

## LOS RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

**I.** Se exponen seguidamente los puntos principales de las directivas comunitarias de contratación pública, la problemática existente actualmente, las reformas y tendencias, la repercusión de las directivas en los Estados europeos en especial desde un punto de vista procesal, para terminar haciendo una reflexión final sobre la contratación administrativa en un contexto jurídico internacional.

**II.** Es pacífico admitir que, desde hace ya tiempo el protagonismo de las reformas en materia de contratación pública lo han adquirido las directivas comunitarias de contratación pública. Es conocido que las instituciones comunitarias han dictado directivas sobre contratos de suministros, de obras, públicos de servicios, de sectores especiales (es decir aplicables a las entidades que actúen en los sectores del agua, la energía, el transporte y las telecomunicaciones) y de recursos a efectos de proteger a los licitadores frente a adjudicaciones ilegales.

**III.** A mi juicio, el elemento esencial de las directivas comunitarias es la insistencia en la adjudicación de los contratos públicos conforme a pautas de legalidad pública o criterios objetivos, desechando un principio de libertad de selección del contratista propio de la contratación civil.

Aunque dichas directivas presuponen (y hasta consiguen) que la Administración pública ha de contratar siguiendo pautas de legalidad, lo cierto es que dichas directivas no se dictan sino apoyándose en las competencias del TCE de realización de un mercado común dentro de la Comunidad Europea. Lo que preocupa a las instituciones comunitarias es realizar un gran mercado en el cual los empresarios de los distintos países puedan optar a la contratación pública de otros Estados miembros.

Y ocurre que, para conseguir esto, es preciso aplicar dichos criterios objetivos de igualdad y de no discriminación en la selección del contratista. Diríamos, y esta es una primera idea importante, que la clave del arraigo de

la figura del contrato administrativo radica en que la idea consustancial —al sistema público de contratación— de la selección del contratista conforme a criterios objetivos de legalidad pública, representa, al mismo tiempo que un modo de sujetar a la legalidad las actuaciones públicas, un medio para lograr también la mejor y más oportuna realización de fines mercantiles: la pujanza del mercado lleva a la necesidad de objetividad en la fase de selección del contratista porque ésta es la única forma de conseguir un régimen de competencia entre los distintos empresarios o licitadores interesados en el negocio de la contratación pública.

Si se hubiera, en cambio, optado por un modelo civilista de contratación de la Administración (según el cual ésta puede elegir libremente al licitador) no se lograrían los fines que las instituciones comunitarias pretenden, es decir un mercado real de la contratación pública en el cual los distintos empresarios puedan optar, con garantías jurídicas (principalmente en pie de igualdad), a la contratación pública de otros Estados miembros.

Así pues, las reglas de competencia de mercado llevan a la necesidad de vincular la adjudicación del contrato a la regla del precio más bajo u oferta más ventajosa porque, de lo contrario, no podría llevarse a cabo dicha competencia.

En conclusión, la clave del éxito del contrato administrativo a nivel europeo habría estado en que la realización de fines de legalidad pública sobre la actuación administrativa coincide con la mejor forma de atender a las propias expectativas empresariales inherentes a la contratación pública.

Sería así como a mi juicio se explica que el contrato administrativo haya conseguido resistir al poderoso imán de la privatización y del Derecho privado y, es más, que haya triunfado en este nuevo contexto jurídico.

**IV.** Dicha idea de legalización de la fase de adjudicación se articula a mi juicio de dos modos principales que vienen a representar el quid de las directivas comunitarias.

El primero, una determinada definición del poder adjudicador de carácter funcional y el segundo unas determinadas garantías cuando la Administración emplea la forma del concurso como forma de adjudicación del contrato.

En torno a estos dos temas está el *ser o no ser* del sistema contractual de las directivas comunitarias porque ambos llevan consigo la posibilidad de frustrar dicho sistema, si no se regulan adecuadamente.

El sistema contractual público puede burlarse, en efecto, si los Estados miembros pueden decidir libremente qué autoridades someter al sistema de

las directivas comunitarias, es decir si por ejemplo cabe la posibilidad de definir una entidad como privada eludiendo así las garantías de las directivas sobre contratación pública.

También puede burlarse el sistema contractual público si, a la postre, los poderes adjudicadores pueden decidir libremente sobre la selección del licitador, es decir si en la fase de concurso no existe una *efectiva* vinculación a la regla del precio más bajo o la oferta más ventajosa.

**V.** La definición del poder adjudicador ha de hacerse de tal forma que se consiga evitar que, mediante la calificación formal de una entidad como privada, se eluda el régimen de las directivas comunitarias o de la LCAP (es decir las reglas de publicidad, de concurrencia y de vinculación a la mejor oferta).

De ahí la virtualidad de la definición funcional del poder adjudicador. Junto a las Administraciones públicas territoriales (Estado, CC.AA. y Administración local) las directivas consideran también poder adjudicador a los «organismos públicos» (junto a las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público).

Y el criterio angular, y en todo caso de mayor interés práctico y significación teórica, es el criterio funcional que sirve para definir el organismo de Derecho público.

Se sigue, en efecto, una «definición funcional del organismo de Derecho público como poder adjudicador»: las directivas comunitarias se aplicarán si dicho organismo ha sido «creado para satisfacer una necesidad de interés general que no tengan carácter industrial y mercantil». Lo decisivo es el tipo de función de la entidad: si es puramente mercantil el sujeto quedará fuera del ámbito de aplicación de la norma. Si se corresponde con un «interés general» aquél deberá cumplir las directivas.

Pero, obviamente, no todo tipo de organismo que cumpla esta función queda sujeto al régimen comunitario de contratación pública. Es precisa una previa adscripción o vinculación del organismo a un poder público (Estado, ente territorial regional o local u organismo de Derecho público).

De ahí que, junto al requisito obligado de estar dotado de personalidad jurídica, las directivas insistan asimismo en dicha vinculación a un sujeto público. Concretamente ha de presentarse una de las tres circunstancias siguientes:

- Que el organismo tenga una actividad mayoritariamente financiada por el Estado, los entes públicos territoriales y otros organismos de Derecho público.

- Que su gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos.
- Que su 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 públicos territoriales u otros organismos de Derecho público (1).

Aunque en los Anexos de las directivas pueden aparecer listas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que reúnen los criterios que acaban de ser enumerados ello no significa atribuir a dichas listas un carácter cerrado, a pesar de que son «lo más completas posibles» (artículo 1.b in fine de la directiva de suministros 93/36).

Así pues, el límite último de la definición de Administración es funcional; junto a los casos, claros, del Estado, las CC.AA. o las Corporaciones locales es preciso observar, en último término, en los organismos de derecho público, el tipo de función desempeñada, fijando el límite de aplicación subjetiva de las directivas de contratación pública en las funciones de satisfacción de interés general.

La forma, pública o privada, de la entidad u organismo no es decisiva. Si la entidad cumple una función pública (interés general) y no privada (o mercantil) la adjudicación del contrato tendrá que respetar los criterios objetivos propios de la contratación pública.

También la *directiva de sectores especiales 93/38* sigue esta misma ratio funcional. En principio, la directiva se aplica al Estado, los entes públicos territoriales y los «*organismos de Derecho público*» (y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público).

Y la virtualidad está, nuevamente, en el criterio funcional que sirve para definir el *organismo de Derecho público*, es decir organismo «creado para satisfacer una necesidad de interés general que no tengan carácter industrial y mercantil», siempre que actúe dentro de alguno de los sectores del agua, la energía, el transporte y las telecomunicaciones y siempre que, lógicamente, el organismo tenga personalidad jurídica propia y reúna alguna de las tres condiciones siguientes (que el organismo tenga una actividad mayoritariamente financiada por el Estado, los entes públicos territoriales y otros organismos de Derecho público; que su gestión se halle sometida a un control

(1) Artículo 1 de la directiva 93/37 (contratos de obras); artículo 1 y considerando tercero de la directiva 93/36 (contratos de suministros).

por parte de estos últimos; que su 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 públicos territoriales u otros organismos de Derecho público).

En conclusión, la forma jurídica no tiene mayor relevancia como criterio para afirmar la sujeción de una determinada entidad a la directiva de sectores especiales. Lo decisivo es si aquella desarrolla una actividad de interés general y de esta forma es claro que se intenta poner remedio al problema de la huida del Derecho público de contratación.

No obstante, peculiar de esta directiva es la extensión, que afirma expresamente, respecto de «empresas públicas» (art. 1.2 de la directiva 93/38) y de «entidades con derechos especiales».

Son empresas públicas «aquéllas sobre las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una *influencia dominante* por el hecho de tener la propiedad o una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, *cuando*:

- Tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa, o
- Dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa, o
- Puedan nombrar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o supervisión de la empresa.

Así pues, si la entidad no satisface una necesidad de interés general puede quedar sujeta a la directiva de sectores especiales si aquella encaja dentro del concepto de empresa pública, por gozar el poder público de una influencia dominante.

Finalmente, junto a las Administraciones (territoriales) y los organismos de Derecho público (definidos funcionalmente) y las empresas públicas (definidas por la influencia del poder público) también quedan sujetas a la directiva de sectores especiales *las entidades que, sin ser poderes públicos ni empresas públicas, gocen de derechos especiales o exclusivos* concedidos por una actividad competente de un Estado miembro (artículo 2.1 de la directiva).

Por «derechos especiales o exclusivos» se entienden los que resulten de una autorización otorgada por una autoridad competente del Estado miembro de que se trate, en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto la reserva del ejercicio de una de las

actividades que se correspondan con el agua, la energía, el transporte y las telecomunicaciones, a una o a más entidades (art.2.3 de la directiva (2)).

Para precisar el ámbito objetivo de la directiva (es decir, las actividades que se corresponden con los sectores del agua, la energía, el transporte y las telecomunicaciones), presupuesto en todo caso básico para afirmar la aplicación de la directiva de sectores especiales, es preciso consultar el artículo 2.2 de la directiva, donde se van enumerando las distintas actividades que quedan incluidas o excluidas del ámbito de aplicación de la directiva (3).

En el Derecho español, en la actualidad es preciso tener especialmente en cuenta la importante Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, de incorporación al Derecho español de las «directivas de sectores» (93/38, modificada por la directiva 98/4) y de recursos en materia de sectores (92/13).

La justicia europea, además, ha sido coherente con estos planteamientos del Legislador comunitario aplicando estrictamente estos criterios funcionales característicos de las directivas comunitarias cuya virtualidad está en servir de solución al problema de la huida del sistema de garantías que han de cumplir todos los entes que cumplen funciones administrativas.

Por tanto, la dificultad de deslindar ambos casos (funciones de satisfacción de interés general y funciones mercantiles) no debe llevar al desánimo del intérprete. Es una típica función jurisdiccional la de deslindar ambos

(2) Este mismo precepto contiene, finalmente, dos presunciones en favor de la consideración de «derechos especiales». Primero, si la entidad puede recurrir a un procedimiento de expropiación forzosa o de servidumbre, o utilizar el suelo, subsuelo y el espacio situado sobre la vía pública para instalar los equipos de las redes, siempre a los efectos de construcción de redes.

Segundo, en casos en que la entidad suministra agua potable, electricidad, gas o calefacción a una red que a su vez sea explotada por una entidad que goce de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente del Estado miembro correspondiente (...).

(3) Se incluye: (1) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas que presten un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable, o de electricidad o de gas o de calefacción, así como el suministro de agua potable, electricidad, gas o calefacción a dichas redes. (2) La explotación de una zona geográfica determinada para la prospección o extracción de petróleo, gas, carbón u otros combustibles sólidos o la puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales, de los aeropuertos, de los puertos marítimos o interiores o de otras terminales de transporte. (3) La explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable (...). 4. La puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro de uno o más servicios de telecomunicaciones.

Imprescindible es, asimismo, el artículo 2.5 de la citada directiva, donde se enumeran ciertos casos excluidos de la aplicación de la directiva.

supuestos en casos dudosos o fronterizos. Como dice una STS de 4 de abril de 1997, estamos ante un caso de «sensibilidad jurídica casuística propia del ejercicio de la función judicial».

En este sentido, por referencia al «BOE», la STJCE de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/1996) afirma que la función que realiza una imprenta (austriaca en este supuesto) tiene el carácter de satisfacción de interés general.

En esta línea, también por ejemplo, la STJCE de 10 de noviembre de 1998 (asunto C-360/96) considera que el tratamiento de residuos domésticos e industriales es «satisfacción de necesidades de interés general».

En cambio, según el TJCE, no es un organismo de Derecho público (4) una entidad que tiene por objeto desarrollar actividades dirigidas a la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares. El TJCE entiende que la función es en estos casos de carácter predominantemente mercantil (STJCE de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-223/99 y C-260/99).

El mensaje de esta jurisprudencia, para el Derecho español, sería que los tribunales y juzgados de la jurisdicción contencioso-administrativa apliquen, siguiendo el ejemplo del TJCE, este tipo de criterios funcionales.

VI. El segundo tema decisivo en torno a la ratio de legalización de la fase de adjudicación del contrato es el logro del funcionamiento efectivo de la regla de «vinculación a la oferta económicamente más ventajosa».

Cuando se aplique la subasta no se presentan en principio mayores problemas jurídicos, ya que el criterio aplicable (el precio más bajo) tiene carácter reglado. No es tan sencillo el supuesto cuando se emplee la forma de concurso. En estos casos, existe una discrecionalidad administrativa que hace a priori más complejo conseguir el funcionamiento efectivo de la regla de «vinculación a la oferta económicamente más ventajosa».

Y la cuestión alcanza una especial importancia porque, de no conseguirse dicho funcionamiento efectivo, peligra el propio sistema contractual público. Las distintas regulaciones de las directivas comunitarias (cuyo quid es la afirmación de los principios de publicidad, concurrencia y vinculación a la mejor oferta) se convertirían en papel mojado si, en último término, no se consiguiera una aplicación efectiva de los principios de igualdad, no discriminación y vinculación a la oferta económicamente más ventajosa,

(4) En el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la directiva 92/50/CEE del Consejo relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

pudiendo la Administración, a la postre, llegar a determinar o decidir libremente con quien contratar.

En tal caso, sería incluso preferible un sistema privado de contratación (el famoso «freedom to contract with whomever») a efectos de evitar tiempos innecesarios y de crear falsas esperanzas y expectativas a los licitadores.

No puede por tanto sorprender que cada vez sea mayor la atención hacia este tema, que se ha convertido, a mi juicio, en el reto principal del contrato administrativo. El *reto* es, en concreto, conseguir perfilar lo más posible los criterios objetivos y también perfilar lo más posible el control judicial, cuando se emplee el concurso como forma de adjudicación.

Tanto las últimas reformas de las directivas comunitarias como la más reciente jurisprudencia se observa claramente este *creciente interés* en dar soluciones frente a este problema jurídico, esencial para arraigar la figura del contrato administrativo.

- En principio, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, los criterios en que pueden basarse las entidades adjudicadoras para la adjudicación de los contratos pueden ser distintos criterios que variarán en función del contrato, por ejemplo, la calidad, la perfección técnica, las características estéticas y funcionales, la asistencia y el servicio técnico, la fecha de entrega, el plazo de entrega o de ejecución, el precio (5).
- Dichos criterios objetivos han de establecerse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso.
- Dichos criterios objetivos han de indicarse por orden decreciente de importancia y con una ponderación y «podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo» (art. 86.2 de la LCAP).
- Podrán tomarse en consideración «variantes» o «alternativas» que ofrezcan los licitadores cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad (art. 87 de la LCAP).
- La resolución de adjudicación ha de ser motivada, con referencia a los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 88.2 de la LCAP).

(5) Artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50. Arts. 86 y ss. de la LCAP.

- También en caso de que la Administración quiera declarar desierta la adjudicación, la resolución ha de ser motivada, con referencia a los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 88.2 de la LCAP).

Como decía anteriormente, éste es un tema clave del que depende el ser o no ser de las directivas comunitarias y del contrato administrativo y que presenta una especial actualidad.

En las actuales disposiciones sobre criterios de adjudicación (6) se prevé que dichos criterios deben enumerarse en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones —en la medida de lo posible— en orden decreciente según la importancia que les atribuya el poder adjudicador.

Según la propuesta de directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras (7) este sistema es mejorable. La mención al «orden de importancia decreciente» es poco precisa y necesita ser aclarada. En segundo lugar, incluso cuando se indica un orden de importancia decreciente de los criterios de adjudicación, los poderes adjudicadores siguen teniendo un margen discrecional considerable a la hora de adjudicar el contrato. En efecto, si sólo se indica un orden de importancia decreciente, el poder adjudicador mantiene la posibilidad de dar a los criterios, en el momento de la evaluación, un peso determinado y, por tanto, un valor relativo que no conocen los licitadores. La falta de transparencia puede tener como resultado que determinados poderes adjudicadores confieran una *importancia inesperada o imprevisible a uno o varios criterios, incluso después de la apertura de las ofertas*, de modo que den un trato privilegiado a una u otra de éstas.

De esta manera, ante dos criterios, el orden de preferencia puede llevar a conceder el 90% o el 51% del valor relativo al primer criterio. Además, al no existir una norma general que obligue a indicar la ponderación relativa de los criterios desde el inicio del procedimiento, es difícil controlar la elección definitiva del poder adjudicador.

Habría, pues, que reconocer que tal carencia desemboca, en la fase crucial de la adjudicación del contrato, en dejar sin efecto útil las normas que

(6) Apartado 2 del artículo 36 de la Directiva 92/50/CEE, apartado 2 del artículo 26 de la Directiva 93/36/CEE y apartado 2 del artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE.

(7) Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo. DOCE C 029 E de 30 de enero de 2001. Téngase en cuenta también la «Propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras», de 6 de mayo de 2002, presentada por la Comisión con arreglo al art. 250.2 del TCE (COM (2002) 236 final, 2000/0115 (COD)).

rigen las etapas anteriores del procedimiento de adjudicación. Todas estas normas persiguen el mismo objetivo de garantizar el respeto de los derechos de los licitadores y, especialmente, los principios de igualdad de trato y de transparencia.

*Por lo tanto, la futura directiva quiere prever la obligación de mencionar, ya en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, la ponderación relativa de cada criterio. Ésta puede adoptar distintas formas (principalmente, porcentajes o parte relativa en relación con otro criterio) y, para mantener cierta flexibilidad, se puede expresar en forma de una banda de valores dentro de la cual se situará el valor asignado a cada criterio (8).*

Se presupone, igualmente, que los criterios han de tener relación directa con el objeto del contrato y han de ser razonables.

Esta regulación afecta directamente al artículo 86 de la LCAP 2/2000. En este precepto se afirma que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares han de constar los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación (art. 86.1 y 3). Además, «los criterios se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya y podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos».

La LCAP debería, pues, afianzar la obligatoriedad de establecer expresamente en dicho pliego la ponderación exacta de cada criterio. En el propio Derecho comunitario podría profundizarse aún más de lo que lo hace la actual propuesta de directiva, en aras de conseguir el objetivo que se pretende, en el plano de control judicial, pues no consta que dicho control deba reducir la discrecionalidad (cuando sea posible) a una única decisión jurídicamente admisible indicando cuál es la mejor oferta y, más bien, el TJCE parece seguir el criterio afrancesado tradicional y limitado de la simple desviación de poder. En un plano normativo acaso pueda

(8) No obstante, no siempre es posible indicar, ya en el anuncio de licitación, la ponderación relativa de los criterios. Esto puede resultar especialmente difícil en el caso de contratos complejos (6.3 de la propuesta de directiva, *cit.*).

Por lo tanto, según la propuesta de directiva las disposiciones deben dejar una posibilidad de hacer excepciones a la citada obligación.

Por otro lado, conviene procurar que la ponderación sea conocida por todos los licitadores cuando preparen sus ofertas.

En consecuencia, la propuesta de directiva prevé una exención que permita que la ponderación relativa se indique como máximo en la invitación a licitar (en los procedimientos restringidos y negociados) o en la invitación al diálogo (en los procedimientos negociados en caso de contratos complejos). En los demás casos —procedimientos abiertos—, el no haber indicado la ponderación relativa desde el inicio del procedimiento podrá acarrear su nulidad.

hacerse un mayor esfuerzo por perfilar los criterios que en ciertos casos tengan que ser aplicados por la Administración a la hora de adjudicar un contrato.

En la línea de reforzar la aplicación de criterios objetivos la propuesta de directiva pretende que, en los procedimientos restringidos y negociados, la definición de los licitadores invitados a participar se haga aplicando criterios objetivos enunciados previamente.

**VII.** Pero las actuales reformas en un plano normativo, a nivel comunitario, insisten, igualmente, en la posibilidad e incluso necesidad de considerar otro tipo de parámetros, en principio no puramente económicos, en el concurso, tales como sociales y medioambientales (9).

En la propia definición del objeto del contrato abierta estaría la posibilidad de requerir por ejemplo un determinado tipo de materiales básicos o materias primas, así marcos de madera para las ventanas de un edificio administrativo, etc.

Por su parte, la adjudicación del contrato, y en particular el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, podría hacerse considerando elementos medioambientales en aquellos casos en que esto suponga una ventaja económica para la entidad contratante que pueda atribuirse al producto o servicio objeto de la licitación.

Sobre este particular se plantea una cierta complejidad, ya que en principio la adjudicación ha de atender a criterios objetivos y económicos.

En la importante sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1988, asunto 31/87, Beentjes, el Tribunal precisó que de las directivas sobre contratos públicos se desprende que los poderes adjudicadores sólo pueden verificar la aptitud de los contratistas por criterios fundados en su capacidad económica, financiera y técnica (apartado 17).

En esta sentencia el Tribunal dictaminó que el requisito de contratar a desempleados de larga duración no guardaba relación alguna con la comprobación de la aptitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica.

(9) «Propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras», de 6 de mayo de 2002; Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos ambientales en la contratación pública 2001/C 333/07.

Importante, dentro de esta tendencia de reforzar plenamente las garantías de los licitadores en la fase de concurso, considerando a su vez en su justa medida los aspectos medioambientales, puede ser la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99.

En esencia, el TJCE resuelve diciendo que, cuando en el marco de un contrato público relativo a la prestación de servicios de transporte urbano en autobús, la entidad adjudicadora decide adjudicar un contrato al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, no es incompatible con las directivas comunitarias (10) tener en cuenta criterios ecológicos, tales como el nivel de las emisiones de óxidos de nitrógeno o el nivel de ruido de los autobuses, siempre que:

- Tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato.
- No confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección.
- Se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación.
- Respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación.

Existe, pues, un perfilado y cada vez más perfecto control judicial comunitario sobre la adjudicación mediante concurso.

En el propio Derecho español es necesario desmentir el tópico de que la Administración, cuando contrata (o por cierto cuando selecciona personal), tiene a priori una libertad o discrecionalidad tales que consiguen frustrar toda expectativa legítima de los concursantes. En todo caso, frente a los excesos que pueda cometer la Administración los tribunales hacen justicia. Las sentencias determinan a qué licitador debe o debió adjudicarse el contrato. Se reconoce, pues, en su caso, el derecho del mejor licitador. Cosa distinta es cómo dicho derecho pueda realizarse. El problema remite, simplemente, a la ejecución de sentencias, ya que a veces podrá realizarse dicho derecho plenamente y otras habrá que buscar vías para su realización distintas de la adjudicación cuando ésta ya no sea posible (11).

(10) En particular con el artículo 36, apartado 1, letra a), de 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.

(11) STS de 9 de julio de 1999 RJ 6882, STS de 14 de octubre de 1999 RJ 9401, STS de 17 de julio de 2001 RJ 7444, STS de 19 de julio de 2000 RJ 7428, STS de 19 de enero de 2001 RJ 1642, STS de 23 de junio de 1999 RJ 5508 etc.

**VIII.** Completamos seguidamente las referencias que acaban de hacerse, informando sobre la reforma en curso de las directivas comunitarias, esencialmente la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras (12), así como las enmiendas que se introducen en la propuesta modificada de directiva (13).

No voy a extenderme sobre el particular, ya que solamente voy a mencionar los extremos principales:

1. Interesante es la apuesta que se hace en favor de los medios electrónicos, lográndose una mayor celeridad en la tramitación de los procedimientos de adjudicación, ya que los plazos se reducen muy considerablemente si se emplean medios electrónicos (14).

2. De especial interés es la exclusión, del sector de las telecomunicaciones, del ámbito de la directiva 93/38 de sectores especiales y de las directivas clásicas. Esto es consecuencia de la liberalización de las telecomunicaciones. Una vez se liberaliza un determinado sector, dejan de existir motivos suficientes para tener que sujetar la contratación pública (de los poderes públicos que ejerzan en su caso una actividad en el sector de telecomunicaciones) al régimen siempre estricto de las directivas comunitarias. Los agentes públicos pasan a ser operadores de mercado que, como los demás agentes, tienen fundamentalmente un móvil económico en un entorno de competencia.

¿Y qué decir de *los demás sectores*? En principio, la liberalización y apertura de la competencia no está tan avanzada y, por tanto, afirmar una

(12) DOCE C 029 E de 30 de enero de 2001.

(13) «Propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras», de 6 de mayo de 2002, presentada por la Comisión con arreglo al art. 250.2 del TCE (COM (2002) 236 final, 2000/0115(COD)).

(14) Se reducen los plazos de publicación de los anuncios. También los plazos de *recepción de las ofertas*. En este sentido, cuando los anuncios se preparen y envíen por medios electrónicos se podrán reducir en 7 días los plazos de recepción de ofertas respecto de los plazos «ordinarios» de 52 días a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación en los procedimientos abiertos, 40 días en los restringidos y 36 días como criterio general o 22 días mínimo si los poderes adjudicadores han publicado un anuncio de información previa. También se consigue una reducción de 7 días en los procedimientos restringidos y negociados a efectos del plazo de *recepción de las solicitudes de participación*, el cual, conforme a la regla general, es de 40 días a partir de la fecha de envío del anuncio de invitación.

Y además, en los procedimientos restringidos y negociados, en el caso del *procedimiento acelerado*, si el anuncio se envía por fax o por medios electrónicos, el plazo de *recepción de las solicitudes de participación* se reducirá a 5 días respecto del plazo normal; es decir, pasamos de 15 a 10 días cuando el anuncio se envía por medios electrónicos.

exclusión del ámbito de aplicación de la directiva de sectores especiales sería arriesgada y simplista.

La propuesta de directiva de sectores ha considerado apropiado introducir un mecanismo general que permita eximir las compras en dichos sectores a medida que, en su caso, se constate que éstos están expuestos directamente a la competencia en mercados cuyo acceso ya no está limitado. Si se introdujera la competencia efectiva en un sector determinado, la Comisión se reserva el derecho de presentar una propuesta modificada para excluirlo del ámbito de aplicación.

En este sentido, una novedad de la propuesta modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes, y de los servicios postales, de 6 de mayo de 2002 (15), es la referida a la original inclusión de los servicios postales dentro del articulado de la nueva directiva de sectores especiales, ya que en la propuesta de directiva original no se regula esta cuestión (16).

Podemos entender fácilmente, a estas alturas, los motivos de esta inclusión: considerando el actual proceso de liberalización del sector postal es lógico que los poderes adjudicadores del sector postal, actualmente sujeto a las directivas clásicas, se sometan a las normas más flexibles de la directiva sobre sectores para poder tener en cuenta la liberalización en curso de este sector.

3. La propuesta de directiva prevé los acuerdos marco (en la línea de la directiva 93/38/CEE) para el caso de compras repetitivas, evitando que tenga que repetirse el procedimiento de adjudicación por cada compra. Se persigue también de esta forma que los compradores puedan beneficiarse de la evolución de los productos y de los precios. No obstante, en estos casos, el acuerdo marco en sí mismo debe ser adjudicado de conformidad con la directiva, es decir siguiendo las reglas de publicación y vinculación a la mejor oferta, etc. (17).

4. En cuanto a las especificaciones técnicas se propone que los licitadores puedan acogerse a soluciones equivalentes a las previstas en las normas europeas, utilizando cualquier medio de prueba para demostrar la equivalencia. En el Derecho español, esta cuestión se relaciona primeramente con

(15) COM(2002)235 final.

(16) COM/2000/0276 final-COD 2000/0117, DO C 029 E, de 30 de enero de 2001.

(17) En el Derecho español el acuerdo marco aparece por primera vez en la LCAP 13/1995, de 18 de mayo (artículo 183.f), actualmente artículo 182.1 de la LCAP 2/2000.

el artículo 52 de la LCAP donde, en esencia, viene a establecerse una regla de primacía de las prescripciones técnicas definidas por referencia a normas nacionales que transpongan normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos o especificaciones técnicas comunes (...). De ahí que la posibilidad de definir las especificaciones técnicas al margen de las normas europeas venga contemplándose como una excepción limitada a la concurrencia de ciertos presupuestos tasados (18).

5. Otro tema interesante, objeto de reforma, es el llamado «diálogo competitivo». Determinadas adjudicaciones pueden ser especialmente complejas ya que los poderes adjudicadores no se encuentran objetivamente en situación de definir los medios —técnicos, jurídicos o financieros— que mejor podrían satisfacer sus necesidades. Por ejemplo, los contratos del sector de sanidad (equipos quirúrgicos, sistemas de diagnóstico por imagen).

La propuesta de directiva pretende introducir una mayor flexibilidad superando los problemas jurídicos, existentes actualmente, en aras de entablar un diálogo con los licitadores.

El presupuesto para su aplicación es que el poder adjudicador no se encuentre capacitado para valorar los medios técnicos que puedan satisfacer sus necesidades (...).

Haciendo un esquema de la regulación de este diálogo competitivo sus fases principales serían las siguientes:

- Anuncio de licitación exponiendo las necesidades del poder adjudicador.
- Diálogo entre el poder adjudicador y los candidatos seleccionados, a fin de definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades, respetando los principios de igualdad y confidencialidad.
- Invitación, a los participantes, a que presenten su oferta final.
- Adjudicación conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación y al criterio de la oferta económicamente más ventajosa.

(18) Son los previstos en el artículo 14 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones; artículo 21 del Real Decreto 390/1991, de 1 de marzo, en el que se establecen algunas excepciones a la obligación general de definición de las especificaciones técnicas de acuerdo con las normas europeas, supuestos excepcionales que las Administraciones deberán indicar en los pliegos de cláusulas administrativas o de prescripciones técnicas particulares y en el anuncio del contrato.



6. También se quieren rebajar los umbrales, y controlar más la discrecionalidad en el sentido que hemos ya visto y potenciar las centrales de compra.

7. Finalmente, las reformas tienen como finalidad *integrar adecuadamente los aspectos ambientales y sociales* en la contratación administrativa.

*Interesante es que, aunque la incidencia de las directivas de contratación se ha limitado hasta el momento a la fase de adjudicación en el contrato, puede observarse cierta intención de las instituciones comunitarias de extender la influencia del Derecho comunitario a la fase de ejecución del contrato.* En este sentido, los poderes adjudicadores, a juicio de las instituciones comunitarias, dispondrían de un amplio margen de maniobra para establecer cláusulas contractuales, relativas a la ejecución del contrato, que tengan por objeto la protección del medio ambiente (reutilización a cargo del contratista del material de envasado, por ejemplo) (19).

9. Es también interesante observar cómo repercuten las directivas comunitarias sobre los *contratos de concesiones de servicios públicos*. El mundo jurídico de las concesiones es un mundo complejo, especialmente a nivel comunitario, por existir entre los Estados de la UE regímenes no coincidentes.

Querría seguidamente aportarse algo de claridad sobre el particular distinguiendo situaciones que son diferentes entre sí y que tienen un tratamiento jurídico distinto.

Primero, distingo la situación en sentido estricto de los *contratos de gestión de servicios públicos*. En principio, a diferencia de los demás contratos nominados del Derecho español, las directivas comunitarias no abordan directamente la regulación de este tipo de contratos. Desde el punto de vista del Derecho español, puede sorprender esta peculiaridad, ya que en nuestro Derecho dichos contratos han seguido tradicionalmente un régimen parejo al de los demás contratos nominados.

(19) En esta línea, la propuesta modificada de directiva se hace eco de las enmiendas a la propuesta de directiva que requerían a la Comisión que ésta «aclarase aún más que las condiciones de ejecución de un contrato no deben constituir una discriminación y que pueden ir encaminadas a lograr objetivos medioambientales específicos (...)».

En consecuencia, se introduce un artículo 26bis (conforme al nuevo considerando 29), titulado como «condiciones de ejecución del contrato» donde se admite claramente que «los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, particularmente, a consideraciones de tipo social y medioambiental» (puede verse el nuevo considerando 40 introducido en la propuesta modificada de directiva de 6 de mayo de 2002 y los artículos 48 y 49).

Una explicación puede encontrarse en que, en el Derecho francés, han existido hasta tiempos muy recientes serias dificultades para superar la concepción histórica según la cual a la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos no se aplican los principios de publicidad y de concurrencia. Asimismo, sobre este tipo de contratos ha venido existiendo una especial diversidad de regímenes jurídicos a nivel europeo, que ha dificultado una normativa comunitaria.

Segundo, dentro de este mismo caso, interesa la propuesta modificada de reglamento del PE y del Consejo sobre la intervención de los Estados miembros en materia de obligaciones de servicio público y adjudicación de contratos de servicio público en el transporte de viajeros por ferrocarril, carretera y vía navegable (presentada por la Comisión de conformidad con el apartado 2 del art. 250 del TCE) (20).

En esencia, esta propuesta (que pretende sustituir el Reglamento 1191/69) sujeta estos contratos de servicio público a criterios objetivos de adjudicación (art. 12 para los procedimientos de adjudicación; art. 6 y art. 7 para la adjudicación directa).

En concreto, esta propuesta ofrece una regulación jurídico-comunitaria para el contrato de servicios públicos (en el ámbito de los transportes).

Prevé aquella que «como norma general las intervenciones de las autoridades en el transporte público deberán realizarse mediante contratos de servicio público» (artículos 5 y 6; para las excepciones véanse los artículos 7 y 8). Se aplican igualmente los principios de no discriminación e igualdad de trato entre empresas competidoras (21).

Tercero, habría no obstante que considerar cierta jurisprudencia del TJCE y las decisiones de la Comisión Europea, donde se llega a limitar la posibilidad de los Estados miembros de conceder derechos exclusivos en favor de una determinada entidad, considerando que dicha concesión es un abuso de posición dominante.

(20) COM/2002/0107 final -COD 2000/0212.

(21) El sistema español de transporte por carretera se muestra conforme con dicha propuesta de reglamento y su régimen de concesiones y de concursos para su adjudicación, a salvo de la reducción del plazo concesional (que aquella supone), a cinco años concretamente y a salvo también de la posible aplicación de la regla de concurso para las prácticas habituales entre nosotros de «modificaciones» (ampliación del tráfico concesional, artículos 72 y 80 de la LOTT y artículo 64 del ROTT) y «solapes» (transporte sin trasbordo realizado por el titular de una concesión entrando, en una parte del recorrido, en tramos afectados por otra u otras concesiones, artículo 77.3 de la LOTT; y véanse también los artículos 79 y 91 del ROTT).

Cuarto, junto al caso anterior habría que considerar otras situaciones, que pueden relacionarse con los servicios públicos, en torno a los llamados por las directivas comunitarias «contratos públicos de servicios» (Directiva 92/50), afectados por la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras.

Quinto, distinguiríamos también el supuesto de las concesiones de obra pública que, como tales, tienen por objeto principal la realización de una obra aunque la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

En estos casos es aplicable la Directiva de obras 93/37 afectada por la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras (22), así como los artículos 130 y siguientes del RDLeg 2/2000, de 16 de junio.

Todo esto puede relacionarse con el fenómeno de la privatización de las infraestructuras y la participación de agentes privados en la función pública de construcción o mantenimiento de infraestructuras. Son diversas las situaciones posibles. Podemos estar ante un simple contrato de obra al que se le aplica el diferimiento o aplazamiento del pago, así como ante distintas modalidades de un contrato de obras (por ejemplo la técnica del peaje en sombra, es decir el pago por la Administración al contratista en función del número de vehículos que transiten por la vía). En otras ocasiones podemos encontrarnos ante un contrato público de servicios (de los arts. 196 y ss. del RDLeg 2/2000, de 16 de junio), como ocurre con el contrato de gestión de autopistas (art. 60 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre). Por su parte, la construcción privada de autopistas es un supuesto tradicional de contrato de gestión de obra pública aunque con regulación especial en la Ley de autopistas de 1972.

Sexto, diferencio también el caso de los contratos, no ya de concesión, sino de los concesionarios. Estos concesionarios estarán sujetos a la directiva de sectores especiales (o a las directivas de obras, contratos públicos de servicios y suministros) en función del caso concreto.

(22) En este mismo sentido, puede verse, con distintos argumentos, la importante comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (2000/C 121/02).

**IX.** Entramos seguramente en el tema de mayor interés, es decir el de la repercusión de las directivas en las legislaciones de los Estados miembros desde el punto de vista de lo que más puede interesar en España.

En Francia, una de las reformas más significativas ha sido la introducción de los principios de publicidad y de concurrencia en el ámbito de los contratos de concesión de servicios públicos. Aunque pueda parecer sorprendente en estos contratos no regían dichos principios tradicionalmente, hasta la Ley Sapin (o Ley «anti-corrupción») de 1993, creando la delegación del servicio público. En realidad, esta reforma ha sido consecuencia de las directivas comunitarias sólo indirectamente, como reconoce la exposición de motivos de la ley citada, ya que la reforma se hace aprovechando el ambiente general propicio a la afirmación de los citados principios.

Significativo es también el escaso arraigo, en el Derecho francés, de la subasta como forma de adjudicación, típica en cambio durante el siglo XIX, debido a la generalización del concurso.

En Alemania, la repercusión de las directivas ha sido muy intensa:

1. Tradicionalmente, regía un principio de libre selección del contratista, las adjudicaciones no eran impugnables, no existía un control judicial sobre la adjudicación del contrato de la Administración y las normas reguladoras de la contratación administrativa no tenían rango legal ni carácter vinculante.

2. Paulatinamente, el sistema civilista ha tenido que ir cediendo, incorporando las reglas de publicidad, concurrencia y vinculación a la mejor oferta que propugnan las directivas comunitarias. Este fenómeno tiene una enorme significación, ya que pone de manifiesto la iuspublicación que han sufrido los sistemas privatistas de contratación administrativa, cuyo *quid* era la libertad de selección del contratista.

3. Procesalmente, en Alemania, las directivas comunitarias han dado lugar a numerosos conflictos entre la Comisión Europea y el Estado alemán. En una sentencia de 11 de agosto de 1995, el TJCE censuró la inexistencia de órganos adecuados de control (sin dar por válido el sistema alemán que, como consecuencia de las reclamaciones de la Comisión Europea, este Estado había introducido en la LGP, afirmando un modelo de dos instancias administrativas de control que no se correspondía con el previsto en la Directiva de recursos), además de que el TJCE no admitió que la adjudicación contractual fuera inimpugnable ni que el procedimiento administrativo de control de la adjudicación se introdujera mediante un escrito que iniciaba un control objetivo de legalidad (por tanto no subjetivo de tutela de los derechos de los licitadores).

En una sentencia posterior, de 28 de octubre de 1999, el TJCE afirmó, por referencia a Austria, que la adjudicación tenía que poder ser impugnada.

4. Todo ello, así como posteriores quejas de la Comisión, obligó al Estado alemán a prever una nueva regulación de contratación pública, ahora en la Ley de Defensa de la Competencia, a efectos sobre todo de dar una solución al problema de la no impugnación de la adjudicación.

Aunque aún hoy sigue siendo inimpugnable el acto de adjudicación del contrato administrativo, la solución a la que de momento se ha llegado (mediante el nuevo reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia de 9 enero de enero de 2001), y después de amplio debate, es que el poder adjudicador ha de notificar catorce días mínimo antes de la adjudicación, a los licitadores, la resolución futura de adjudicación.

La *ratio* es que, una vez se adjudique el contrato, esta adjudicación es inamovible. La ventaja es que, de esta forma, quedan resueltas las controversias con anterioridad a la adjudicación, de forma además rápida y contundente: adjudicado el contrato, la Administración evita el riesgo de que dicho contrato sea posteriormente anulado, el licitador de no obtener la adjudicación porque el contrato se ha ejecutado ya, el interés público de tener que pagar el fisco indemnizaciones a favor de licitadores que no obtuvieron la adjudicación por una actuación irregular de la Administración.

De hecho, el recurso contra la futura adjudicación (de naturaleza preventiva, por tanto) origina automáticamente la suspensión de la adjudicación. Esto contribuye a realizar los fines mencionados, procurando una resolución de las controversias antes de la firmeza de la adjudicación.

Meritorio es que se logra montar un control *ad hoc*, en materia de adjudicaciones contractuales, diseñado para resolver los problemas que específicamente dichas adjudicaciones plantean. En último término existe, no obstante, una revisión o casación ante los tribunales de justicia sobre la acción preventiva.

5. Así pues, los problemas del sistema alemán que perviven actualmente son, en resumen, los siguientes:

Primero, que la regulación principal del sistema contractual (y con ello las reglas de publicidad y concurrencia y vinculación a la mejor oferta) se sigue conteniendo en unas «normas» elaboradas por gremios, las llamadas *Verdingungsordnungen*, que, según el legislador, alcanzan rango legal como consecuencia de una remisión que hace la escueta Ley de Defensa de la Competencia al Reglamento de esta Ley y que ésta, a su vez, hace a las nor-

mas gremiales aludidas. Es la llamada «solución-cascada» que presenta un problema claro de deslegalización.

Segundo, puede además criticarse la pervivencia del modelo tradicional (libertad de selección del contratista, ausencia de un control adecuado) por debajo de los umbrales económicos, es decir la persistencia del modelo privatista de contratación administrativa.

Tercero, tampoco rigen las reglas de publicidad y concurrencia y vinculación a la mejor oferta en los posibles contratos de gestión de servicios públicos.

Finalmente, al no existir una Ley de contratos administrativos la regulación de los contratos no es perfecta y a veces esto obliga a los tribunales a deducir en el caso concreto la aplicación de garantías jurídicas que en realidad deberían estar previstas en una Ley de contratación, caso del famoso auto del Tribunal de Brandenburgo de 3 de agosto de 1999, en el cual se declaró ilegal la adjudicación del contrato de obras de construcción de un gran aeropuerto de Berlín, aplicando la LPA.

X. Todo esto interesa para comentar la repercusión de las directivas en España. Aunque el modelo español es acaso, tradicionalmente, el que mejor se ajusta a las directivas comunitarias, se presentan actualmente problemas concretos importantes.

Principalmente, querría seleccionar un pleito en trámite (la sentencia del TJCE asunto C-214/00).

O mucho cambian las cosas, o aquélla tendrá como desenlace (si se confirman las conclusiones del Abogado General, lo que parece en este caso probable) una reforma de nuestra normativa de contratos administrativos y de nuestra legislación de tipo procesal. En esencia, según el Abogado General, el concepto de poder adjudicador de la LCAP 2/2000 no se revela aún del todo conforme a las directivas, ya que en la Ley de contratos 2/2000 se exige la presencia de un organismo de *Derecho público*, mientras que las directivas se aplican también a organismos de Derecho privado. Para identificar un organismo de Derecho público lo esencial, para el Derecho comunitario, es la función que desarrolla la entidad y, si dicha función es la realización de un interés general, han de aplicarse las directivas, independientemente de la forma jurídica de la entidad. En cambio, la Ley de contratos exige primero identificar formalmente un organismo de *Derecho público*, para, acto seguido, observar si el ente cumple dicha función, a efectos de aplicar la Ley de contratos.

Por otra parte, no existirían, según la Comisión y el Abogado General, medios procesales adecuados para la impugnación en fase de adjudicación del contrato de los actos de trámite (o, mejor, medios procesales para evitar perjuicios futuros), ni tampoco una posibilidad de solicitud (autónoma del recurso contencioso-administrativo) de las medidas cautelares contra la adjudicación del contrato.

En torno al primer problema apuntado (la redefinición —funcional— del organismo de derecho público), la necesidad de dejar clara la vinculación de las entidades de derecho público o *privado* que tengan como función la satisfacción de interés general se acentúa considerando la flexibilidad con la que el Tribunal Supremo entiende el sistema de la DA 6ª de la LCAP 2/2000, a la luz de la interesante STS de 4 de junio de 2001 en la cual se admite sin rubor alguno que la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) se rija, como tal Sociedad Estatal, por el sistema contractual privado, tal como prevé el artículo 10 de la Ley 5/1996, de 10 de enero.

En la sentencia citada el TS entiende que la venta de acciones de una empresa (ASTANDER) realizada por la SEPI queda fuera de los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa (conforme al artículo 1 de su ley reguladora).

En esta línea, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 24/95 ha puesto de manifiesto que la DA 6ª de la LCAP no significa una sujeción a la LCAP.

En su Informe 6/02, de 13 de junio de 2002, la Junta perfecciona esta doctrina diciendo que estas sociedades que se rigen por la DA 6ª no están obligadas a cumplir la LCAP en cuanto a las disposiciones que exigen una determinada clasificación a las empresas, aunque puedan facultativamente determinar tal exigencia, ya que, según la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el régimen jurídico de estas sociedades se limita a una aplicación de los principios de publicidad y de concurrencia.

El mayor interés de la citada sentencia, ejemplificativa para observar cómo se considera este régimen de Derecho privado con sujeción a los principios de publicidad y concurrencia, está cuando afirma que «los requisitos de publicidad y concurrencia, como trámites previos a la adjudicación, no han de ser entendidos en el sentido que está previsto con carácter general en la legislación de contratos, expresamente excluida de aplicación a estos casos (artículo 12.1 de la Ley 5/1996). *Bastaría para considerarlos cumplidos con realizar una suficiente difusión de la operación en sectores afectados, con el fin de que sea conocida por los que puedan estar interesados en ella y posibilitarles su intervención en la misma, de modo que, como criterio general, sea*

*efectiva y real la concurrencia de varias ofertas.* Cabría hablar en estos supuestos de procedimiento negociado similar al previsto en el artículo 93 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas» (23).

En general, es discutible si el sistema procesal español consigue dar una respuesta plenamente satisfactoria a los problemas que está llamada a resolver en la fase de adjudicación de los contratos. El sistema español basado en un control de la jurisdicción contencioso-administrativa es, en principio, el más ajustado a las directivas, por su carácter judicial. Las directivas comunitarias piensan en un control judicial de las adjudicaciones, aunque admiten un modelo «administrativo» con garantías «judiciales».

Ahora bien, es discutible si la jurisdicción contencioso-administrativa consigue resolver, y a tiempo y eficazmente, los litigios que aquella está llamada a resolver. La jurisdicción contencioso-administrativa no consigue evitar que, después incluso de años, tenga que anularse una adjudicación, causando entonces esta anulación daños para el interés público (ya que el poder público ha de pagar una indemnización al licitador que obtiene la estimación del recurso que podría haberse evitado) y daños asimismo para el licitador (porque puede no obtener la adjudicación del contrato si éste está ya adjudicado). Parece como si el contencioso-administrativo, por su propia configuración, no fuera capaz de dar una respuesta plenamente satisfactoria a este tipo de problemas jurídicos en torno a la adjudicación. Es discutible, en resumen, si no será mejor la otra opción, alemana, de montar un sistema procesal ad hoc, configurado a fin de resolver los problemas que específicamente plantea la adjudicación de los contratos administrativos, resolviendo las controversias posibles antes de la adjudicación del contrato.

**XI.** Finalmente, puede hacerse una reflexión final sobre la figura del contrato administrativo. Tanto las directivas comunitarias como la legislación internacional de contratación pública (el Acuerdo sobre contratación pública de 15 de abril de 1994 o las leyes-modelo UNCITRAL) han afian-

(23) No obstante, es igualmente revelador que, pese a esta doctrina restrictiva, el TS termina observando si se han cumplido las reglas de publicidad y concurrencia. Con especial detalle, incluso el TS realiza un minucioso análisis que le lleva a concluir que dichas reglas fueron respetadas en el contrato objeto de litigio, así como la regla de vinculación de la Administración a la mejor oferta. Es más, el TS entra igualmente a analizar la posible ilegalidad del acto mismo de autorización del Gobierno para la enajenación de acciones o participaciones de que sea titular la SEPI en el capital social de las empresas participadas, conforme al apartado 5 del artículo 12 de la citada Ley 5/1996 y conforme, sobre todo, al artículo 10 donde se prevé el régimen jurídico que ha de respetarse a la hora de proceder a dicha autorización (...).

zado la figura del contrato administrativo, pues el modelo seguido no es nunca el propio de los sistemas civilistas, es decir la libertad de selección del contratista, sino el propio de los sistemas públicos basados en la legalización de la fase de adjudicación (selección del contratista conforme a los principios de publicidad, de concurrencia, vinculación a la mejor oferta y recurso judicial público).

Interesante es, en este sentido, que el dato de las prerrogativas está presente también en los sistemas civilistas de contratación administrativa (así del Reino Unido o Alemania). Por tanto, siendo similar el régimen de ejecución del contrato, lo que diferencia ambos modelos es la fase de adjudicación (libertad de selección del contratista en el modelo civilista o sujeción a las reglas de publicidad y concurrencia y vinculación a la mejor oferta, en el modelo publicista).

Mejor dicho, esto es lo que *diferenciaba* tradicionalmente ambos modelos, publicista y privatista. Hoy, más bien, asistimos a un proceso de incorporación del contrato administrativo en los países donde regía un sistema contractual privado.