

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

INFORME 5/2016, RELATIVO A DIRECTIVAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA [Grupo 18]

ANTECEDENTES

Primero.- El 26 de febrero de 2014, se aprobó por el Parlamento Europeo y el Consejo un nuevo paquete normativo de Directivas en materia de contratación pública, integrado por la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública por la que se deroga la Directiva 2004/18/UE y Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios sociales, que Deroga a la Directiva 2004/17/CE.

Todas ellas entraron en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea el 28 de marzo de 2014, si bien se prevé un plazo de transposición general hasta el 18 de abril de 2016, salvo en el caso de la facturación electrónica, que llega a noviembre de 2018.

Asimismo, se aprobó la Directiva 2014/55/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública

Segundo.- Como normas que no tienen aplicabilidad directa y que están sujetas a desarrollo o transposición por las autoridades nacionales, su incorporación al derecho español requiere la transposición por el Estado, que ostenta la competencia exclusiva para establecer la legislación básica en materia de contratos administrativos, al amparo del artículo 149.1.18 CE.

El plazo de transposición de las directivas expiró el 18 de abril de 2016. Se han publicado distintos Informes sobre el posible efecto directo de las mismas:

- î Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón
- î Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 15 de marzo de 2016.
- î Informe de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, de 1 de marzo de 2016

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

- 1 Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya

Tercero.- La Interventora General se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, solicitando que se informe sobre las modificaciones y novedades normativas más relevantes del nuevo conjunto normativo de Directivas en materia de contratación pública.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, en sesión celebrada el..... acuerda informar lo siguiente

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para emitir el presente informe.

El presente informe se emite con carácter facultativo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37.1 y 46 del Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda de Canarias y el artículo 2.1 del Decreto 116/1986, de 26 de junio, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias.

II. Naturaleza de las Directivas

La Directiva es un instrumento normativo empleado para la armonización de las legislaciones internas de los Estados miembros. Así la define el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea), es decir, una disposición de Derecho europeo derivado, que “obliga al Estado miembro destinatario en cuanto **al resultado** que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales, la elección de la forma y medios” necesarios para conseguir el resultado.

Tras el Tratado de Lisboa se distinguen tres tipos de directivas: las legislativas, las delegadas y las de ejecución (arts. 290 y 291 TFUE). Las directivas delegadas son aquellas aprobadas por la Comisión que completan o modifican determinados elementos no esenciales de las directivas legislativas puesto que la regulación de los elementos esenciales está reservada al acto legislativo. Las directivas de ejecución son

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

las que establecen las condiciones uniformes de ejecución de una directiva legislativa o delegada, siendo aprobadas por la Comisión y, excepcionalmente por el Consejo. Esta nueva categorización sustituye a las directivas de base y de ejecución antes existentes.

III. Posibles Efectos de las Directivas comunitarias no traspuestas en tiempo y forma

Tal y como se ha mencionado en los antecedentes, el Estado tenía de plazo hasta el 18 de abril de 2016 para transponer las nuevas Directivas comunitarias a la legislación nacional- excepto la cuestión relativa a la factura electrónica de contratación pública cuyo término acababa el 18 de noviembre de 2018-; a pesar de lo cual, España aún no ha aprobado las medidas nacionales de transposición de todas las directivas mencionadas, con la excepción para la directiva de facturación electrónica, pues se ha aprobado la Ley 25/2014, de 27 de diciembre de impulso a la factura electrónica y de creación del registro contable de facturas en el sector público.

También se ha producido una “pretransposición” al derecho nacional de determinadas cuestiones como son las siguientes:

- î El Real Decreto- Ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía y recoge, entre otras cuestiones, las diferentes formas- más simplificadas- de acreditación de la solvencia por los empresarios, con el fin de favorecer a las PYMES.
- î Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, que entrará en vigor el próximo 2 de octubre de 2016, tipifica en su Disposición Final Novena las nuevas prohibiciones de contratar y de responsabilidad del concesionario, aunque esta última ya está en vigor.
- î Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, contempla medidas de fomento del empleo de contratos reservados a centros especiales de empleo.

A pesar de no haber sido traspuestas las otras tres Directivas, estas pueden desplegar efectos, sin que estén estos necesariamente referidos a la aplicación directa; como la posibilidad de interpretar y aplicar la normativa vigente, es decir, el Real Decreto Legislativo

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a la luz de las nuevas directivas comunitarias si se comprueba que se ajusta a ellas. (STJUE de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kaman* 14/1983). Esta interpretación conforme ha de respetar los principios de seguridad jurídica y de legalidad penal (STJUE de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86), especialmente el principio de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables (STJUE de 10 de julio de 1984, *Kent Kirk*).

En segundo lugar, se produce un efecto de exclusión de la norma nacional incompatible con la directiva pues rige el **principio de primacía** del derecho de la Unión Europea. Cualquier norma que no se adecue a una directiva, aunque no haya sido dictada para su transposición, será incompatible con el derecho de la Unión Europea y debe excluirse su aplicación (STJUE de 23 de noviembre de 1977, *Enka* 38/77). Las autoridades administrativas y jurisdiccionales inaplicarán de oficio la norma nacional contraria a una comunitaria, sin necesidad de acudir al Tribunal Constitucional (STJUE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77).

Finamente, la falta de transposición en forma y plazo puede dar lugar a una obligación de reparar los daños y perjuicios sufridos por dicha omisión, es el denominado, principio de responsabilidad del Estado por los daños derivados del incumplimiento dentro de plazo, obligando a reparar a los particulares afectados, los perjuicios que sufran en sus derechos por la conducta estatal (STJUE 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci*).

Para operar esta responsabilidad patrimonial han de cumplirse tres requisitos acumulativos: 1) la atribución por la norma comunitaria de un derecho a un particular; 2) violación grave y manifiesta de una norma comunitaria; 3) relación de causalidad entre la violación de la norma comunitaria y el daño del particular.

IV. Eficacia Directa Limitada de las Directivas. Efecto Directo Vertical Ascendente

Las directivas, como regla general, no tienen aplicabilidad directa, es decir, no son susceptibles de afectar directamente al patrimonio jurídico de los particulares, pues requieren, en todo caso, de medidas de transposición por el Estados miembros, frente a los Reglamentos que sí resultan de directa aplicación.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

A pesar de lo anterior, en determinadas circunstancias y con ciertos límites jurisprudencialmente delimitados, una directiva puede desplegar efectos directos, en aquello que beneficie a los particulares, facultándoles para que invoquen los derechos que tengan a su favor frente al Estado. **(Efecto directo vertical ascendente).**

Este efecto vertical ascendente se consagró en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Van Gend Loos de 5 de febrero de 1963, en la que se declaraba que el Derecho comunitario no sólo genera obligaciones para los Estados miembros, sino también derechos para los particulares; y posteriormente se definió en la sentencia de 19 de enero de 1982, Becker, 8/81 “ *en todos los casos en que las disposiciones de una directiva se presenten, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y lo bastante precisas, los particulares están legitimados para invocarlas frente al estado bien cuando éste se abstenga de adaptar en el plazo debido el Derecho nacional a la directiva, bien porque haya realizado al respecto una adaptación incorrecta.*”

Sin perjuicio de que esta aplicabilidad directa tiene, en todo caso, como límites: **la seguridad jurídica y la irretroactividad**. Además, no pueden servir de interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Tampoco es posible invocar el efecto directo descendente, esto es, la directiva no puede crear obligaciones a cargo del particular que el Estado (STJUE de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86) o el particular puedan exigirle- efecto directo horizontal (STJUE de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84).

La finalidad de esta aplicabilidad directa ascendente es el constituir un mecanismo de corrección de los incumplimientos estatales y que este se beneficie de ello; así como el ser una garantía adicional a favor de los derechos que el ordenamiento jurídico confiere a los particulares (STJUE de 19 de enero de 1982, Becker 8/81, apartado 24).

Para que le particular pueda invocar el efecto directo vertical ascendente, han de cumplirse cuatro requisitos que ha fijado la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 29 de mayo de 1997, Skatter, C-389/95, entre otras) y que son:

1. Que el estado miembro haya **incumplido** su deber de transposición bien porque no haya dictado en plazo la norma de transposición, bien porque la haya dictado pero su contenido no respeta el mandato de la Directiva
2. Que el precepto de la directiva que se pretende invocar sea lo suficientemente **preciso** en cuanto al derecho que otorga al particular o la obligación que impone al Estado.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

3. Que la disposición invocada sea, desde el punto de vista de su contenido, **incondicional**, esto es, no sujeta a término o reserva y que no deje margen de apreciación a las instituciones o a los Estados miembros para su aplicación.
4. Que la directiva **no** haya sido correctamente desarrollada en derecho interno dentro del plazo, lo que incluye tanto la falta de transposición como una implementación insuficiente o errónea.

Estas condiciones, al tener carácter **acumulativo**, implican que la ausencia de una de ellas, impide automáticamente la aplicación directa del precepto (STJUE de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, 41/74).

La noción de Estado frente a la que son invocables, incluye a todas las administraciones públicas, del orden y nivel que sean (general, autonómica, local, institucional, etc...) y las empresas públicas, definidas en sentido amplio, al abarcar todo organismo que “cualquiera que sea su forma jurídica, ha sido encargado en virtud de un acto de autoridad pública de cumplir, bajo el control de ésta última, un servicio de interés público y que disponga, a ese fin, de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares (STJUE de 12 de julio de 1990, Foster, C- 188/89, apartado 20). De esta forma se garantiza que el Estado no pueda obtener ventajas de su actuación como empresario que vulnere el derecho de la Unión”. (STJUE de 26 de febrero de 1986, Marshall).

V. Efecto directo de las Directivas de contratación pública

Las Directivas comunitarias enunciadas en el antecedente primero de este informe, persiguen como objetivos principales: la simplificación, la flexibilidad y la seguridad jurídica, a través de un nuevo marco normativo que garantice un uso eficiente de los recursos públicos, una mayor participación de las PYMES y una creciente importancia de las cláusulas de contenido social y medioambiental.

Con carácter general, resultarán de aplicación directa, aquellos aspectos de la regulación de las directivas que resulten claros, y que no requieran acto alguno de concreción, como lo son, por ejemplo, los artículos 1 a 10 de la Directiva 2014/24/UE, relativos al objeto de la misma y ámbito de aplicación, las definiciones, los importes de los umbrales y la redacción dada por el Reglamento delegado (UE) 2015/2170, de la Comisión de 24 de noviembre de 2015, los métodos de cálculo del valor estimado de la contratación...

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

En el mismo sentido en el que se ha expresado el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado “ante la imposibilidad de detallar todos los aspectos de las nuevas directivas que pueden estar afectados por el citado efecto directo, tan sólo se abordan determinados aspectos esenciales, como la consideración de los contratos sujetos a regulación armonizada; la publicidad; o los plazos para presenta ofertas o para enviar invitaciones de participación.” Planteamiento, que ante las dudas doctrinales existentes al respecto, se ha optado por seguir, sin perjuicio de que se intentará efectuar un análisis del articulado algo más exhaustivo al final del presente informe.

1. Contratos sujetos a regulación armonizada

Los artículos relativos a esta tipología de contratos contenidos en la nueva Directiva 2014/24/UE serán de directa aplicación. Se delimita de una manera más amplia que la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, la tipología de estos contratos, su procedimiento y ámbito de aplicación. Regula por vez primera los contratos de concesión de servicios, que hasta ahora no estaban sujetos a regulación armonizada.

1.1. Contratos de obras: el artículo 2.1.6 y el Anexo II de la Directiva sustituyen al Anexo I del TRLCSP.

1.2. Contratos de servicios: Conforme al artículo 2.9 de la Directiva, incluye cualquier contrato de servicios (no únicamente los de las categorías 1 a 16 del anexo II del TRLCSP), que no se encuentre excluido expresamente de su ámbito de aplicación por los artículos 7 al 17 de la Directiva, como lo están los servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales; servicio de transporte de pasajeros...

El umbral para los contratos denominados de “servicios sociales y otros servicios específicos” contemplados en el Anexo XIV, asciende a 750.000€ (art. 4 d). Los restantes contratos de servicios coinciden con los vigentes.

1.3. Contratos subvencionados: Se prevé el efecto directo del artículo 13 y del Anexo II de la Directiva. El umbral es el vigente: 5.225.00€, para los contratos de obras subvencionados y 209.000€ para los de servicios subvencionados, previstos ambos en el Reglamento 2015/2342.

1.4. Contrato de suministro: Regulado en el artículo 4, apartados b) y c), y los umbrales coinciden con los vigentes.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

1.5. Contrato de concesión: Definidos en el artículo 5.1 de la Directiva, se distingue entre concesión de obras y de concesión de servicios, equivalentes estos últimos, hasta que se produzca la transposición, a los contratos de gestión de servicios públicos regulados en el TRLCSP.

1.5.1 Cálculo del valor estimado

De aplicación común a los anteriores, los contratos de concesión de obra pública o de gestión de servicio público sujeto a regulación armonizada, son aquellos que igualen o superen los 5.225.000€ de valor estimado (art. 8.1 de la Directiva 2014/23/UE) y su forma de cálculo será la prevista en este precepto, es decir, el importe total a pagar, IGIC excluido, estimado por el poder adjudicador, incluido cualquier tipo de opción, premios y las eventuales prórrogas de los contratos que figuren explícitamente en los pliegos.

1.5.2 Transferencia del riesgo operacional

Como novedad en la regulación de la Directiva 2014/23/UE se prevé la transferencia del “riesgo operacional” al concesionario en la explotación de la obra o del servicio, lo que comprende el “riesgo de demanda”, aquel que existe en función de la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y el “riesgo de suministro”, el relativo al suministro de las obras o servicios del contrato que puedan no ajustarse a la demanda.

El artículo 5.1 párrafo segundo de la letra b) de la Directiva 2014/23/UE considera que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas sin cubrir costes. Sin esta transferencia de riesgo operacional no habrá contrato de concesión de obras o servicio, sino, contrato de obras o de servicios.

1.5.3 Contratos de gestión de servicios públicos

Estarán sujetos a regulación armonizada cuando cumplan los requisitos que establece el artículo 5.1.b) de la Directiva 2014/23/UE. Resultarán de directa aplicación a pesar de que el TRLCSP no regula esta figura. En lo no previsto en la Directiva de concesión europea, se aplicarán las normas generales del TRLCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada; y finalmente, en defecto de las anteriores, las normas que el TRLCSP contiene relativas al contrato de gestión de servicios públicos.

Debe cumplirse, asimismo, la transferencia del “riesgo operacional”, que trasciende al derecho de explotación del servicio.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

Los contratos de esta modalidad, sujetos a regulación armonizada, seguirán esta normativa; a los que no alcancen el umbral comunitario, les será de aplicación las normas correspondientes a los contratos de gestión de servicios públicos previstas en el TRLCSP.

Su objeto será, tal y como señala la Junta Estatal en su Recomendación “Por aplicación del artículo 5.1 b) Directiva 2014/23/UE podrán ser objeto de un contrato de gestión de servicios públicos sujeto a regulación armonizada cualesquiera servicios distintos de los susceptibles de ser objeto de un contrato de obras de conformidad con el artículo 5, apartados 1 a) y 7 Directiva 2014/23/UE, siempre y cuando no estén expresamente excluidos por esta directiva de su ámbito de aplicación en sus artículos 10 a 17. Es el caso, por ejemplo: de los servicios jurídicos a que se refiere el artículo 10.8 d) de la Directiva 2014/23/UE; de los servicios de transporte del artículo 10.3 Directiva 2014/23/UE; de los servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales del artículo 10.8 g) Directiva 2014/23/UE; o de los servicios de comunicación que enumera el artículo 10.8 b) Directiva 2014/23/UE.

Adicionalmente los servicios de investigación y desarrollo podrán ser objeto de un contrato de gestión de servicios públicos sujeto a regulación armonizada en los términos que señala el artículo 25 Directiva 2014/23/UE”.

1.5.4 Contratos de concesión de obras públicas

Previsto en el artículo 5.1 a) Directiva 2014/23/UE, exige, a diferencia de la vigente regulación, la ya mencionada “transferencia del riesgo operacional” al concesionario, y se sustituye el Anexo I del TRLCSP, por el Anexo I de la Directiva de Concesión.

Si el órgano de contratación califica un contrato como concesión de obra pública, sin que se produzca la transferencia de riesgo operacional, resultará de aplicación lo previsto en el artículo 7 del TRLCSP. Tal y como dispone el artículo 5.1.b) párrafo segundo de la Directiva de Concesión, por lo que se aplicarán las normas de efecto directo correspondientes a los contratos de obras; en su defecto, los preceptos del TRLCSP relativos a los contratos de obras sujetos a regulación armonizada y finalmente, las normas que el TRLCSP contiene relativas a los contratos de concesión de obra pública.

En todo caso, siempre resultará de aplicación el Anexo I de la Directiva 2014/23/UE, en lugar el Anexo I TRLCSP, dado el efecto directo de aquella.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

1.6 Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado

De acuerdo con la regulación que a esta tipología contractual le confieren los artículos 136 a) y 313 del TRLCSP, permite caracterizar a este contrato como un contrato mixto; consecuentemente, aunque esta figura no se encuentre regulada en las nuevas Directivas, pueden serle de aplicación los artículos referidos a estos contratos, como el artículo 3 de la Directiva 2014/25/UE y 20 de la Directiva 2014/24/UE, siempre, que al menos, una de las prestaciones contempladas, sea un contrato sujeto a regulación armonizada. En estos casos, se aplicará la normativa que corresponda al contrato con mayor valor estimado.

Por lo que respecta a las restantes cuestiones que no están prevista en los preceptos que tengan efecto directo, seguirán aplicándose las previsiones contenidas en el TRLCSP.

2. Publicidad

Todos los contratos sujetos a regulación armonizada han de cumplir, a partir del 18 de abril de 2016, con las obligaciones que, en materia de publicidad, estipulan las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE y el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1986, de 11 de noviembre, por el que se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública. Los anuncios A, B,C,D,E,F,G,H que se indican a continuación, deberán ser objeto de envío por medios electrónicos a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea cuando se refieran a contratos sujetos a regulación armonizada. Como novedades, que serán de directa aplicación, se incluyen la obligación de dar publicidad al anuncio de información previa en el perfil del comprador (anuncio B) y el anuncio relativo a las modificaciones contractuales que no habiendo sido previstas en los pliegos iniciales realice el órgano de contratación durante la ejecución de éste (anuncio F).

Asimismo, serán de directa aplicación los artículos 50.1, 50.3, 52.1, 52.3 72.1.último párrafo, 75. 2, 75.4, 79.1.3, párrafo primero de la Directiva 2014/24/UE y 32.1,33.4, 46 de la Directiva 2014/23/UE.

3. Plazos mínimos en procedimientos de licitación de contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada

Con carácter general, se seguirán aplicando los plazos contemplados en el TRLCSP al ser más amplios que los contemplados en la Directiva a excepción de los siguientes:

- el plazo mínimo para la presentación de ofertas en el procedimiento negociado con publicidad- al no preverlo el TRLCSP- será de 30 días a contar desde la fecha del

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

envío de la invitación (art. 29.1. 4 Directiva 2014/24/UE) y la reducción del plazo que establece el artículo 28. 3,5 y 6 letra a) (art. 291. Directiva 2014/24/UE) donde se distinguen los siguientes supuestos:

a) Cuando el órgano de contratación hubiera publicado un anuncio de información previa. La ofertas habrán de presentarse en un plazo mínimo de 10 días si el anuncio previo contenía todas las informaciones del Anexo VBI y que se hubiera enviado para su publicación al DOUE entre 35 días y 12 meses antes de la fecha de envío del anuncio de convocatoria de licitación.

b) Cuando el órgano de contratación acepta que las ofertas se puedan presentar por medios electrónicos conforme al artículo 22.1.5 y 6, el plazo de 30 días, puede reducirse en 5 días.

c) en caso de urgencia, el órgano de contratación podrá fijar otro, siempre que no sea inferior a 10 días contados a partir de la fecha del envío de la invitación.

- Para los procedimientos restringidos o negociados con publicidad, resultarán de aplicación los artículos 28.6 a) y 29.1 cuarto párrafo, in fine, de la Directiva 2014/24/UE, la reducción que se haga por una situación de urgencia, debidamente justificada, no podrá resultar en un plazo para la presentación de solicitudes inferior a 15 días, desde la fecha del envío del anuncio de licitación.

4. Plazos mínimos de licitación de contratos de gestión de servicios y de concesión de obra pública sujetos a regulación armonizada

Los procedimientos restringidos seguirán lo previsto en el TRLCSP, para los demás supuestos, el artículo 39, apartados 3 y 4, es decir, un plazo mínimo de presentación de solicitudes de 30 días a contar desde la fecha del envío del anuncio de convocatoria de licitación y otro plazo igual al anterior, para los procedimientos de licitación que se sustancien en varias etapas sucesivas.

Con carácter general, y de conformidad con lo previsto en el artículo 39.5 de la Directiva 2014/23/UE, los plazos mínimos de presentación de ofertas podrán reducirse en 5 días cuando el órgano de contratación acepte que su presentación se realice por vía electrónica, conforme al artículo 29 de la Directiva de Concesión.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

5. Prórroga de los plazos de recepción de ofertas

El artículo 47. 3 Directiva 2014/24/UE tendrá efecto directo e impone a los órganos de contratación, la prórroga.

6. Procedimiento negociado

A partir del 18 de abril, sólo se puede utilizar esta figura para contratos sujetos a regulación armonizada conforme a los artículos 26.4 o 32 de la Directiva 2014/24/UE y 31.4 y 5 de la Directiva 2014/23/UE, que resultan de directa aplicación, independientemente de lo regulado en el TRLCSP.

Continuarán sin embargo, siendo de aplicación, los artículos 171 d) , 173, f) , 174 e) y 175 del TRLCSP, cuando su valor estimado sea inferior a los umbrales aplicables a la contratación armonizada y al tiempo, estén comprendidos dentro de los importes previstos para los contratos negociados.

7. Nulidad del contrato y recurso administrativo especial

El artículo 46 de la Directiva de Concesión- directamente aplicable, amplía el ámbito objeto de aplicación del artículo 37 del TRLCSP y el anuncio de transparencia previa voluntaria; extendiendo el recurso administrativo especial en materia de contratación a todos los contratos que tengan la consideración de sujetos a regulación armonizada, incluidos los de gestión de servicios públicos, así como en aquellos supuestos en que se haya infringido el derecho comunitario en materia de contratación pública, incluyendo así, las modificaciones contractuales, la subcontratación y la resolución de los contratos.

También el plazo de espera de 15 días entre la adjudicación y la formalización del artículo 16.3 del TRLCSP, se ve ampliado a todos los contratos.

8. Sistemas dinámicos de contratación

Será de directa aplicación, con arreglo a lo previsto en el artículo 34 de la Directiva 2014/24/UE.

Todo lo cual no constituyen sino una serie de criterios generales y sin perjuicio de determinadas materias previstas en las Directivas que, *de facto*, ya han sido transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico, como son la factura electrónica, el concepto de medio propio, la cooperación horizontal, la regla de la confidencialidad, o los elementos básicos de la concesión.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

Consecuentemente no serían directamente aplicables aquellos preceptos que carecen de incondicionalidad, como las previsiones del artículo 32.1 (uso del procedimiento negociado sin publicidad previa); artículo 46.3 (posibilidad de prever ofertas integradoras) o la posibilidad de que los Estados miembros establezcan excepciones a los motivos de exclusión obligatoria por razones de interés general (art. 57.3).

A modo de resumen:

Tendrán efecto directo en la nueva Directiva de contratos públicos, 2014/24/UE, los artículos 1, 2, 3 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 (salvo las excepciones a la aplicación de la Directiva que no se recogen en el TRLCSP como son las de servicios jurídicos del artículo 10 d); servicios del artículo 10 h) y servicios de campañas de partidos políticos del artículo 10 j)- al prohibirse el efecto directo vertical descendente); artículo 12, salvo la excepción a la prohibición de participación privada cuando así lo establezca una norma nacional; artículo 13 (aunque la contratación pública innovadora que se encuentra pretranspuesta en el artículo 17 TRLCSP); artículo 14; artículo 15; 16; 17; 18 (a excepción de su apartado 2, para cuyos principios generales se exigirá un desarrollo que queda a la decisión estatal); artículo 19, ya se encuentra pretranspuesto en el artículo 59 TRLCSP; el contenido del artículo 20 se encuentra parcialmente pretranspuesto en la D.A. 5ª TRLCSP; artículo 21 (pretranspuesto art. 140 TRLCSP); el artículo 22 no resultará de aplicación hasta el 18 de octubre de 2018; artículo 24; artículo 25; artículo 26, a excepción del párrafo cuarto como consecuencia de la prohibición del efecto directo vertical descendente; el artículo 27, relativo a la contratación pública innovadora, ya se encuentra pretranspuesto y deben aplicarse los plazos del TRLCSP, al ser más amplios que los previstos en la Directiva; el artículo 28, como procedimiento restringido se encuentra pretranspuesto, sin embargo, no será directamente aplicable el apartado 4 que permite que los Estados miembros acuerden que los poderes subcentrales puedan establecer otro plazo para la presentación de ofertas, dado que esta posibilidad no se encontraba prevista en la Directiva 2004/18/UE, y tampoco la contempla el TRLCSP; artículo 29; artículo 30, parte del cual se encuentra pretranspuesto en los artículos 180 y 181 del TRLCSP; artículo 31; artículo 32, pretranspuesto en el artículo 170 TRLCSP; sin embargo, no podrán aplicarse los supuestos no contemplados en la Directiva 2004/18/CE y que la nueva Directiva incorpora, y aquellos que el TRLCSP recoge con alcance más amplio, deberán ser objeto de interpretación conforme; artículo 33, se encuentra sustancialmente pretranspuesto en los artículos 196 a 199 TRLCSP; artículo 34, se halla pretranspuesto en los artículos 200 a 202 TRLCSP, sin embargo, no resultará de directa aplicación el apartado 2 b) relativo a la presentación de

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

ofertas; artículo 35, prácticamente pretranspuesto en el artículo 148 TRLCSP; artículo 36, será directamente aplicable a excepción de la utilización **obligatoria** de catálogos electrónicos; artículo 37, pretranspuesto en los artículos 203 a 207 del TRLCSP; artículo 38, igual que el anterior, recogido en el vigente artículo 205 TRLCSP; artículo 39.2, tendrá efecto directo el mecanismo de compra conjunta y la prohibición a los Estados miembros de que prohíban a su vez, a los poderes adjudicadores el acudir a centrales de compras de otros Estados Miembros, pero carece de efecto directo el apartado segundo, pues deja a los Estados miembros la decisión de limitar las actividades de compra centralizada a contratos de obras, suministros y servicios destinados a los poderes adjudicadores con carácter permanente (artículo 2.1.14), los restantes apartados del precepto sí tendrían efecto directo.

También resultarán directamente aplicables: el artículo 40, relativo a las consultas preliminares del mercado; artículo 41, relativo a la participación de los candidatos o licitadores; el artículo 42, que ya se encuentra pretranspuesto en el artículo 117 del TRLCSP; artículo 43, también pretranspuesto en el artículo 117.6 TRLCSP; artículo 44, relativo a pruebas, certificaciones y otros medios de prueba; artículo 45, se encuentra pretranspuesto en el artículo 147.3 TRLCSP, pero la previsión o no de variantes al ser discrecional **no podrá ser exigida** a través del efecto directo. Artículo 46, serán de directa aplicación los apartados 1 y 2 del precepto relativos, respectivamente, a la necesidad de justificar, expresamente, la no división en lotes; y la posibilidad de limitar el número de lotes a los que se puede licitar y el número máximo de lotes de los que puede resultar adjudicatario un licitador; **no así**, el apartado tercero relativo a ofertas integradoras que precisaría de un acto de transposición porque se trata de una opción para los Estados miembros; ni el apartado 4, que recoge la posibilidad de que los Estados miembros puedan hacer obligatoria la adjudicación por lotes separados, pues requerirá de transposición. Artículo 47, referente a la determinación de plazos que se halla pretranspuesto en el artículo 143 del TRLCSP y en los correspondientes a cada modalidad contractual.

El artículo 48, de aplicabilidad directa, presenta como novedad respecto del anuncio previo del artículo 141 del TRLCSP, la posibilidad de que los poderes adjudicadores de los sectores públicos autonómico y local puedan utilizar el anuncio de información previa como convocatoria de licitación cumpliendo los requisitos del artículo 48.2 de la Directiva.

Artículo 49, relativo a los anuncios de licitación, aplicable en su integridad; artículo 50, anuncio de adjudicación de contratos, a excepción del apartado 2 relativo a la agrupación trimestral de anuncios dado que es una potestad que se confiere a los Estados miembros y requerirá de transposición; artículos 51,52; 53 cuyo apartado 2 se encuentra pretranspuesto en el artículo

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

158.1 TRLCSP, artículo 54, se encuentra pretranspuesto en los artículos 165 y 166 del TRLCSP; artículo 55, que se encuentra pretranspuesto en los artículos 151.4 y 153 del TRLCSP.

El artículo 56 que contiene principios generales, será directamente aplicable, a pesar de que sus tres primeros apartados ya han sido pretranspuestos. El apartado 1 contiene una novedad cual es que una oferta puede ser excluida si no cumple con las obligaciones medioambientales, sociales o laborales a las que se refiere el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE; el apartado 2 ha sido pretranspuesto en el artículo 146.4 TRLCSP; apartado 3 pretranspuesto en cuanto a la documentación jurídica en el artículo 81.2 del RGLCAP; en cuanto a la oferta económica y técnica, se incorpora la jurisprudencia europea; finalmente, el apartado 4 se dirige a la Comisión.

El artículo 57, relativo a los motivos de exclusión, serán de directa aplicación sus apartados 1,2 y 4 que recogen un listado de prohibiciones de contratar dado que se trata de normas que limitan el derecho de acceso a las licitaciones y perjudican, por tanto, a los operadores económicos, el Estado miembro no ha cumplido su deber de transposición no podría alegarlas frente a los particulares. La mayor parte de los supuestos de prohibición se recogen en el artículo 60 TRLCSP.

El apartado 3 no tendrá efecto directo puesto que el legislador nacional puede optar por exceptuar la aplicación de las prohibiciones de contratar en ciertos casos por razones imperiosas de interés general o por aplicación del principio de proporcionalidad. En el TRLCSP esta opción solo existe en el caso de contratos tramitados por el procedimiento de urgencia.

El apartado 5 tendrá efecto directo a excepción del párrafo segundo que permite que la exclusión se produzca a la vista de actos cometidos durante el procedimiento (no sólo desde su inicio), lo cual es limitativo del derecho de los particulares de acceso al procedimiento y por tanto puede alegarse efecto directo frente a ellos.

El apartado 6 relativo a la posibilidad de demostrar la fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente, tendrá efecto directo en cuanto concede un derecho adicional a los licitadores frente a los poderes públicos para poder acceder a los procedimientos.

Finalmente, el apartado 7 se encuentra pretranspuesto en los artículos 60 y 61 del TRLCSP para supuestos de prohibición del artículo 60 TRLCSP.

Asimismo, tendrán efecto directo el artículo 58, relativo a los criterios de selección, pretranspuestos en los artículos 54.2, 62, 74, 75 y 76 y ss del TRLCSP; el artículo 59 relativo al

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

Documento Europeo Único, que cuenta con un Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado de documento europeo único de contratación. Artículo 60, pretranspuesto en los artículos 72 y ss TRLCSP; artículo 61, relativo al depósito de certificados en línea (e-Certis), cuyo apartado 2, relativo a la eficacia demorada goza de un plazo de transposición que vence el día 18 de octubre de 2018; artículo 62, relativo a las normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental, cuyos apartados 1 y 2 se encuentran pretranspuestos en los artículos 80 y 81 del TRLCSP, siendo también de directa aplicación el apartado 3; a excepción del inciso que exige, para aceptar otras pruebas medidas equivalente, que el licitador demuestre que no ha tenido posibilidad de obtener los certificados correspondientes en plazo por causas que no le son imputables. En cuanto restringe, al condicionarlo, un derecho de los operadores económicos reconocido por la normativa vigente, este precepto no podrá ser alegado frente a ellos sin previa transposición.

El artículo 63.1.1 relativo al recurso a las capacidades de otras entidades, se encuentra pretranspuesto en el artículo 63 del TRLCSP; también la referencia a los títulos de estudios y profesionales al ser un caso específico del criterio general; el apartado 1.2 también se encuentra pretranspuesto en el artículo 227 TRLCSP; y el 1.4 en el artículo 63 TRLCSP. El apartado 2 tendrá efecto directo y constituye una novedad aplicable a las UTEs. No así el apartado 1.3 que no será de directa aplicación, al referirse a la posibilidad de exigir la responsabilidad solidaria del contratista y la entidad en la que radican los medios que integran la solvencia económica y financiera, precisaría de transposición para los contratos administrativos, ya que es una estipulación que excede de la actual legislación y perjudica a los particulares.

El artículo 64 que ha incorporado la posibilidad de establecer o mantener listas oficiales de operadores económicos autorizados en los artículos 83 y 84 TRLCSP, no así la posibilidad de prever una certificación realizada por organismos que cumplan las normas europeas en materia de certificación a efectos de lo dispuesto en el Anexo VII, este último no sería de aplicación directa.

El artículo 65, relativo a la reducción del número de candidatos cualificados a los que se invita a participar se encuentra pretranspuesto en los artículos 163 y ss del TRLCSP para el procedimiento restringido, 177.3 para el procedimiento negociado con publicidad y 181 para el diálogo competitivo. También lo está el artículo 66 relativo a la reducción del número de ofertas y de soluciones, en el artículo 150.5 TRLCSP y artículos 178.2 y 182.3 TRLCSP para los

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

procedimientos negociados con publicidad y los diálogos competitivos respectivamente. El artículo 67 será directamente aplicable, y ya se encuentra pretranspuesto en el artículo 150 TRLCSP; ha conseguido positivizar la jurisprudencia europea.

El artículo 68 relativo al coste del ciclo de vida, tendrá efecto directo siempre que los poderes adjudicadores acuerden emplear este criterio de adjudicación en consonancia con el artículo 67.2 de la Directiva 2014/24/UE. El artículo 69 que regula las ofertas anormalmente bajas, se encuentra pretranspuesto en el artículo 152 TRLCSP.

Artículo 70, tendrá efecto directo la regulación de las condiciones de ejecución del contrato, si bien ya se encuentran pretranspuestas en el artículo 118 del TRLCSP, cuyo listado no es cerrado y caben otros tipos de condiciones de ejecución.

El artículo 71 relativo a la subcontratación contiene un apartado 1 que **no** sería directamente aplicable, porque su contenido no es preciso; ni tampoco los apartados 3 y 7 puesto que no son mandatos de transposición incondicionados; de hecho, en la normativa vigente para los contratos administrativos y privados de las entidades empresariales, esta opción es la contraria, como prevé el artículo 227, apartados 8 y 9. **Sí** serán directamente aplicables, los apartados 2 y 4 que se encuentran pretranspuestos para los contratos administrativos en el artículo 227.2 a) TRLCSP; apartado 5, pretranspuesto en el artículo 227 TRLCSP para los contratos administrativos y los contratos privados de las entidades empresariales; así como la posibilidad de solicitar las declaraciones de capacidad de los subcontratistas; y el apartado 8, que recuerda a los Estados miembros que sus normas de transposición han de respetar el derecho comunitario.

Respecto al artículo 72 que contempla la modificación de los contratos durante su vigencia, hay que señalar que la regulación prevista en este artículo es más restrictiva que la que recogen los artículos 105 y ss TRLCSP. Se recuerda la prohibición de efecto directo descendente, por lo que se ha de continuar aplicando la normativa nacional hasta que se produzca la transposición; sí será directamente aplicable la obligación de publicación de la modificación en el DOUE que recoge el último párrafo del apartado 1.

El artículo 73, relativo a la rescisión de contratos se encuentra parcialmente pretranspuesto en el artículo 223 g) TRLCSP que incorpora el supuesto de la letra a) del precepto analizado; la letra b) se halla incluida, para los contratos sujetos a regulación armonizada en el artículo 32 b) TRLCSP. **No** será de directa aplicación el apartado c) que prevé “el incumplimiento grave de obligaciones de los tratados o de la Directiva declaradas por el TJUE” porque dependiendo de

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

cuál sea la razón de fondo de la declaración de incumplimiento, puede encontrar acomodo en un caso de rescisión ya previsto.

El artículo 74 regulador de la adjudicación de servicios sociales y otros servicios específicos, tendrá efecto directo, también lo tendrá el artículo 75 sobre la publicación de los anuncios ; **no así** el artículo 76, relativo a la adjudicación de contratos, pues requiere de una norma de transposición, tampoco el artículo 77 sobre contratos reservados para determinados servicios.

También serán directamente aplicables los artículos 78 a 82 sobre ámbito de aplicación; anuncios; normas relativas a la organización de los concursos de proyectos y la selección de los participantes/composición del Jurado/decisiones del Jurado que además se encuentran pretranspuestos en los artículos 184 y ss TRLCSP.

Del artículo 83 que regula la ejecución únicamente tendrá efecto directo el apartado 6, que a mayor abundamiento, fue pretranspuesto por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; los apartados restantes requieren de transposición.

El artículo 84 sobre los informes específicos sobre los procedimientos para la adjudicación de los contratos es directamente aplicable aunque el contenido del informe específico se refiere a datos que el propio TRLCSP ya exige hacer constar en el expediente; los informes nacionales e información estadística implican un mandato a la Comisión y a los Estados y no precisa de transposición; tampoco la precisan los artículos 87 relativo al ejercicio de delegación, pues se limita a otorgar poderes a la Comisión para que adopte actos delegados, y no requiere transposición; ni el procedimiento de urgencia del artículo 88 . El artículo 86 sobre cooperación administrativa tendrá aplicación directa; el procedimiento de comité del artículo 89 no precisa transposición, pues regula el Comité Consultivo para los contratos públicos; ni tampoco la requieren los artículos 90 a 94 sobre transposición y disposiciones transitorias; derogaciones; examen; entrada en vigor y destinatarios.

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

CONCLUSIONES

- I. Las Directivas dictadas para armonizar las legislaciones internas de los Estados miembros, despliegan efectos jurídicos desde su entrada en vigor, teniendo valor interpretativo durante el plazo de transposición y valor de eficacia directa invocable directamente para los ciudadanos en aquello que les beneficie, facultándoles para invocar derechos que tengan a su favor frente al Estado: el denominado efecto directo vertical ascendente que resulta de aplicación a determinados preceptos, dado que el plazo máximo de transposición de las directivas correspondientes al paquete de contratación pública expiró el 18 de abril de 2016, sin que el Estado haya aún aprobado el anteproyecto de ley de transposición. La finalidad de esta aplicabilidad directa ascendente es constiuir un mecanismo de corrección de los incumplimientos estatales. Una garantía adicional al derecho de los particulares.
- II. Para poder invocar el efecto directo vertical ascendente, han de cumplirse cuatro requisitos: incumplimiento del deber de transponer por el estado miembros; que el precepto a invocar sea lo suficientemente preciso en cuanto al derecho que confiere al particular o a la obligación que impone al Estado; que la disposición invocada sea incondicional, es decir, que no deje margen alguno de apreciación; que la directiva no haya sido desarrollada en el derecho interno, dentro de plazo. Condiciones, todas ellas, acumulativas.
- III. A pesar de no haber sido transpuestas en tiempo y forma, estas Directivas pueden desplegar otros efectos distintos de la aplicación directa, como el de interpretación de la normativa nacional vigente a la luz de las nuevas directivas comunitarias; así como el principio de primacía del derecho comunitario.
- IV. Se hace difícil detallar todos los aspectos en los que puede incidir ese efecto directo por lo que se analizan con mayor detalle la normativa en materia de contratos armonizados, las obligaciones de publicidad y los plazos de remisión de ofertas. Sin perjuicio de enunciar, resumidamente, los artículos que pueden entenderse directamente aplicables, muchos de los cuales, incluso han sido ya pretranspuestos a nuestro ordenamiento jurídico por el legislador.