-46 y «Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del sector público», *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 14, 2007.

(15) Un interesante trabajo sobre esta Ley es el de S. DEL SAZ, «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *RAP* núm. 174, 2007, pp. 355 y ss.

reforma y una decisión de alterar las tradicionales formas de actuación en la contratación pública (16). Y ello justifica y explica la nueva y diversa estructura de la LCSP (17). Sin embargo el resultado presenta incertidumbres. Y es que su sistemática, a mi entender, aporta más confusión que claridad. Sin duda hubiera resultado una mejor opción legislativa el que se abordasen las cuestiones en una secuencia lógica que podría consistir en la definición de los principios aplicables para regular después los distintos sujetos que intervienen —poder adjudicador y operador económico— y de los contratos incluidos y negocios excluidos (18).

En línea similar a la crítica expuesta se ha posicionado el Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen 514/2006 de 25 de mayo de 2006. En el mismo se indica lo siguiente:

«llama la atención que no se haya recabado informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, «órgano consultivo específico de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y demás entidades públicas estatales, en materia de contratación administrativa» (artículo 10.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), (...) debería

(16) Sobre la filosofía y justificación de la LCSP me remito al trabajo de B. PÉREZ CRESPO «Los presupuestos y la estructura de la nueva Ley de Contratos del Sector Público» en libro col. (Dir. J.A. MORENO MOLINA) *La Ley de Contratos del Público y su aplicación por las Entidades Locales*, CEMCI, Granada, 2008.

(17) La LCSP está integrada por un Título Preliminar (disposiciones generales) y cinco Libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de estos contratos, la selección del contratista y la adjudicación de los contratos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, y la organización administrativa para la gestión de la contratación. Dos son las notas destacables de esta nueva estructura: en primer lugar, se justifica en la opción por la identificación de las normas derivadas del Derecho comunitario y la modulación del régimen jurídico en razón de distintos sujetos del sector público contratantes como pone de manifiesto la estructura de los Libros II y III, que a su vez se subdividen en Títulos o Capítulos diferentes, uno para las Administraciones públicas y otro para otros contratos (con distinción dentro de éstos, de los poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas y de los poderes y de otros entes, organismos y entidades del sector público). Más aún, el Libro IV, sobre la ejecución del contrato, se refiere exclusivamente a los contratos administrativos, que tienen como inexcusable condición subjetiva que «siempre que se celebren por una Administración pública» (inciso inicial del art. 19.1 LCSP). Y, en segundo lugar, la estructuración de los libros pretende seguir el «iter» contractual o hilo de desarrollo de los contratos, esto es, las sucesivas fases de condiciones generales (Libro I), preparación (Libro II), adjudicación (Libro IV) y ejecución del contrato (Libro IV). M. GUINOT BARONA considera a esta estructura un inconveniente u obstáculo, pues la dispersión del régimen jurídico de cada contrato dificulta el manejo de la Ley. «La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2008, p. 122

(18) La sistemática de la Ley ha llevado a compararla a F. BLANCO con el juego numérico del sudoku. «El procedimiento de selección y los criterios de adjudicación», página 3 de su ponencia en Seminario organizado por IEAP/CER en Barcelona los días 23 y 24 de febrero de 2006.

haber respaldado su tramitación con la consulta e informe de autoridades académicas y universitarias —las únicas entre las mencionadas instancias cuya participación no consta en el expediente—, lo que sin duda hubiera permitido contar con una importante y necesaria perspectiva en no pocos puntos del anteproyecto.

(...) El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público pretende un nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos, que, poniendo término al sistema de sucesivas extensiones impuestas por las exigencias comunitarias, construya desde el principio el sistema de reglas jurídico-públicas partiendo de una perspectiva amplia. Tal planteamiento supone, en primer lugar, una delimitación inicial del ámbito de aplicación en términos más comprensivos (contratos del sector público), pero gira sobre todo alrededor de la pretendida asunción —se verá que no sin problemas— de un criterio funcional, impuesto por el Derecho comunitario, para la exigencia de regímenes contractuales diversos según que los contratos celebrados por entes del sector público se encuentren o no «sujetos a regulación armonizada». Del desarrollo de estos aspectos en el texto del anteproyecto se tratará luego por extenso.

A propósito de todo ello, el Consejo de Estado quiere poner de relieve que el anteproyecto sometido a consulta ha hecho un indudable esfuerzo para servir a estos ambiciosos objetivos. No debe olvidarse, sin embargo, que la conjunción de reglas propias de un consolidado sistema de contratación administrativa de Derecho interno con otras provenientes de las exigencias impuestas por el Derecho comunitario se enfrenta a numerosas dificultades. Muchos de los obstáculos surgidos se pondrán de relieve en los diversos apartados de este dictamen, tratando de ofrecer una vía de solución.

Con carácter general, debe señalarse ahora, de forma destacada, que el éxito en la consecución de los objetivos proyectados y la estabilidad del sistema que resulte del anteproyecto están en función, en buena medida, de la capacidad de este para construirse de forma sencilla y ordenada. La regulación de la ley proyectada debe partir de normas y principios de aplicación claros y generales. En la medida de lo posible, el desarrollo normativo de aspectos tangenciales y de detalle debe deferirse a la norma reglamentaria. *El Consejo de Estado encarece, en definitiva, una revisión global del texto que dé respuesta a los problemas que se observarán y permita construir la norma fundamental de la contratación pública de acuerdo con el nuevo planteamiento que esta pretende (curiosa nuestra)*».

En todo caso, esta nueva sistemática debe ser incorporada —aun con iniciales dificultades— al quehacer diario de los gestores. Pero lo realmente importante es conocer las principales novedades y sus consecuencias prácticas. A efectos enunciativos reseñaremos las que, a nuestro juicio, parecen las principales.

1. Del ámbito de aplicación: ¿se cumple con el Derecho comunitario?

El artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 afirma:

«*Son considerados “poderes adjudicadores”*: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado “organismo de Derecho público” cualquier organismo:

a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

b) dotado de personalidad jurídica y

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo. Los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas» (cursiva nuestra).

Esta definición es clara y pretende conseguir la homogeneidad en la aplicación normativa de esta disposición comunitaria. Y la interpretación debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJCE, que ha optado por criterios subjetivos-funcionales cuando se cumplen con tres requisitos: personalidad jurídica —siendo indiferente que sea privada—, el control o influencia dominante por un poder público, y la realización de una actividad de interés general (que puede ser de carácter industrial o mercantil) (19).

La propia Exposición de motivos de LCSP nos advierte —apartado IV.1— que la finalidad de la Ley es «ajustar el ámbito de aplicación de la Ley al de las directivas comunitarias» y «no dejar entidades del sector público exentas de regulación». Por ello, «la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios» y precisamente «para asegurar el cierre del sistema» se

(19) Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, y de 13 de enero de 2007, apartado 27.

incluye una letra h) en el apartado 1 del art. 3 que «funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de *organismo público* de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma», con el fin de garantizar «que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones» (cursiva nuestra) (20).

Sin embargo el legislador estatal ha optado para este crucial aspecto por una trasposición —mediante el art. 3— que, cuando menos, se debe calificar de «barroca» (21). Se describe una especie de círculos concéntricos donde no siempre queda claro quién y por qué se encuentra en cada uno de ellos (22). Así, se define quién, a efectos de esta Ley, es Sector Público, quiénes de éstos son Administración Públicas para, posteriormente, entre quienes no son Administración Pública a efectos de esta Ley decidir quiénes tienen consideración de poder adjudicador (23), y, por último, quién siendo sector

(20) Sobre esta cuestión puede verse la Circular Interpretativa 1/2008, de 3 de marzo de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(21) Por otra parte, la LCSP extiende su ámbito objetivo de aplicación por imperativo de su artículo 2: «Artículo 2. Ámbito de aplicación. 1. Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3.

2. Están también sujetos a la presente Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por los entes, organismos y entidades del sector público que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 17, así como los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas en los casos del artículo 250.»

(22) Vid. SOSA WAGNER quien afirma que la LCSP «Describe el legislador el ámbito subjetivo, agrupando en tres círculos concéntricos las personificaciones jurídicas afectadas. El círculo más pequeño, el núcleo esencial, es la enumeración «a los efectos de la Ley» de las Administraciones públicas; engloba este primer círculo y añade nuevos organismos el segundo, que se refiere a «los poderes adjudicadores», para, en último lugar, relacionar todas las Administraciones, instituciones, sociedades y entes que integran el sector público. La descripción resulta aparentemente muy elemental; sin embargo, su exégesis no está exenta de dudas. Es más, al tratar el legislador de mantenerla en todo su discurso, ha introducido un pie forzado que resquebraja tradicionales conquistas del régimen de protección del interés público». «La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 743, 17 de enero de 2008.

(23) Las especialidades en la tramitación en este supuesto son: debe tenerse en cuenta que la solvencia puede acreditarse de modo distinto a lo dispuestos en la LCSP para las Administraciones públicas (63.3 LCSP). En lo relativo a las garantías recuérdese que el artículo 92 LCSP prevé esta posibilidad dejando en manos del ente contratante la cuantía de la misma el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato. Asimismo, como el principio de prohibición de pago aplazado del precio sólo afecta a las Administraciones Públicas puede optarse por esta modalidad (art. 75.7 LCSP) igual que la revisión de precios se puede regular específicamente en los pliegos (art. 75.2 LCSP).

Una advertencia debe realizarse en lo relativo a la tramitación de los contratos de estos entes, y que se recoge en el artículo 121 LCSP, que obliga a que se adopten pliegos de condiciones de

público no tiene condición de poder adjudicador (24). Con todo, el elemento más importante es el apartado e) de ese párrafo 2 cuyo análisis nos lleva a la conclusión de que Consorcios y Agencias Públicas cuando cumplan alguno de los dos requisitos de ese párrafo 2 letra e) tendrán la consideración de Administración Pública y estarán sometidas a las prescripciones de la LCSP en todo caso, tanto en fase de preparación y adjudicación como de cumplimiento y extinción (25). Así, junto a éstos, serán poder adjudicador y Administración pública —siendo en consecuencia con carácter general de naturaleza administrativa— los Entes territoriales, Organismos autónomos, Universidades Públicas y las denominadas Administraciones Independientes (como Banco de España, Comisión del Mercado de Valores, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión Nacional de la Competencia, Comisión Nacional del Sector Postal, Agencia de Protección de Datos y Comisión Nacional de la Energía) (26). Pero no serán Administración Pública ni las Entidades públicas empresariales ni los Entes asimilados de las Comunidades Autónomas.

En todo caso, del diseño que presenta la LCSP debe llamarse la atención en que en los contratos no armonizados (no sujetos al umbral fijado por la formativa comunitaria) a quienes no son administración Pública se les exceptúa de las previsiones de la Ley (a modo de deslegalización) y se determina

ejecución del contrato si el contrato supera 50000 € (no significa que este umbral permita adjudicación directa como un contrato menor y la lógica del artículo 1 LCSP aconseja una mínima concurrencia, aunque quizá en cuantías pequeñas —hasta 6000 €— pueda parecer lógico admitir la adjudicación directa). En este pliego se incluirán las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de las ofertas, los criterios de adjudicación y las garantías que deberán constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación, asimismo, lo dispuesto en el artículo 104 LCSP.

Estos pliegos serán parte integrante del contrato. Si el contrato es de umbral armonizado deberán observarse las reglas establecidas en el artículo 101 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto en los artículos 102, 103 y 104. Obviamente, por debajo del umbral deben existir prescripciones técnicas que deberán no ser discriminatorias.

(24) Sobre esta cuestión del ámbito de aplicación, me remito a mi estudio «El ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del sector público de 30 de octubre de 2007: luces y sombras, RAP, 176, 2008.

(25) Tanto consorcios como Agencias son entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública. En el caso de las Agencias el artículo 2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, nos recuerda que éstas cuentan con patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. De este criterio participa D. BLANQUER, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 35-36.

(26) Vid. D. BLANQUER, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, ob. cit., pp. 34-35.

—artículo 175 LCSP— que los mismos aprobarán manuales de instrucción que den plasmación en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (nada dice las prohibiciones de contratar aunque de la coherencia sistemática de la Ley así se desprende). Se deberán regular los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios referidos asegurando que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa. Aunque este precepto no lo previene explícitamente, la lógica obliga a entender que serán también de aplicación las previsiones relativa a capacidad y solvencia, prohibiciones de contrato, objeto y precio del contrato. En todo caso, estos manuales deberán atender a conseguir los objetivos recogidos en el artículo 1 LCSP. Estas instrucciones deberán ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. Ciertamente parece avance frente a la situación actual pues se reconoce ya que por debajo del umbral juegas los referidos principios pero la puesta en funcionamiento puede contribuir a potenciar el efecto contrario.

El contenido mínimo de estos Manuales de Instrucción —cuestión sobre la que guarda silencio la LCSP— deberá indicar la entidad de que provienen (y su consideración de no Administración Pública) y el alcance material de las mismas que será exclusivamente para contratos NO armonizados. En todo caso, por imperativo legal, NO podrán incluir contratos de gestión de servicios públicos ni de colaboración pública y privada en tanto son contratos que, por imperativo legal, sólo pueden realizar las Administraciones Públicas.

El texto, legal no prevé expresamente la posibilidad de que varios entes contratantes sumen sus necesidades y tramiten un único procedimiento de licitación, tal y como previene la Directiva 2004/18, lo que a comportar evidentes economías de escala. Sí regula las centrales de compras (artículo 187 LCSP) pero no parece que se fomente esta opción organizativa que, desde la perspectiva de eficacia y eficiencia parece llamada a desempeñar un papel protagonista (y más si se apuesta por la implantación de las TICs en contratación pública).

2. La tipología de contratos: hacia una mejor depuración conceptual y un nuevo contrato administrativo típico

La LCSP pretende diseñar con nitidez los perfiles de los distintos tipos de contratos públicos, diferenciando de lo que es el régimen jurídico —público o privado— de los mismos, optando por la tipología comunitaria evitando innecesarias confusiones. Así, se habla correctamente de un contrato de obras

—atendiendo al resultado—, un contrato de suministro y un contrato de servicios. El artículo 1 LCSP concreta el ámbito objetivo de aplicación y los principios de aplicación (27). Dice así:

«Objeto y finalidad.

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la *realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios* mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar» (cursiva nuestra).

Es decir, se limita a ciertas prestaciones que, además, deben tener carácter oneroso tal y como previene al artículo 2 de la LCSP. Estos contratos tienen una identificación objetiva mediante la aplicación del «Vocabulario Común de los Contratos Públicos», denominado CPV (Common Procurement Vocabulary), que designa la nomenclatura de referencia aplicable a los contratos públicos adoptada por el Reglamento (CE) n.º 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, modificado por el Reglamento (CE) n.º 2151/2003 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003 (Con fecha de 15 de marzo de 2008 el DOUE ha publicado el Reglamento (CE) n.º 213/2008, de la Comisión de 28 de noviembre de 2007, que modifica el *Reglamento de 2002*). Contratos públicos que se someterán a las reglas de la LCSP en tanto en cuanto el contratante tenga la condición de poder adjudicador (28). De la redacción se deduce que hoy se habla de contratos públicos típicos, pues podrán o no ser administrativos, donde cobra realce el contrato de servicios (no sólo por la desaparición del contrato de consultoría) ya que éste será el tipo cuando no exista obra o servicio, al margen de que la prestación sea interiorizada por la propia Administración (artículo 10 LCSP).

(27) Vid. Sobre ellos ahora los trabajos de MORENO MOLINA, José Antonio, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, ob. cit.; ESCUIN PALOP, Catalina, «Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 46, 2005 y GIMENO FELIÚ, José María, «La fuentes normativas en materia de contratación local», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 14, 2007, pp. 24 a 56.

(28) GIMENO FELIÚ, José María, «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la ley de contratos del sector público: luces y sombras», próxima publicación RAP 176, 2008.

Una novedad importante es la regulación del contrato de colaboración público-privada. Se trata de una nueva modalidad regulada en los artículos 11, 118, 289 y 290 LCSP, sin amparo en la Directiva 2004/18 de 31 de marzo, de contratos públicos (29). Se trata de un contrato típico que tiene carácter subsidiario. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general.

Los contornos pocos nítidos de esta modalidad contractual obligan a distinguirlo de los contratos de concesión de obras pública y de los contratos de gestión de servicio público. Por otro lado, con la actual regulación del contrato de concesión de obra pública bien pudiera pensarse en lo innecesario de esta nueva modalidad contractual (30).

En todo caso, deben respetarse los principios de concurrencia e igualdad de trato en su puesta práctica, por lo que sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118 LCSP, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfac-

(29) Finalmente, un tema directamente ligado con esta modalidad contractual es la participación pública-privada. Para analizar esta cuestión la Comisión acaba de publicar un libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones —COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004— que inscribe entre las prioridades establecidas por la Comisión en su Estrategia para el mercado interior 2003-2006, y constituye una contribución a las acciones previstas en el marco de la iniciativa para el Crecimiento en Europa. Los partenariados público-privado (CPP) son formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo de las empresas, que procuran asegurar la realización de proyectos de infraestructuras o el suministro de servicios de utilidad pública. Esta forma de partenariado se ha desarrollado en numerosas materias relevantes de la esfera pública, tales como el transporte, la salud pública, la educación, la seguridad pública, la gestión de los residuos o la distribución del agua. El objetivo de este Libro es lanzar un amplio debate que permita determinar si una intervención comunitaria es necesaria para asegurar un mejor acceso de los operadores económicos de los Estados miembros a las diferentes formas de partenariado público-privado, en unas condiciones de claridad jurídica y de concurrencia efectiva. En relación a esta Comunicación puede consultarse a J.A. MORENO MOLINA, «Las concesiones de obra pública en el derecho comunitario europeo», Revista Contratación Administrativa Práctica, La Ley núm. 39, 2005, pp. 22-25.

(30) JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA, «El contrato de colaboración público-privado», RAP núm. 170, 2006.

ción de las finalidades públicas (31). Es decir, no es una fórmula alternativa sino subsidiaria y parece más bien una alternativa desde la perspectiva de la financiación. Obviamente, conforme a las normas SEC 95, para que al inversión no compute como deficit deben transferirse el riesgo de construcción y uno de los siguientes: de disponibilidad o de demanda.

Esta modalidad de contrato es excepcional y sólo podrá cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118 LCSP, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. Es decir, no es una fórmula alternativa sino subsidiaria. Esto significa, además, que debe ser un contrato distinto en su régimen de los otros contratos típicos descritos en la Ley en el que, por su propia naturaleza al financiación recae siempre sobre el contratista. Se trata, además, de un contrato flexible en su configuración admitiendo los precios provisionales y pago aplazado (art. 75.5 y 7 LCSP) donde se altera la regla del riesgo y ventura previsto en el artículo 199 LCSP.

El procedimiento, por este carácter complejo es rígido para evitar un uso incorrecto o indebido. Así, el artículo 11.2 exige especial motivación en calve negativa: no viabilidad de otros tipos de contratos. En la evaluación previa (art. 118.2 LCSP) se debe poner de manifiesto que a la vista de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios necesarios o de establecer los mecanismos jurídicos o financieros para llevar a cabo el contrato. Pero además debe efectuar un análisis comparativo con el resto de formas alternativas que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo o financiero que recomienden esta fórmula de contratación. Esto significa que es esencial o capital en este contrato este documento de evaluación previa.

Como indica el artículo 119 LCSP el órgano de contratación, a la vista de los resultados de la evaluación a que se refiere el artículo anterior, elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Particularmente, se identificará en el programa funcional la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato.

(31) Critican igualmente esta previsión por entenderla innecesaria e inadecuada LÓPEZ-CONTRERAS y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, ob. cit., pp. 123-127.

Se exige en todo caso como regla general como procedimiento de adjudicación el dialogo competitivo como procedimiento de adjudicación, lo que con carácter general ni es adecuado ni conveniente. Es posible la utilización del procedimiento negociado en el caso del artículo 154.a) LCSP. En todo caso, deberá constuirse la mesa del dialogo competitivo al que se refiere el artículo 296.2 LCSP), a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo, designadas por el órgano de contratación. El número de estas personas será igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa y participarán en las deliberaciones con voz y voto.

En todo caso el procedimiento de adjudicación es el derivado de los contratos armonizados independientemente de su cuantía (art. 13.1 LCSP)

El clausulado debe tener el mínimo exigido por el artículo 26 más el específico referido por el artículo 120 LCSP (debe identificarse la prestación principal, el sistema de reparto de riesgos y las prerrogativas de modificación):

a) Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 289.

b) Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

c) Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros y las condiciones en que son puestas a disposición de la administración.

d) Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la administración.

e) Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato.

f) Fórmulas de pago y, particularmente, condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el montante de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración y los importes que el contratista debe abonar a ésta como consecuencia de penalidades o sanciones pueden ser objeto de compensación.

g) Fórmulas de control por la administración de la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se puede producir la subcontratación.

h) Sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato.

i) Condiciones en que puede procederse por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista.

j) Control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato.

k) Destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo.

l) Garantías que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones.

m) Referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la Ley establece respecto a las prerrogativas de la administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

El licitador que resulte seleccionado para este contrato puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.

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

El contrato, al ser celebrado por una Administración pública tendrá carácter administrativo (art. 19.1 LCSP) (32). La duración de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado no podrá exceder de 20 años. No obstante, cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública, se estará a lo dispuesto en el artículo 244 sobre la duración de éstos. En todo caso, en contratos patrimo-

(32) De la dicción literal parece deducirse que estos contratos no podrán ser realizados por quien no tenga la consideración de Administración Pública a los efectos de esta Ley (de hecho el artículo 120 habla de las prerrogativas del contrato), aunque la exposición de motivos sí recoge esta posibilidad.

niales de CPP bien pudiera pensarse en un plazo superior (como el de 99 años en la fórmula del contrato de derecho de superficie) (33).

3. Negocios jurídicos excluidos de la aplicación de la LCSP: encargos y convenios

Existen, no obstante, una serie de materias excluidas de las reglas de contratación (algunas con amparo en la Directiva 2004/18) recogidas en el artículo 4 LCSP que encuentran su justificación o en la ausencia de onerosidad o la especialidad de la relación contractual o no ser supuestos regulados por la Directiva 2004/18. Así, una primera advertencia es que se excluyen de la aplicación de la LCSP los contratos patrimoniales, remitiendo su regulación a sus normas específicas adquiriendo carácter supletorio para lo no previsto esta LCSP. Esto supone un claro cambio —a mi juicio positivo pues la naturaleza de los contratos lo aconsejan—. Ello ha de obligar al legislador autonómico a revisar su legislación patrimonial pues el sistema de prohibiciones de la LCSP no se les puede aplicar ahora a estos contratos patrimoniales ni aun cuando pudieran haber sido calificado hasta esta Ley contratos administrativos especiales.

Quedan igualmente excluidos por su específica naturaleza las relaciones de empleo público y los acuerdos internacionales igualmente excluidos de la aplicación de la LCSP en razón de su propia naturaleza y de la existencia de normativa específica, los contratos que tengan por objeto servicios de arbitraje y de conciliación y negocios relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por las entidades sometidas a la Directiva, así como los servicios prestados por los bancos centrales [la excepción prevista habrá que entenderla exclusivamente para las modalidades de contratos de inversión que recoge el artículo 63 de la Ley de Mercado de Valores (34)]. Se excluyen

(33) Sobre esta cuestión —además del estudio de A. PEÑA recogido en este monográfico— pueden consultarse los trabajos de GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. «El contrato de colaboración público-privado», *Revista Administración Pública*, núm. 170, 2006; CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *Revista Española Derecho Administrativo*, núm. 132 de 2006; ARIMAY LAMOGUÍA, Esteban, La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales, Cuadernos de Derecho Local 11, 2006, y L. MÍGUEZ MACHO, «Las formas de colaboración público-privada en el derecho español», RAP, núm. 175, 2008, pp. 157-215.

(34) La excepción prevista habrá que entenderla exclusivamente para las modalidades de contratos de inversión que recoge el artículo 63 de la Ley de Mercado de Valores. Vid. M. CARBAJALES, «Comentario al artículo 3 k) de la LCAP», en el libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, Tomo I, pp. 215-217.

también del ámbito de aplicación LCSP (art. 14) todos aquellos contratos públicos —sea, pues, cual sea su objeto— que bien a) sean declarados secretos; b) precise de especiales medidas de seguridad o c) cuando así lo demande la protección de los intereses esenciales de las Administraciones Públicas.

A) Un aspecto importante de la nueva regulación de los «negocios» excluidos son los encargos realizados a un ente instrumental que tengan consideración de medios propios —que, como bien destaca SOSA WAGNER, se fundamenta en la capacidad autoorganizativa de las Administraciones Públicas con el fin de obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación (35)— y que se trata de una técnica válida en tanto respete la jurisprudencia del TJCE, quien analiza ya esta posibilidad en la Sentencia de 10 de noviembre de 1998 (TJCE 1998, 268) (BFI), admitiéndose en jurisprudencia posterior (Teckal, de 18 de noviembre de 1999, «Arge» de 7 de diciembre de 2000, Stadt Halle), de 11 de enero de 2005, Parking Brixen de 13 de octubre de 2005, Coname, de 21 de julio de 2005, Carbotermo, de 11 de mayo de 2006, Asemfo, de 19 de abril de 2007, Augusta Spa, de 8 de abril de 2008, que los organismos públicos pueden ser adjudicatarios de contratos públicos regulados por las directivas, sin que ello implique, en principio, infracción del principio de igualdad de todos los licitadores: «el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49, tras su modificación)» (36). Obviamente esta figura orga-

(35) F. SOSA WAGNER, «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en libro Hom. al prof. S. Martín-Retortillo, *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2003, p.1317.

(36) Vid. J.M. GIMENO FELIÚ, «La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria», Informe Comunidades Autónomas 2005, 2006, pp. 838-858. En la bibliografía más reciente, por todos, me remito al trabajo de PERNAS GARCÍA, *Las operaciones in house y el derecho comunitario de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

La jurisprudencia del TJCE ha perfilado claramente los requisitos de carácter acumulativo para la validez de esta figura. El primer requisito que se exige es que el encargo debe formalizarse entre una entidad adjudicadora y una entidad formalmente distinta de ella pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de tal modo que el proveedor no tiene, frente al poder adjudicador, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que no existiría una voluntad contractual. Este control debe traducirse en la práctica en absoluta dominación a la hora de la determinación de voluntades, por lo que no existiría un auténtico contrato. Esto significa que la participación debe ser íntegramente pública por lo que en modo alguno puede entenderse que empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación. Una matización a este requisito es introducido por la STJCE de 11 de enero de 2005 (TJCE 2005, 1) (Stadt Halle) al afirmar que «En el supuesto

nizativa debe ser examinada y aplicada desde una perspectiva de marcado carácter restrictivo como advierte la STJCE de 11 de mayo de 2006 (TJCE 2006, 139) (Carbotermo), en la que, mediante cuestión prejudicial, se aclara lo siguiente:

«1) La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, prohíbe la adjudicación directa de un contrato de suministro y de servicios, en el que el valor de los suministros es preponderante, a una sociedad anónima cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente y cuyo capital, en la situación actual, pertenece en su totalidad a otra sociedad anónima cuyo accionista mayoritario es, a su vez, el poder adjudicador.

2) Para apreciar el cumplimiento del requisito de inaplicabilidad de la Directiva 93/36 conforme al cual la empresa a la que se haya adjudicado directamente un contrato de suministro debe realizar lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, no procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 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.

3) Para apreciar si una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad.»

En todo caso, la consideración de medio propio debe recogerse de manera expresa en las normas reguladoras de estos entes instrumentales y el capital debe ser íntegramente público (artículo 24.1 LCSP). Además, no pueden concurrir a las licitaciones (26.6 LCSP).

de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva». Es decir, la participación privada en un ente público rompe el criterio exigido en las Sentencias TECKAL y ARGE y en modo alguno puede entenderse que estas empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación.

El segundo requisito que se debe exigir para admitir la existencia de in house providing es que la entidad proveedora debe realizar —necesariamente— la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. O sea, se debe realizar por ésta la actividad en provecho de quien le realiza el encargo o encomienda.

Como técnica organizativa, debe recordarse que en todo caso, y admitida la posibilidad de que una empresa pueda realizar encargos directos por parte de la Administración matriz, sin que estos se sometan, por tanto, a las reglas de contratación pública (que, entiendo deberían sustanciarse mediante protocolos y no mediante convenios, pues la naturaleza de estos parece exigir libertad de decisión de ambas partes, lo que no sucede, como hemos visto, en los encargos a medios propios) debe llamarse la atención que el ente encargado deberá aplicar las normas de contratación pública al concurrir en él las notas que permiten calificarlo como poder adjudicador —art. 4.1.n) LCSP—, aunque se «desplaza» el régimen jurídico y permite la aplicación del artículo 175 LCSP. Por ello, el sistema parece ciertamente mejorable (37). Es decir, la utilización de los servicios *in house providing* no pueden servir como mecanismo de escape de las reglas de contratación pública pues se concibe como una especialidad organizativa pensada exclusivamente para obtener una mayor eficacia.

En relación con esta cuestión conviene reseñar como con fecha de 19 de abril de 2007, en cuestión prejudicial (confirmada ya por STS de 30 de enero de 2008), ha visto la luz una interesante Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratación pública al analizar las relaciones de la sociedad estatal TRAGSA con el Estado y Comunidades Autónomas (38). Sentencia que presenta luces y sombras y que parece un paso en falso fundamentalmente en cuanto a la interpretación del primero de los requisitos *Teckal* (el de que el Ente ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios) por cuanto la conclusión a la que llega el TJCE —no muy motivada, por cierto— implica aceptar una interpretación mucho más amplia que la que hasta ahora predicaba de esos requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJCE, como bien explica M.A. BERNAL BLAYZ (39). En resumen, la STJCE de 19 de abril afirma

(37) Vid. AMOEDO SOUTO, «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones públicas», RAP, 170, 2007, pp. 293-294.

(38) Dicha Sentencia resuelve bajo que condiciones resulta admisible el encargo de prestaciones a favor de entidades instrumentales sin necesidad de concurrencia (el litigio resuelto por la Sentencia trae causa de una denuncia de la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO), al entender que los encargos hechos por diversas Administraciones Públicas a la Sociedad pública Transformación Agraria S.A. (TRAGSA), vulneran la competencia en el mercado de obras y servicios forestales como antecedentes del caso la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2000 (JUR 2001172968) y del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003 (RJ 20041466).

(39) M.A. BERNAL BLAY, «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario de urgencia a la STJCE de 19 de abril de 2007 (as. c-295105, *Asemfo vs. Tragsa*), REDA num. 137, 2008, pp. 115-138. Sobre el régimen jurídico de TRAGSA, vid. específicamente la monografía de AMOEDO SOUTO: *TRAGSA, Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004.

en que casos puede considerarse que una Comunidad Autónoma puede realizar encargos a TRAGSA al existir un control análogo al que ejerce sobre su propia estructura administrativa (40).

Pero de especial interés para el tema que nos ocupa es la extensa —y compleja— Disposición Adicional Trigésima, que insiste en la idea de que TRAGSA se pueda considerar medio propio de Comunidades Autónomas y de poderes adjudicadores dependientes. Dice así:

«2. TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y sus filiales podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias.

Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado.

La comunicación efectuada por uno de estos poderes adjudicadores encargando una actuación a alguna de las sociedades del grupo supondrá la orden para iniciarla».

Esta opción legislativa que extiende el alcance de medio propio parece no ajustarse a la citada jurisprudencia del TJCE sobre *in house providing* al permitir encargos sin participación pública en el accionariado y permitir los encargos descendentes entre los distintos poderes adjudicadores, lo que se nos antoja como un posible motivo de discrepancia por las autoridades comunitarias. Pero lo que resulta evidente, de la propia dicción de la LCSP, es que los Ayuntamientos No pueden considerar —la Ley no lo prevé— que TRAGSA (ni equivalentes autonómicos) tengan la consideración de medio propio, dado que no se cumplen los requisitos que habilitarían el uso de esta técnica auto-organizativa. Por supuesto, en modo alguno encajarían en la modalidad de *entes dependientes* que refiere la Ley en esta DA 30, pues es incuestionable la autonomía de las Entidades locales como argumento de raíz para cerrar tal vía interpretativa.

(40) Vid. Julio GONZÁLEZ GARCÍA, «Medios propios de la Administración, colaboración inter-administrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», RAP 173, 2007, pp. 217-237.

En resumen, TRAGSA NO tiene la consideración de medio propio de las entidades locales por lo que no tendría amparo normativo la posibilidad de realización de encargos (ni aun con base en un Convenio por lo que a continuación se expondrá). Siendo la prestación onerosa y típica (artículo 5 LCSP) resulta de obligada aplicación la LCSP en lo relativos a procedimientos de adjudicación, pues lo contrario *sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como la nacional* (41).

B) También son negocios excluidos los convenios en sus distintas modalidades. Modalidad que deberá ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación este comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva» (42). Y el umbral, insistimos, es irrelevante (43). Así

(41) La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21108, de 28 de julio de 2008. «Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una Corporación y una empresa para la ejecución de una obra». ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una Entidad Local al no cumplir los requisitos exigidos por el artículo 4 n) y 24 LCSP ni la DA 30 LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las Administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA ha sido objeto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295105, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107198, apartado 50), a saber que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerce sobre la persona, que es distinta de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que tal persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. En la sentencia el Tribunal de Justicia declara la condición de medios propio de TRAGSA respecto de las aquellas Administraciones que son titulares de su capital al considerar que respecto de las mismas se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la Corporación.

Asimismo advierte que al figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una Administración pública sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio.

(42) Denunciaba ya como contraria al derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS. «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?», en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, pp. 393-394.

(43) La STJCE de 18 de julio de 2007 (Comisión/Italia) considera que existe contrato público de servicios cuando se trata de prestaciones relativas a la utilización de la fracción residual de los residuos urbanos, después de su recogida selectiva, generada en los municipios de la región de Sicilia y considera que los convenios celebrados sin seguir los procedimientos previstos en la Directiva supone clara contravención del derecho de contratos públicos.

se deriva de la STJCE de 13 de enero de 2005 (parágrafo 10) que condena al Reino de España por esta práctica y prevé la no aplicación de esta Ley a los convenios, que en ningún caso podrán versar sobre prestaciones onerosas reguladas por esta norma. Doctrina corroborada por la STJCE de 18 de enero de 2007 (parágrafo 16) (Auroux /Commune de Roanne), en la que se analiza la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio. El TJCE es claro al declarar que este es un caso de contrato de obra que debe ser objeto de licitación. Y en esta línea debe recordarse la STJCE de 18 de diciembre de 2007 (en el asunto C-220/06 Correos España) por la que se declara ilegal el Convenio suscrito por El Ministerio de Educación y Ciencia con la Entidad Correos por acordar cuestiones que son objeto de aplicación de la Directiva servicios (44). Y es que, cuando hay onerosidad en una actividad incluida en el ámbito de la Directiva debe aplicarse las reglas de publicidad y concurrencia:

«2) La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 , sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en su versión modificada por la Directiva 2001/78 / CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, debe interpretarse en el sentido de *que se opone a una normativa de un Estado miembro que permite que las Administraciones públicas, actuando al margen de las normas de adjudicación de los contratos públicos, encarguen la prestación de servicios postales no reservados con arreglo a la Directiva 97/67 a una sociedad anónima pública de capital íntegramente público y que es el proveedor del servicio postal universal en dicho Estado, siempre que los convenios a los que tal normativa se aplique*

- alcancen el umbral pertinente según lo previsto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 92/50 y
- constituyan, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 , en su versión modificada por la Directiva 2001/78, contratos celebrados por escrito y a título oneroso, extremo cuya verificación corresponde al órgano jurisdiccional remitente.»

Por ello, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 18 de abril de 2008 ha procedido a la anulación de este Convenio declarando contraria a derecho esta práctica. Esto supone que con la LCSP quedarán sujetos a su normativa todos los contratos cuyo objeto sea alguno de los contemplados en las correspondientes Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, cuando se celebren a título oneroso y por escrito, entre una entidad adjudicadora (en el sentido que las citadas Directivas atribuyen al término) y un contratista o proveedor que sea una persona

(44) Vid. J. GONZÁLEZ GARCÍA, «Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones in house. A propósito de la sentencia Correos de 18 de diciembre de 2007, del Tribunal de Justicia», *Revista Española Derecho Europeo*, núm. 26, 2008, pp. 193-209.

jurídicamente distinta de aquella entidad y autónoma respecto de ella desde el punto de vista de la adopción de sus decisiones. Y ello, frente al régimen LCAP, al margen del concreto importe (45).

Una novedad introducida por la LCSP es que los contratos de servicios y suministro celebrados por los Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva. Y tienen la consideración de OPI estatales los siguientes: Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Instituto Nacional de Investigación Tecnológica Agraria y Alimentaria (INIA), Instituto Español de Oceanografía, Instituto Geológico Minero de España (IGME), Instituto de Salud Carlos III, Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA), Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX) (46).

También quedan excluidos del ámbito objetivo de aplicación de esta Directiva los contratos derivados de un acuerdo internacional, celebrados de conformidad con el Tratado de la Unión Europea, relativos a obras o suministros destinados a la realización o explotación en común de una obra o relativos a servicios destinados a la realización o explotación conjunta de un proyecto, así como los convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas (47).

(45) La STJCE de 18 de julio de 2007 (Comisión/Italia) considera que existe contrato público de servicios cuando se trata de prestaciones relativas a la utilización de la fracción residual de los residuos urbanos, después de su recogida selectiva, generada en los municipios de la región de Sicilia y considera que los convenios celebrados sin seguir los procedimientos previstos en la Directiva supone clara contravención del derecho de contratos públicos.

(46) Obviamente no encajan ni pueden encajar en esta tipificación las Universidades Públicas. Al respecto resulta de interés el Informe 4/2008, de 15 de mayo, de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre la posibilidad de que los contratos de servicios y suministros que celebre la Universidad de Zaragoza y que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica, pueden quedar excluidos del sometimiento a la LCSP al amparo de la previsión del artículo 4.1.q) de la misma.

(47) Por la propia naturaleza del contrato parece conveniente realizar una interpretación amplia de esta excepción como sugieren GARCÍA DE ENTERRÍA, «Ámbito...», ob. cit., pp. 116 y S. CASAJÚS «El régimen de contratación en el extranjero», en el libro col. *Lecciones de Derecho Operativo*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, p. 182.

4. De los procedimientos de licitación. La incorporación de las TICs

La parte dedicada a los procedimientos de adjudicación contiene uno de los aspectos más novedosos del proyecto de Ley al diferenciar entre contratación de publicidad comunitaria (la Ley la denomina *armonizada*) y la inferior a ésta y a regular la contratación pública y los medios electrónicos (48). El objetivo básico de esta regulación pasa por, respetando los principios básicos, combinar el rigor en el control de posibles abusos e irregularidades con vías formales flexibles, más adaptadas a la envergadura real de los contratos, que reduzcan la carga burocrática en los casos en que no sea necesaria. En todo caso, lo más novedoso es la elevación de cifras para el procedimiento del contrato menor y del negociado. El artículo 122.3 LCSP establece que un contrato menor puede adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar. Se puede considerar contrato menor de obras el de importe inferior a 50.000 € (IVA excluido); en cualquier otro contrato cuando su importe sea inferior a 18.000 € (IVA excluido) —La Disposición adicional duodécima habilita contratar como contrato menor sea cual sea su importe económico siempre que no llegue al contrato armonizado, la suscripción a revistas y otras publicaciones así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas—. En el procedimiento negociado sin publicidad, las cifras se elevan a 60.000 € para suministros y servicios y 200.000 € para obras (art. 126.1 LCSP), que se incrementan si existe publicidad hasta los 100.000 € y 1 millón de € respectivamente (art. 162. 1 LCSP). Obviamente, como recuerda artículo 162.3 LCSP, durante la negociación —no hay proposiciones estáticas—, los órganos de contratación velarán porque todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto». Pues bien, parece acertado la propuesta que eleva la cuantía que permite acudir a un procedimiento negociado (con y sin publicidad), ya que las propias circunstancias del mercado y del procedimiento así lo aconsejan, siempre y cuando se utilice adecuadamente este procedimiento y no se pervierta para convertirlo en un concurso simplificado (49). Por contra, la elevación de las cuantías del contrato menor no resulta una medida acertada y debería desaparecer este contrato y sustituirse por uno simplificado (siguiendo, por ejemplo, el modelo en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos

(48) Respecto a la tramitación de expedientes una reflexión: se debería haber optado por simplificar los trámites posibilitando una más rápida adjudicación y, por ende, efectiva satisfacción de la prestación que se necesita.

(49) Por ello creo que resultaría conveniente prever además un nuevo procedimiento abreviado, caracterizado por ser un procedimiento abierto a la participación de cualquier interesado, con mínima carga burocrática y plazos breves, en el que la publicidad de la licitación a través de web.

públicos de Navarra). Igualmente el diseño del procedimiento negociado vuelve a introducir excepciones no contempladas en la Directiva y por ello contrarias a la misma, como ha recordado en la STJCE de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España (50).

Quizá falta también determinación para establecer el carácter tipo del procedimiento restringido (modelo que acaba de ser adoptado como ordinario por el Ministerio de Fomento) ya que los criterios de capacidad y solvencia sirven como filtro previo en los procedimientos abiertos, pero pueden jugar función selectiva en los procedimientos restringidos. A tal efecto, debe destacarse como importante novedad el que, en este tipo de procedimiento, al valorar la capacidad, se pueda tener en cuenta el esfuerzo del contratista por contribuir a la estabilidad del personal laboral o, incluso, el grado de incorporación de discapacitados a su plantilla. Dato relevante a la hora de decidir el procedimiento de adjudicación y más concretamente, la conveniencia de utilizar un procedimiento restringido, pues ha de permitir utilizar la contratación pública como potestad o instrumento al servicio del interés general y no como un fin en sí mismo.

Una novedad procedimental —artículos 163 a 167 LCSP— es el denominado diálogo competitivo, recogido en la Directiva 18/2004 en su artículo 29, definiéndolo como «un procedimiento en el que todo operador económico puede solicitar su participación y en el que el poder adjudicador dirige un diálogo con los candidatos admitidos a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta» (51). Se introduce, pues, un nuevo procedimiento de contratación pública aunque caracterizado por su carácter excepcional. De la regulación comunitaria se deduce que los poderes adjudicadores podrán utilizar este nuevo procedimiento cuando la prestación demandada se considere que, por su particular complejidad (en particular, se podrían considerar contratos especialmente complejos los contratos de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada), no pueden adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido, por resultar imposible la definición de las soluciones a implantar, se podrán licitar mediante el procedimiento de diálogo competitivo. Mediante dicho procedimiento, al que se incentiva mediante un premio a quienes participan, se inicia un diálogo con las empresas y los profesionales que hayan

(50) La previsión del artículo y del artículo 156 c) y del 157.a) LCSP, por ejemplo, incumple la Directiva 2004/18 en este aspecto.

(51) Se opta, pues, por mantener el procedimiento negociado configurando al diálogo competitivo como un nuevo procedimiento excepcional.

solicitado su participación y hayan sido seleccionados por el ente contratante, diálogo mediante el cual los licitadores ofrecen las soluciones más idóneas para la satisfacción de las necesidades del poder adjudicador y sobre éstas soluciones se invitará a los licitadores a presentar una oferta.

La tramitación se iniciará mediante la elaboración de un documento descriptivo, en el que se definirán lo más detalladamente posible las necesidades que desea satisfacer el sujeto contratante y los requisitos que definen el objeto del contrato. En dicho documento deberán establecerse los requisitos mínimos de solvencia para poder ser invitado al diálogo y los criterios de adjudicación, pudiendo preverse premios de naturaleza económica por participar en el procedimiento.

En cuanto a la incorporación de las TICs a la contratación pública en la LCSP, amén de existir una dispersa sistemática —en el artículo 132 se regula la subasta electrónica, en el 183 a 186 el sistema de adquisición dinámica y en el 309 la plataforma de contratación pública—, debería advertirse más nítidamente la diferencia entre medios electrónicos y procedimientos electrónicos (52). La previsión de la Ley de dos nuevas modalidades: el sistema de adquisición dinámica y la adquisición electrónica debería recogerse en el Capítulo dedicado a procedimientos. En este punto se considera un acierto la previsión —no tanto la regulación, donde se podría haber ido un poco más allá de lo dispuesto en la Directiva y coordinar con la Ley 11/2007 de 2 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos— de estas modalidades ya que la contratación pública a través de Internet ofrece, además de los beneficios financieros, un acceso más sencillo a los mercados mundiales al proporcionar más visibilidad y unos procesos administrativos más simples. Estos nuevos horizontes pueden ser particularmente beneficiosos para las PYME, al permitirles buscar oportunidades fuera de su entorno más inmediato.

Obviamente, y como exige la Directiva, las fases de este procedimiento electrónico deben garantizar que el desarrollo del mismo garantizará en todo caso el principio de igualdad de trato y de transparencia. A tal fin, a al hora de preparar o diseñar el mismo deben tenerse en cuenta los siguientes hitos: a) la elección del procedimiento y su justificación, b) la elaboración del anuncio del contrato y del pliego de condiciones de ejecución del mismo, c) el comienzo del procedimiento de subasta y las distintas fases de las mismas en las que se debe prever la posibilidad de que los contratistas modifiquen y mejoren sus ofertas (puede optarse por tiempo o «vueltas» pareciendo esta

(52) Sobre esta cuestión me remito a mi trabajo *La nueva contratación...*, ob. cit., pp. 228-250, y muy especialmente al estudio de J. DOMÍNGUEZ-MACAYA que se contiene en esta monografía.

última la mejor opción), y d) cierre de presentación de ofertas y finalización del procedimiento con propuesta de adjudicación.

Las ventajas del correcto diseño de estos procedimientos son evidente: se agiliza el procedimiento de adjudicación de los contratos, ayudando, por tanto, en el cumplimiento de los plazos legalmente establecidos; supone una minimización de errores en la mecanización de las ofertas recibidas al hacerse el vuelco de las mismas de forma automatizada; e implica una disminución de las cargas del personal público. Finalmente, puede presumirse que generará un clima de confianza en los contratista en cuanto han de considerar al procedimiento como objetivo y neutral lo que posibilitará un efecto evidente: aumento de la concurrencia. Ya existen experiencias —como por ejemplo, además de las del Estado, las existentes en Cataluña, Canarias, o en la que trabaja el Gobierno del País Vasco, entre otras (53)— que poco a poco han de permitir su progresiva implantación en el día a día de las distintas Administraciones públicas. En todo caso, como advierte J. F. MESTRE DELGADO, como paso previo a la implantación de las nuevas tecnologías en la contratación pública debe procederse a la identificación de los bienes, derechos e intereses dignos de protección jurídica, para determinar si éstos quedan o no protegidos, y en qué medida, con el empleo de dichas nuevas tecnologías (54). Lo que no debe entenderse como una objeción reticencia hacia estos nuevos procedimientos ya que compartimos la apreciación de DOMÍNGUEZ-MACAYA de que la adopción de medidas en contratación pública electrónica es una tarea inaplazable por razones de tipo legal, de tipo económico y de tipo estratégico (55). Labor que exige prudencia y ritmos acompasados, donde la colaboración entre los distintos poderes adjudicadores debe ser clave de cara a encontrar soluciones o propuestas homogéneas que permitan alcanzar satisfactoriamente el fin perseguido y que eviten cierta confusión en los contratistas, que podría acarrear una no deseada «fragmentación del mercado». En consecuencia, parece lógico admitir cualquier tipo de formato que pueda ser abierto por la aplicación informática en cuestión (debe entenderse que, al menos, las aplicaciones informáticas que impliquen el intercambio de documentos admitirán los siguientes formatos: .doc, .xls, .pdf, .jpg, .rff, .ppt, .txt, .csv, .wps, .zip).

(53) Sobre esta concreta experiencia del sistema de contratación electrónica del Gobierno vasco puede consultarse, por su interés, el documento de trabajo «Sistema econtratación» en la siguiente dirección electrónica: www.contratacion.info

(54) MESTRE DELGADO, J.F. «La subasta electrónica: Consideraciones sobre el empleo de medios telemáticos en la contratación pública», *Revista General de Derecho Administrativo* n.º 2/2003, p. 4.

(55) J. DOMÍNGUEZ-MACAYA, «La adopción por los poderes adjudicatarios de la contratación Pública: una tarea inaplazable», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 41, 2005, pp. 37-41. *Ibidem* «Presente y futuro de la contratación electrónica» en libro col. *Contratación del Sector Público Local*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 2085 a 2368.

En este sentido, el art. 309 LCSP prevé la creación de una Plataforma de contratación del Estado (dependiente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa) para dar publicidad a través de internet a las convocatorias de licitaciones y a sus resultados. La plataforma de contratación del estado se interconectará con los servicios de información similares que articulen las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en la forma que se determine en los convenios que se concluyen al efecto. Destaca igualmente es que se recoja la previsión del perfil del comprador, lo que puede traducirse en mayor concurrencia.

5. De la ejecución de los contratos

En la ejecución, suspensión y resolución del contrato el LCSP adolece de un intento de corregir los problemas tradicionales derivados de la ejecución de las prestaciones licitadas (56). Además de algunas variaciones y garantías adicionales sobre el texto presentado parece oportuno que el LCSP recogiera la posibilidad de que los interesados puedan recurrir los motivos de un modificado, lo que habría de suponer la introducción de una eficaz garantía práctica que puede coadyuvar a erradicar prácticas a todas luces incorrectas y que descargan la responsabilidad en las concretas personas que lo acometen. Se debería habilitar penalidades contractuales pactadas en pliego (extendibles al margen de la naturaleza privada o pública del ente contratante). Es en este Capítulo general de ejecución donde se debe incluir el precepto de fuerza mayor. El control, por operatividad práctica, no debe residenciarse, por motivos de operatividad, en el Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente sino en las Juntas Consultivas de contratación administrativa habida cuenta el perfil y vocación de éstas. Sin embargo, algunas de sus previsiones no son conformes a derecho comunitario. Así, se quiebra la Directiva 2004/18 cuando LCSP permite en caso de resolución anticipada adjudicar sin licitación. De la lectura de la Directiva parece desprenderse que estos casos requieren nueva licitación por cambio del objeto contractual (amén de mejoras en las condiciones). Asimismo, las previsiones de modificados que contemplan los artículos 202.1, 217 o 233 del LCSP no parecen guardar coherencia con la Directiva 2004/18 en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la referida norma tal y como ha interpretado el TJCE en Sentencia de 29 de abril de 2004 (*Succhi di futta*) en al que se establece la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato.

(56) Denuncian igualmente esta falta de innovación en este punto y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, ob. cit., p. 159.

6. Del valor de los contratos. Del IVA

A tenor del art. 76 LCSP, y por influencia del art. 9 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total pagadero por la prestación, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido. Este valor estimado del contrato incluirá, conforme al art. 131 RCAP, los costes de ejecución material (teniendo en cuenta los precios habituales de mercado), los gastos generales de la empresa, el beneficio industrial, así como la cuantía de las primas o pagos a candidatos o licitadores, cuando se hayan previsto su abono. La novedad introducida por este precepto con respecto a lo establecido en el art. 131 RCAP es la exclusión, *a todos los efectos*, del importe del Impuesto sobre el Valor Añadido como elemento integrante del valor estimado del contrato/presupuesto base de licitación. Con dicha prescripción queda superada la regla contenida en los arts. 88 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, y 25 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, aprobado por R.D. 2028/1985, de 30 de octubre, que consideraban el importe del IVA como un elemento de la oferta del contratista, produciéndose una discriminación entre empresas sujetas al tipo general y empresas que, por uno u otro motivo, están sujetas a tipos reducidos o no sujetas (Cfr. art. 20 LIVA) (57).

Cuestión distinta es el componente presupuestario de la licitación. Si del contrato a celebrar se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración, resulta necesaria la existencia de crédito adecuado y suficiente. El artículo 93.3 LCSP dispone para la Administración de incorporar al expediente el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, que queda afecto al pago del precio del contrato. Esta reserva de crédito lo es a los solos efectos presupuestarios, siendo el importe de dicha reserva de crédito la suma del valor estimado del contrato o presupuesto base de licitación y el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que le corresponda.

(57) Vid Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 2/92, de 27 de febrero de 1992. «Repercusión del aumento del Impuesto sobre el Valor Añadido del 12 al 13 por 100, establecido en el artículo 81 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, respecto de la contratación administrativa»; Informe 1/2005, de 5 de mayo, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña sobre «Tipificación de los contratos de gestión de las viviendas con servicios para la gente mayor, gestión del servicio de acción socioeducativa en medio abierto y contratos para la promoción, dinamización y organización de las actividades culturales, artísticas y socioculturales en centros cívicos. Valoración de las ofertas cuando concurren empresas licitadoras exentas de IVA o con tipo reducido y Informe 2/2007, de 12 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre «valoración de las ofertas cuando concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos».

Distinto de todos los anteriores es el «precio del contrato», que no puede ser determinado hasta la adjudicación del contrato, y que incluirá, cuando se determine, como partida independiente, el importe del impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración.

7. Del recurso en contratación pública. La insuficiencia del modelo

Para concluir debe llamarse la atención sobre la necesidad, por imperativo del derecho comunitario, de implantar para todo contrato independientemente de su umbral y de la personalidad pública o privada de quien contrata, de un sistema de recursos rápido y eficaz, con tutela cautelar de todo tipo, que no puede descansar, como se prevé en la LCSP en el mismo órgano de contratación al vulnerar la finalidad de la Directiva comunitaria y la doctrina del TJCE en sentencia de 28 de octubre de 1999 (Alcatel) al señalar que la Directiva recursos del 89 «debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato» (58). El artículo 81 de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo de 2004, insiste en la necesidad de incorporar un mecanismo de recurso rápido y eficaz, apuntando la posibilidad de que pueda sustanciarse en una agencia independiente (59).

El recurso, a nuestro juicio, podría residenciarse en un órgano administrativo especializado (bien podrían ser las Juntas Consultivas de Contratación Pública, como sucede en Baleares o en Navarra (60) o en Tribuna-

(58) Y es que la Directiva Recursos impide la formalización del contrato en tanto se sustancia el recurso, tal y como acaba de afirmar en la STJCE de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración. Me remito a mi estudio «El recurso especial en la LCSP: ¿adecuación a su finalidad?», *Documentación Administrativa*, núm. 275, 2006.

(59) Debe destacarse que la LCSP no modifica —ni se plantea hacerlo— el actual recurso contencioso-administrativo atendiendo a las necesidades derivadas del derecho comunitario —que exige la interposición de un recurso eficaz, previo a la celebración del contrato, que dirima un órgano judicial o con garantías equivalentes, ni siquiera respecto de las medidas cautelares.

(60) J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, «Las reclamaciones y otras medidas de control en materia de contratación pública», en J. C. ALLI ARANGUREN (Dir.), *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006, pp. 733-796.

les específicos), que deberá resolver en un breve plazo y que imposibilitará hasta su resolución la efectiva formalización del contrato. Con una regulación así se conseguiría una efectiva y leal transposición a la Directiva 89/665/CEE (recientemente modificadas por Directiva 2007/66/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007) (61). Por ello, en modo alguno puede aceptarse que el recurso se residence en el mismo órgano que dictó el acto (como pretende el LCSP —artículo 37 LCSP— al menos para la Administración General del Estado) (62). Opción que supone manifiesta contravención del derecho comunitario al no cumplirse la nota de eficacia exigible a un correcto sistema de garantías. Y es que en modo alguno puede considerarse que tal previsión cumpla con la premisa de eficacia pues esta debe ser analizada o contemplada desde la perspectiva de corrección ante eventuales infracciones normativas y no desde la visión de la Administración que «resuelve un obstáculo procedimental».

Por otro lado, la limitación del recurso a los contratos armonizados no parece una opción correcta al crear desigualdades desde el plano de las garantías en función del importe del contrato: De hecho la referida Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006 aconseja la existencia de recursos eficaces al margen del importe del contrato (63):

«En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una *protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario*. El derecho a esta protección constituye uno de los principios generales de Derecho derivados de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. A falta de disposiciones pertinentes de Derecho comunitario, incumbe a los Estados miembros instaurar las normas y los procedimientos necesarios para garantizar una protección jurisdiccional efectiva.

En aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que, al menos *las decisiones que perjudiquen a una persona que*

(61) Vid. GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 77-127.

(62) Vid. J. TORNOS MAS, «Novedades en la regulación de los recursos en materia de contratación de las Administraciones Públicas», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 59, 2006, pp. 45-51. También LÓPEZ-CONTRERAS y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Instituto de Empresa y Cátedra Jurídica del Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006p. 158.

(63) Crítico con esta opción es también J. BERASATEGUI, «El control administrativo independiente de la contratación Pública», *Diario La Ley*, num. 6650, 13 de febrero de 2007, p. 4.

esté o haya estado interesada en obtener un contrato, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de las normas fundamentales derivadas del Derecho primario comunitario.

Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión.

De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)».

Limitación que también se extiende a los entes que no tiene consideración de Administración Pública —se entiende que afectos de esta Ley, lo que excluye a Entes de Derecho Público— lo que reduce considerablemente su ámbito. Y la previsión de que estos puedan someterse a arbitraje —que no regula— en modo alguno implica cumplimiento de la Directiva «recursos», pues muchos contratos se acabarán fiscalizando en sede jurisdiccional ordinaria.

Creo que el sistema de medidas provisionales es incluso un retroceso frente al actual artículo 60 bis de la LCAP [ya considerado insuficiente por la doctrina (64)], por cuanto ya no son automáticas y no son recurribles, lo que quiebra la previsión del artículo 8.2 de la Directiva 89/665. Además, el breve plazo de dos días para medidas adicionales parece excesivamente breve. Asimismo, la ausencia de previsión de plazo de suspensión tras la resolución del recurso hasta que se sustancia el jurisdiccional no parece del todo correcto desde la perspectiva de tutela judicial.

Pues bien, entiendo que con esta regulación no se cumple ni con las Directivas recursos ni con la finalidad pretendida por las mismas, al no existir la nota de eficacia exigible a un correcto sistema de garantías pues ésta debe ser analizada o contemplada desde la perspectiva de corrección ante eventuales infracciones normativas y no desde la visión de la Administración que «resuelve un obstáculo procedimental» (65). Y es que difícilmente

(64) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Artículo 60 bis. Medidas provisionales», en el libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob. cit., pp. 324-325. Igualmente crítica con este precepto se posiciona S. DE LA SIERRA, «Las medidas cautelares en la contratación pública», RAP, 164, 2004, pp. 229-230.

(65) No se ajusta tampoco a la reciente Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

puede considerarse que concurre la nota de independencia cuando resuelve el mismo órgano contratante —o quien ostenta influencia dominante o tutela— lo que puede pervertir la finalidad de este mecanismo de control que puede devenir en carga u obstáculo procedimental habida cuenta su carácter preclusivo (66).

(66) Por último, siguiendo el modelo de las instituciones comunitarias y del ordenamiento francés parece conveniente que el LCSP hubiera previsto la constitución de un Consejo Consultivo para la apertura de la Contratación pública, interdisciplinar y con representación autonómica, empresarial y académica, y que debe servir de foro u observatorio para analizar el mercado de los contratos públicos e informar y proponer iniciativas que garanticen los objetivos de una adecuada y correcta política de contratación pública.