

COMENTARIOS A LA DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 26 DE FEBRERO DE 2014, RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN CONTRATOS DE CONCESIÓN

GUILLERMO GONZÁLEZ DE OLANO y JOSÉ ALBERTO NAVARRO MANICH
Abogados*

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

El pasado 28 de marzo de 2014, el «Diario Oficial de la Unión Europea» publicaba la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Este artículo analiza las principales características de la nueva Directiva, su relación con el régimen de concesiones previsto en la legislación española, en particular en relación con el concepto del «riesgo operacional».

Comments on the Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts

Last November 28, 2014, the «Official Journal of the European Union» published Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts. This article analyses the main features of this new Directive, its relationship with the Spanish concession regime, in particular with the concept of the «operational risk».

1 · INTRODUCCIÓN

El pasado 28 de marzo de 2014, el *Diario Oficial de la Unión Europea* publicaba un nuevo «paquete» de directivas en materia de contratación pública. Este paquete está formado por tres directivas:

(i) la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, la «Directiva de Concesiones»);

(ii) la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE («Directiva 2014/24/UE»); y

(iii) la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE («Directiva 2014/25/UE»).

En su conjunto, el nuevo «paquete» de directivas de contratación pública persigue tres objetivos principales: simplificación, flexibilidad y seguridad jurídica, a través de un nuevo contexto 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 medioambiental¹.

La Directiva de Concesiones ha supuesto un hito relevante en la regulación de los contratos del sector público por parte del Derecho de la Unión Europea.

Los contratos de «concesión de servicios» habían quedado tradicionalmente excluidos de las directivas reguladoras de los contratos públicos, centradas en los contratos de obras, de suministro y de servicios, así como de las directivas reguladoras de la contratación en los denominados «sectores excluidos» (agua, energía, transportes y servicios postales). En cambio, las «concesiones de obras» se regían en cuanto a los procedimientos de adjudicación por la Directiva 2004/18/CE², una norma que no se ajustaba plenamente a las características especiales y diferenciadoras de la concesión de obras frente al contrato de obras.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el «TJUE») había insistido en que los contratos de concesión, si bien

1 Declaraciones del Comisario Europeo de Mercado Europeo, Michel Barnier (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-18_en.htm?locale=en).

2 Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuyo artículo 17 («concesiones de servicios») determinaba la exclusión de su ámbito de las concesiones de servicios.

* Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).

no habían sido objeto de una específica regulación por normas de Derecho derivado, sí debían sujetarse a las normas de los Tratados y los principios generales del Derecho de la Unión Europea³. Esta misma idea había sido reforzada por la Comisión Europea mediante la emisión de su «Comunicación interpretativa de sobre las concesiones en el derecho comunitario», de 24 de febrero de 1999⁴, con el objetivo de aclarar el modo en que esas normas del Tratado y principios debían ser aplicados a los contratos de concesión.

Sin perjuicio de lo anterior, este vacío normativo del Derecho derivado de la Unión Europea ha comportado una ausencia de parámetros claros y concretos para los legisladores nacionales a la hora de regular los contratos de concesión. En el caso español, esta circunstancia ha comportado que, en ocasiones, se extendieran a los contratos de concesión la aplicación sin matices de reglas propias de los contratos de obras, suministros y servicios que podían resultar inadecuadas. A título de ejemplo pueden citarse las reglas sobre modificación de los contratos del sector público, actualmente previstas en el título V del libro I del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, el «TRLCSP»), las cuales son de aplicación uniforme a todos los contratos del sector público sin distinción. Estas normas del TRLCSP vienen a recoger los principios del Derecho de la Unión Europea en materia de modificaciones contractuales según se desprenden de pronunciamientos del TJUE e interpretaciones de la Comisión Europea. No obstante, esta transposición podía generar alguna disfunción al aplicar las mismas reglas restrictivas de los contratos de obras, suministros y servicios a los contratos de conce-

sión, que por su naturaleza y larga duración son más sensibles a la necesidad de su adaptación o modificación a lo largo del tiempo.

La Directiva de Concesiones tiene un efecto clarificador sobre el alcance de las normas de los Tratados y los principios generales del Derecho de la Unión Europea respecto de los contratos de concesión, lo que permite introducir algunos matices y diferencias relevantes en lo que se refiere a la tradicional regulación del Derecho de la Unión Europea sobre los contratos de obras, suministros y servicios, tanto en lo referente a los procedimientos de adjudicación como a su régimen sustantivo de ejecución.

Como es sabido, las directivas obligan a los Estados miembros de la Unión Europea en cuanto al resultado que debe conseguirse, pero dejan libertad a las autoridades nacionales en la elección de la forma y los medios (artículo 288, párrf. 3.º TFUE). En este caso, la Directiva de Concesiones obliga a los Estados miembros a trasponer su contenido a sus respectivos ordenamientos jurídicos antes de la fecha límite del 18 de abril de 2016.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objeto del presente estudio es identificar y analizar disposiciones de la Directiva de Concesiones que suponen una innovación respecto de la vigente normativa española de contratación pública. Por consiguiente, no son objeto de este estudio aquellos aspectos de la Directiva de Concesiones que, a pesar de su interés, no supongan una verdadera novedad respecto de la normativa vigente en España.

2 · ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES

2.1 · Ámbito de aplicación objetivo: la «concesión de obras» y la «concesión de servicios»

La Directiva de Concesiones es de aplicación a las denominadas «concesiones de obras» y «concesiones de servicios», que se encuentran definidas en el artículo 5.1 de la Directiva. De manera intuitiva puede vislumbrarse que estos conceptos guardan una cierta correspondencia, respectivamente, con los contratos de concesión de obra pública (definidos en el artículo 7 del TRLCSP) y los contratos de gestión de servicios públicos (definidos en el artículo 8 del TRLCSP). En efecto, la concesión obras tiene por objeto la construcción y explotación de una obra, y la concesión de servicios tiene

³ Entre otras, sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2005 (C-458/03), *Parking Brixen*.

⁴ Esta Comunicación interpretativa de la Comisión fue publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C-121/2, de 29 de abril de 2000, e indicaba a este respecto lo siguiente: «Las concesiones no están definidas en el Tratado. La única definición que aporta el Derecho derivado comunitario aparece en la «Directiva sobre obras», que establece un régimen particular para la concesión de obras. Las otras formas de concesión, en cambio, no se contemplan explícitamente en las directivas de contratos públicos. Esto no significa, sin embargo, que las concesiones queden fuera de las normas y principios del Tratado. En efecto, en la medida en que estas concesiones resulten de actos del Estado que tengan por objeto la prestación de actividades económicas o el suministro de bienes, están sometidas a las disposiciones pertinentes del Tratado, así como a los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal».

por objeto la prestación o gestión de un servicio. No obstante, debe tenerse presente que esa correspondencia entre los conceptos de la Directiva de Concesiones y del TRLCSP no es absoluta, por lo que no son conceptos plenamente asimilables⁵.

De conformidad con la Directiva de Concesiones, las concesiones de obras y las concesiones de servicios se definen por las siguientes dos notas esenciales:

- (i) la contraprestación recibida por el concesionario consiste en el derecho a explotar la obra que debe ser construida por él (en la concesión de obras), o el servicio concedido (en la concesión de servicios). Ese derecho puede ir acompañado, eventualmente, de un pago por parte del ente concedente; y
- (ii) la transferencia al concesionario del denominado «*riesgo operacional*» en la explotación de las obras o del servicio.

2.2 · Un concepto nuevo (o quizás no tanto): el «riesgo operacional»

2.2.1 · Concepto general de «riesgo operacional». La Directiva de concesiones no obliga al concesionario a asumir todo el riesgo derivado de la concesión, sino solo una parte relevante

Sin duda, uno de los conceptos principales sobre los que descansa la noción de «concesión» que regula la Directiva es el de «riesgo operacional». De acuerdo con el régimen previsto en la Directiva, la característica principal de una concesión —el derecho de explotar las obras o los servicios— implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico. Éste riesgo constituye un factor que debe escapar al control de las partes y que supone que «no est[á] garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento [el concesionario] vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión» (artículo 5.1).

⁵ A nuestro juicio, el hecho de que la Directiva de Concesiones defina una «concesión de servicios» cuyo objeto es más amplio que la concesión para la gestión de servicios públicos que regula la legislación española no obligaría necesariamente al legislador español a crear un nuevo tipo de contrato administrativo, distinto de los existentes contratos de servicios y contrato de concesión para la gestión de servicios públicos.

Es decir, de acuerdo con la Directiva, no sería «concesión» aquel negocio jurídico por el que el poder adjudicador, la entidad adjudicadora —o incluso la propia reglamentación específica del sector— protegiera al operador económico frente a cualquier posible pérdida, garantizando unos ingresos mínimos «que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato» (considerando 18).

Ahora bien, la exigencia de que el concesionario adquiera un «riesgo operacional» no es plena. En diversos lugares de la Directiva se deja muy claro que es perfectamente posible que la concesión implique la traslación únicamente de *una parte* del riesgo derivado de la explotación, no necesariamente de *todo* el riesgo⁶.

A nuestro juicio, bien considerado, el denominado por la Directiva «riesgo operacional» se ajusta, en líneas generales, al tradicional concepto de «riesgo y ventura» que ya viene rigiendo en el ámbito de la contratación pública española, y, muy en especial, en el de las concesiones⁷. De acuerdo con este principio «el contratista conoce cómo en el desarrollo del contrato está expuesto un riesgo, a un evento posible y dañoso, y corre el albur que todo ello implica sabiendo de su posibilidad y de la esperanza de que no suceda» (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1983 [RJ 5207]), idea que, en esencia, coincide con

⁶ Así, el considerando 18 señala que la necesidad de que el concesionario adquiera un riesgo operacional no está reñida con que «parte del riesgo siga asumiendo el poder o entidad adjudicador». Del mismo modo, el artículo 5 de la Directiva señala que «la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurre el concesionario no es meramente nominal o desdeñable», pero indicando bien a las claras que no es preciso que la asunción del riesgo sea total. Del mismo modo, el considerando 19 aclara que también cabe considerar «concesiones» a aquellos negocios jurídicos en los que el riesgo esté limitado desde el inicio.

⁷ Con carácter general, el principio de «riesgo y ventura» se recoge para todos los contratos administrativos en el artículo 215 del TRLCSP. En el caso de las concesiones de obras públicas, el TRLCSP reitera que el contrato se ejecutará «en todo caso a riesgo y ventura del contratista» (artículo 7.2) y que las obras se ejecutarán «a riesgo y ventura del concesionario» (artículo 242). Por respecta a la concesión para la gestión de servicios públicos, la letra a) del artículo 277 del TRLCSP señala que la concesión es aquella modalidad de gestión de servicios públicos «por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura». Por lo que respecta a la jurisprudencia, son innumerables las sentencias que coinciden en que constituye un principio inspirador de la contratación administrativa el de que «la ejecución de contratos se realizará a riesgo y ventura del contratista» (por todas, sentencia de 27 de junio de 1988 [RJ 4775]).

la filosofía de la Directiva de que el concesionario no tenga asegurado el retorno de la inversión que debe realizar para ejecutar el contrato.

2.2.2 · Relación entre la exigencia de «riesgo operacional» y la obligación de abonar la «inversión patrimonial neta» (RPA)

El artículo 271 del TRLCSP establece que, en los supuestos de resolución de la concesión de obras públicas, la Administración debe abonar al concesionario «el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión», teniendo en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que resta para el término de la concesión, así como lo establecido en el plan económico-financiero del concesionario. A este importe se le denomina habitualmente «inversión patrimonial neta» (o «responsabilidad patrimonial de la Administración», o RPA)⁸ y su cuantificación final depende de diversos factores, esencialmente de que la resolución anticipada de la concesión tenga lugar por causas imputables a la Administración, al concesionario,⁹ o a ninguno de los dos.

¿Resulta contraria esta previsión de la ley española la obligación de la Directiva de que el concesionario asuma el «riesgo operacional» de la concesión?

De acuerdo con la Directiva, una concesión no deja de serlo por el hecho de que prevea una compensación parcial en los casos de caducidad de la concesión «por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor» (considerando 19). Pero esta previsión, como puede apreciarse, deja fuera a todos aquellos supuestos en los que la caducidad de la concesión se deba a motivos imputables al propio concesionario. Enten-

demus, sin embargo, que lo anterior no significa que, en adelante, la ley española deba limitar los supuestos de abono de la RPA a aquellos casos en los que la caducidad de la concesión sea imputable a la Administración contratante o a supuestos de fuerza mayor. Ello por dos razones:

1.^a Porque el «riesgo operacional» alude al riesgo asumido por el concesionario «en condiciones normales de funcionamiento» (artículo 5.1 de la Directiva), no ante un supuesto de resolución anticipada de la concesión, ni siquiera en aquellos supuestos en los que tal resolución pueda ser imputable al concesionario.

A estos efectos, no puede olvidarse que la resolución de la concesión por estas causas conlleva, entre otros efectos, la incautación de la fianza definitiva del contratista, así como su obligación de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

2.^a Porque el abono al concesionario de la inversión patrimonial (particularmente los supuestos de concesión de obras, donde previsiblemente la inversión será mayor que en las concesiones de servicios), responde a una exigencia derivada del principio de previsión de enriquecimiento injusto.

2.3 · Ámbito de aplicación subjetivo: «poderes adjudicadores» y «entidades adjudicadoras»

El segundo elemento determinante de la aplicación de la Directiva de Concesiones es el ente adjudicador de la concesión. En este punto, la Directiva introduce un planteamiento novedoso: el ámbito subjetivo de la Directiva de Concesiones es más amplio que el que actualmente contempla el TRLCSP en su artículo 3. A la Directiva de Concesiones están sujetos «poderes adjudicadores» y «entidades adjudicadoras».

2.3.1 · Los «poderes adjudicadores»

En primer lugar, la Directiva de Concesiones será de aplicación a las concesiones de obras y a las concesiones de servicios otorgadas por un «poder adjudicador» (artículo 6 de la Directiva de Concesiones).

Este concepto de poder adjudicador es idéntico al que actualmente se encuentra recogido en el artículo 3.3 del TRLCSP, salvo cuando esos poderes adjudicadores lleven a cabo una de las actividades relacionadas en el

⁸ En este ámbito, la expresión «responsabilidad patrimonial de la Administración» se utiliza por influjo de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión, que fue la primera norma que encuadró este tipo de pagos dentro de la categoría de la responsabilidad de la Administración. No obstante, la naturaleza de este tipo de pagos no tiene encaje dentro del actual concepto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

⁹ En concreto, el apartado 4 del artículo 271 del TRLCSP prevé que cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

anexo II de la Directiva y pretendan adjudicar una concesión referente a esas actividades. En este supuesto excepcional no nos hallaremos ante un «*poder adjudicador*», sino ante una «*entidad adjudicadora*» según la definición que se indica a continuación.

2.3.2 · Las «entidades adjudicadoras»

En segundo lugar, la Directiva Concesiones será de aplicación a las denominadas «entidades adjudicadoras», cuya definición se encuentra en el artículo 7. Las entidades adjudicadoras se definen por un elemento objetivo y otro subjetivo:

— *Elemento objetivo*: Las entidades adjudicadoras se definen porque desarrollan una de las actividades relacionadas en el anexo II de la Directiva de Concesiones, y adjudican la concesión para realizar una de esas actividades, esto es: (i) determinadas actividades referentes al sector del gas y la calefacción¹⁰; (ii) determinadas actividades referentes a la electricidad¹¹; (iii) determinadas actividades referentes a la puesta a disposición o explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable; (iv) actividades relativas a la explotación de una zona geográfica a fin de facilitar instalaciones aeroportuarias o portuarias marítimas o interiores u otras instalaciones propias de un terminal a transportistas por vía aérea, marítima o por rutas de navegación interior; (v) actividades del sector de los servicios postales¹²; y (vi) actividades referentes a la explotación de una zona geográfica con vistas a

la extracción de petróleo o gas, o a la prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos.

— *Elemento subjetivo*: En cuanto al elemento subjetivo, el concepto de entidad adjudicadora sigue las pautas generales de las «*entidades contratantes*» del artículo 3 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante, la «*Ley 31/2007*») y es un concepto que también se encuentra previsto en la Directiva 2014/25/UE¹³.

Concretamente, se consideran «entidades adjudicadoras» las que desarrollen una de las actividades anteriores y que pretendan adjudicar una concesión referente a dicha actividad, siempre y cuando reúna una de las siguientes condiciones:

(i) que responda a las características de los poderes adjudicadores (en el sentido del artículo 6 de la Directiva de Concesiones o el artículo 3.3 del TRLCSP), o bien

(ii) que sea una empresa sobre la que uno o varios poderes adjudicadores puedan ejercer una influencia dominante¹⁴, o bien

(iii) que sea una entidad distinta de las anteriores que funcionen sobre la base de «derechos especiales»¹⁵ o «derechos exclusivos»¹⁶, concedidos por las autoridades competentes para el ejercicio de una de las actividades contempladas en el citado anexo II de la Directiva.

¹⁰ En concreto, el anexo II de la Directiva de Concesiones determina que sus disposiciones se aplicarán a las siguientes actividades en lo que respecta al gas y la calefacción: (i) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de gas o calefacción; (ii) el suministro de gas o calefacción a dichas redes. El citado anexo II incluye también unos criterios interpretativos sobre cuándo se está ante alguna de estas actividades.

¹¹ En concreto, la Directiva de Concesiones resulta de aplicación a las siguientes actividades referentes a electricidad: (i) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de electricidad; (ii) el suministro de electricidad a dichas redes. Como en el caso de las actividades relativas al gas y la calefacción, el anexo II incluye también una serie de criterios interpretativos sobre cuándo se está ante alguna de estas actividades.

¹² En los términos definidos en el anexo II.

¹³ Si bien se diferencia del artículo 3 de la Ley 31/2007 en que las «entidades adjudicadoras» de la Directiva de Concesiones también pueden incluir a las Administraciones Públicas en sentido estricto.

¹⁴ Esta influencia, directa o indirecta, podrá ser debida a la propiedad de la empresa, la participación financiera o las normas que rigen esa empresa.

¹⁵ El derecho exclusivo se define como «un derecho concedido por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legislativa, reglamentaria o administrativa publicada que sea compatible con los Tratados, que tenga como efecto limitar el ejercicio de una actividad a un único operador económico y que afecte sustancialmente a la capacidad de los demás operadores económicos de ejercer una actividad» (artículo 5.10 de la Directiva de Concesiones).

¹⁶ El derecho especial se define como «un derecho concedido por las autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legislativa, reglamentaria o administrativa publicada que sea compatible con los Tratados, que tenga como efecto limitar el ejercicio de una actividad a una serie de operadores económicos y que afecte sustancialmente a la capacidad de los demás operadores económicos de ejercer una actividad» (artículo 5.11 de la Directiva de Concesiones).

A los efectos de la Directiva de Concesiones, no serán consideradas entidades adjudicadoras aquellas que hayan adquirido sus derechos exclusivos o especiales a través de procedimientos que hayan sido objeto de una «publicidad adecuada y sobre la base de criterios objetivos»¹⁷. Por consiguiente, aquellas entidades que hayan adquirido esos derechos a través de un procedimiento de adjudicación licitatorio, no tendrán que someter los encargos concesionales que formulen a terceros a procedimientos regulados en la Directiva de Concesiones.

Como puede apreciarse, la categoría de las «entidades adjudicadoras» constituye una novedad relevante respecto del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva de Concesiones en relación con nuestro ordenamiento jurídico vigente, que lleva a los contratos de concesiones más allá del ámbito de los contratos administrativos en el que hasta ahora se movían¹⁸. En concreto, la Directiva de Concesiones extiende el régimen jurídico de las concesiones: (i) no solo a lo que actualmente el TRLCSP denomina «poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administraciones Públicas» (las letras b) y c) del artículo 3.3 del TRLCSP)¹⁹; y (ii) también a entidades que no formen parte del sector público, es decir, a entidades privadas.

A nuestro juicio, estos cambios justificarían que su transposición al Derecho español se llevara a cabo: (i) bien mediante una modificación del TRLCSP, con el objeto de incluir a este tipo de entidades dentro del conjunto de sujetos que pueden actuar como entidades «concedentes»²⁰; (ii) o bien con una ampliación del ámbito de aplicación objetivo de la Ley 31/2007, para incluir las concesiones de obras y servicios²¹.

2.4 · Umbrales de los contratos de concesión

Un tercer elemento delimitador del ámbito de aplicación de la Directiva de Concesiones es el umbral establecido en su artículo 8. En efecto, únicamente se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Concesiones aquellas concesiones que encajen en la definición que acaba de ser analizada, y cuyo valor sea igual o superior a 5.186.000²².

Este umbral no supone una novedad respecto de las concesiones de obras públicas, en la medida en que esta era la referencia del TRLCSP para determinar cuáles son los contratos de concesión de obras públicas sujetos a regulación armonizada (artículo 14.1 del TRLCSP). En cambio, sí supone una novedad respecto de los contratos de gestión de servicios públicos, puesto que estos contratos nunca se han incluido en la categoría de contratos sujetos a regulación armonizada.

Como consecuencia de la fijación de este umbral, desde una óptica de Derecho español nos hallaremos con contratos de concesión de obras y contratos de concesión de servicios que entrarán dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Concesiones, y otros que quedarán excluidos. En caso de que el legislador español mantenga el criterio vigente en el TRLCSP, los contratos de concesión de obras y servicios se sujetarán al TRLCSP con carácter general, pero se aplicarán determinadas reglas y garantías adicionales a los contratos de concesión de obras y los contratos de concesión de servicios que superen el umbral, eso es, los que sean contratos «sujetos a regulación armonizada».

2.5 · Exclusiones más relevantes del ámbito de aplicación de la Directiva de Concesiones

2.5.1 · Exclusión de ciertas concesiones tradicionales del Derecho español

La Directiva de Concesiones excluye expresamente de su ámbito de aplicación determinadas concesiones tradicionales en el Derecho español, como las con-

¹⁷ Artículo 7.2 de la Directiva de Concesiones.

¹⁸ Artículo 18.3.j) de la Ley 31/2007.

¹⁹ De acuerdo con la vigente TRLCSP, los contratos celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reunieran la condición de Administraciones Públicas tienen la consideración de contratos privados (artículo 20.1).

²⁰ No debe asombrar el hecho de que el TRLCSP pueda modificarse con el objeto de introducir disposiciones que, en rigor, regulan el régimen de contratación de dos entidades netamente privadas. El texto actual del TRLCSP ya incluye previsiones relativas a la contratación entre privados. Así, los apartados 2, 3 y 4 del artículo 274 («Adjudicación de contratos de obras por el concesionario»), ya viene imponiendo al concesionario (aunque este no tenga el carácter de poder adjudicador) determinadas reglas para la adjudicación de contratos de obras por encima de ciertos importes.

²¹ También existiría una tercera posibilidad, consistente en actuar de modo similar a como ha hecho la Unión Europea, y regular los contratos de concesión en una norma separada del

TRLCSP. Somos de la opinión de que esta no sería la opción más atractiva, pues, entre otras razones, podría dar lugar a una innecesaria duplicidad de previsiones.

²² Este umbral será calculado según las reglas establecidas en el artículo 8 de la Directiva de Concesiones, y será revisado de conformidad con lo establecido en el artículo 9.

cesiones de dominio público, las portuarias y las aeroportuarias (artículo 10.8.a de la Directiva de Concesiones)²³.

Asimismo, la Directiva de Concesiones no resulta aplicable a las concesiones de servicios de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación en el sentido del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, o relativos a servicios públicos de transporte de viajeros, en el sentido del Reglamento (CE) n.º 1370/2007 (artículo 10.3 de la Directiva de Concesiones). Desde la óptica del Derecho español, la primera de estas dos exclusiones no resulta sorprendente porque la explotación de servicios aéreos tampoco encaja dentro de nuestro concepto tradicional de «concesiones». Sin embargo, sí sorprende la exclusión de los contratos de servicios públicos de transporte de viajeros en el sentido del Reglamento n.º 1370/2007, pues en el ámbito español este tipo de contratos adoptan la forma de concesiones para la gestión de servicios públicos²⁴.

No obstante, en nuestra opinión, el hecho de que la Directiva de Concesiones excluya los servicios públicos de transporte de viajeros de su ámbito de aplicación no impide que el legislador español continúe considerándolas sujetas a la normativa de contratación propia de los servicios públicos y, en consecuencia, les aplique el régimen propio de las concesiones para la gestión de servicios públicos.

²³ «Tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la presente Directiva determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario...» (considerando 15).

²⁴ El artículo 17.2 de la ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (modificado por la Ley 9/2013, de 4 de julio) en la explotación de aquellos transportes a los que esta ley atribuye el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración se aplicará «lo dispuesto en la legislación sobre contratos del sector público sobre régimen económico del contrato de gestión de servicios públicos». El artículo 71 de la misma Ley establece que los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración y que «la gestión de los referidos transportes se regirá por las reglas establecidas en la legislación general sobre contratación del sector público que resulten de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos». Por ello, en la práctica, las Administraciones Públicas vienen adjudicando este tipo de contratos bajo la modalidad de concesiones para la gestión de servicios públicos.

2.5.2 · Exclusiones en el sector del agua (artículo 12)

En concreto, se excluyen las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable o a suministrar agua potable a dichas redes.

Esta exclusión se extiende, asimismo, a las concesiones de servicios, cuando estén relacionadas con las anteriores actividades, para la evacuación o tratamiento de aguas residuales y para proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje²⁵.

Esta exclusión es significativa atendiendo al elevado número de contratos de concesión de obra pública (hidráulica) y contratos de gestión de servicios públicos adjudicados en este sector de conformidad con la normativa de contratación pública. Debe señalarse, en todo caso, que la transposición de la Directiva de Concesiones no debería comportar la expulsión de las concesiones en este sector del agua del cuerpo normativo del TRLCSP. El legislador español deberá decidir si estas concesiones del sector del agua quedan excluidas de las nuevas reglas que serán aprobadas en transposición de la Directiva de Concesiones (lo que supondría mantener su regulación previa), o bien si opta por no acogerse a esta exclusión y aplicar de manera uniforme las nuevas reglas transpuestas también a estas concesiones del sector del agua, lo que sin duda sería una medida que facilitaría la sistemática y comprensión de la norma reguladora en materia de contratación pública.

2.5.3 · Exclusión de las concesiones adjudicadas por una «empresa asociada» (artículo 13)

Esta es una exclusión que proviene del Derecho de la Unión Europea que ya se encuentra incorporada en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 18.4.a) de la Ley 31/2007. Su previsión en la Directiva de Concesiones es la lógica consecuencia de incluir en su ámbito de aplicación subjetivo a las «entidades adjudicadoras» por razón de derechos exclusivos o especiales.

Esta exclusión consiste en permitir que una entidad titular de un derecho especial o exclusivo realizar

²⁵ Siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20% del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje.

encargos cuyo objeto sea una concesión de obra o una concesión de servicio, directamente y sin sujetarse a los procedimientos de la Directiva de Concesiones, siempre y cuando tenga la obligación de consolidar sus cuentas con la entidad destinataria del encargo o cuando una de las entidades ejerza una «*influencia dominante*»²⁶ sobre la otra.

Para que esta exclusión sea aplicable, será necesario que la empresa asociada que reciba el encargo realice, como mínimo, el 80% del promedio de volumen anual de negocios de los últimos tres años (de ejecución de obras o prestación de servicios, en función de la tipología de la concesión) con empresas del grupo de la entidad adjudicadora concedente. Con este requisito del 80%, el Derecho de la Unión Europea considera que no se generan distorsiones en la competencia por la atribución de encargos directos en las actividades del anexo II de la Directiva de Concesiones.

2.5.4 · Exclusión de las concesiones otorgadas entre entidades del sector público (artículo 17)

Esta exclusión de la aplicación de las normas de la contratación pública, nacional y europea se encuentra actualmente recogida en los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP, y se refieren al supuesto de encargos directos a «medios propios» de entes del sector público o las denominadas relaciones *in house providing*.

Esta exclusión responde a la posibilidad que tienen los entes del sector público de realizar encargos

directos (de concesiones u otros) a otros entes que tengan la consideración de «*medio propio*», esto es, que sobre ellos el adjudicador ejerza un control análogo al de sus propios servicios y aquellos que realicen la parte esencial de su actividad para ese ente adjudicador.

En este apartado la Directiva de Concesiones introduce dos novedades relevantes.

(i) En primer lugar, delimita qué debe entenderse por realizar la parte esencial de su actividad para el ente adjudicador, y lo cifra en más del 80% de sus actividades.

(ii) En segundo lugar, se mitiga la regla de que el «*medio propio*» no puede tener la más mínima participación privada en su capital. La Directiva de Concesiones permite que pueda existir una participación de capital privado en el medio propio siempre y cuando: (a) esta participación no tenga capacidad de control, mayoritario ni minoritario; (b) esté impuesta por las disposiciones de legislación nacional (conforme a los Tratados); y (c) que no ejerza una influencia decisiva sobre los objetivos el medio propio, es decir, sobre sus objetivos estratégicos y sus decisiones fundamentales.

Por consiguiente, la regla categórica de la prohibición de participaciones de capital privado en los medios propios ha sido expresamente exceptuada en este caso. Esta excepción podría permitir la enajenación de participaciones minoritarias de «medios propios», con el objetivo de obtener recursos económicos por parte del sector público, siempre y cuando se articulen mecanismos para garantizar que se trata de una participación de un socio privado de carácter financiero con derechos económicos y sin capacidad de influir en las decisiones relevantes de la entidad concesionaria.

3 · DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

La Directiva de Concesiones (artículo 18) no establece un plazo máximo de duración de las concesiones de obras y las concesiones de servicios, tal y como es habitual en las Directivas en materia de contratación pública. Lo que sí indica es que estas concesiones deberán: (i) tener una duración limitada; y (ii) que esta duración tendrá que responder a una proporcionalidad en función del concreto objeto de la concesión y, muy especialmente, deberá responder a un cálculo razonable para recuperar las

²⁶ En los términos definidos en el artículo 7.4 de la Directiva de Concesiones y en el considerando 39, que señala lo siguiente: «Debe considerarse que dos empresas están asociadas cuando existe una influencia dominante directa o indirecta entre la entidad adjudicadora y la empresa de que se trate, o bien cuando ambas se hallan bajo la influencia dominante de otra empresa; en este contexto, la participación privada no debe considerarse pertinente por sí misma. La comprobación de si una empresa está asociada o no a una entidad adjudicadora determinada debe ser lo más sencilla posible. Por lo tanto, y dado que la posible existencia de la influencia dominante directa o indirecta ya tendría que haberse comprobado para decidir si las cuentas anuales de las empresas y entidades de que se trate deben estar consolidadas, procede considerar que dos empresas están asociadas cuando sus cuentas anuales estén consolidadas. Sin embargo, las normas de la Unión sobre cuentas consolidadas no son aplicables en una serie de casos, por ejemplo, por las dimensiones de las empresas consideradas o por no reunirse determinadas condiciones relativas a su forma jurídica. En tales casos, cuando no sea de aplicación la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, va a ser preciso examinar si existe una influencia dominante directa o indirecta basada en la propiedad, la participación financiera o las normas que rijan estas empresas».

inversiones acometidas y obtener un rendimiento por dicha inversión.

En consecuencia, puede concluirse que los plazos máximos actualmente establecidos en el TRLCSP para los contratos de concesión de obra pública y los contratos de gestión de servicios públicos se ajustarían a las exigencias de la Directiva de Concesiones —que, de hecho, admitirían incluso una duración mayor, atendiendo al criterio del retorno de las inversiones—, en el bien entendido de que, como ya sucede en la actualidad, los plazos que se fijen en cada caso concreto deberán responder al citado principio de proporcionalidad.

4 · NORMAS PROCEDIMENTALES SOBRE LA ADJUDICACIÓN DE CONCESIONES

La Directiva de Concesiones regula un procedimiento y unas garantías para la adjudicación de las concesiones que responden a los principios del Derecho de la Unión Europea y a la jurisprudencia del TJUE. A los efectos del presente estudio, puede señalarse que estas normas no suponen cambios radicales o sustanciales respecto de las reglas establecidas en las anteriores Directivas de contratación y el vigente TRLCSP. No obstante, sí es cierto que se introducen algunas innovaciones que deberían tener un impacto concreto en el proceso de transposición de la Directiva de Concesiones a nuestro ordenamiento jurídico. Por consiguiente, a continuación se identifican algunas de estas normas específicas que sí suponen una innovación respecto de las actuales previsiones del TRLCSP.

4.1 · Ampliación de la exención de obligación de publicar «anuncio de concesión» en supuestos en los que no es posible promover la concurrencia (artículo 31.4)

El vigente TRLCSP contempla que podrá acudir al procedimiento negociado, sin necesidad de publicar un anuncio de licitación, para la adjudicación de un contrato del sector público «cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado» (artículo 170.d del TRLCSP). Más en concreto, en relación con los contratos de gestión de servicio público se establece que podrá acudir al procedimiento negociado sin publicidad «cuando se trate de servicios públi-

cos respecto de los cuales no sea posible promover concurrencia en la oferta».

La Directiva de Concesiones (artículo 31.4) introduce una regulación más amplia, con criterios adicionales, sobre los supuestos en los que puede adjudicarse una concesión de obras o de servicios directamente y sin publicar un anuncio de licitación, al resultar inviable promover la concurrencia.

En primer lugar, la Directiva de Concesiones permite evitar la publicación de un «anuncio de concesión» cuando las obras o servicios solamente puedan ser prestados «por un operador económico determinado». Y ello deberá fundarse en uno de los siguientes motivos: (i) que el objeto de la concesión sea la creación o la adquisición de una obra de arte o representación artística única; (ii) que exista una ausencia de competencia por razones técnicas; (iii) que exista un «derecho exclusivo»; o (iv) que deban protegerse derechos de propiedad intelectual o derechos exclusivos distintos a los definidos en la Directiva de Concesiones.

Debe matizarse que los motivos referentes a la imposibilidad de promover la concurrencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos únicamente podrán aplicarse «cuando *no exista una alternativa o sustituto razonable*», y «cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de adjudicación de la concesión».

El régimen jurídico de esta exención de publicación del anuncio de concesión requerirá al ente adjudicador una especial justificación de los motivos por los que es inviable promover la concurrencia. La jurisprudencia del TJUE ha ofrecido puntualmente algunos parámetros de justificación de razones por las que podría resultar inviable promover la concurrencia²⁷. A título de ejemplo, el TJUE declaró que deben tenerse en cuenta los intereses públicos relevantes, como los referentes a proyectos complejos para garantizar el suministro de agua en una determinada región (supuesto este en particular que estaría excluido de la Directiva de Concesiones). Para el TJUE esta es una «consideración técnica cuya importancia debe reconocerse», a los efectos de valorar la validez jurídica de un encargo directo a favor de un

²⁷ Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2003 (C-20/01 y C-28/01): «No puede excluirse que una razón técnica relacionada con la protección del medio ambiente pueda tomarse en consideración para apreciar si el contrato de que se trata sólo puede confiarse a un prestador de servicios determinado».

determinado empresario²⁸. Ahora bien, en esa misma sentencia se señaló que «la mera afirmación del carácter complejo y delicado de un conjunto de obras no basta para demostrar que sólo puede encomendarse a un mismo empresario».

Por consiguiente, es necesario justificar el motivo por el que la concurrencia es inviable en este caso. Y ello debe venir acompañado de un estudio exhaustivo y profundo que acredite que no existe una alternativa o sustituto razonable a ese empresario a favor de quien se adjudicará directamente la concesión. Este es el elemento clave y esencial. Tal y como nos señala el TJUE, la ausencia de esta justificación comportará la improcedencia de acogerse a esta excepción de la obligación de publicar el preceptivo anuncio de concesión.

Sería preciso que estos parámetros clarificadores de la Directiva de Concesiones sean incorporados a nuestro ordenamiento jurídico en relación con la posibilidad de acudir al procedimiento negociado «sin publicidad» por inviabilidad de promover la concurrencia.

4.2 · Posibilidad con carácter general de negociar con los licitadores (artículo 37.6)

El artículo 37.6 de la Directiva de Concesiones establece una regla general en virtud de la cual «el poder o entidad adjudicadora podrá celebrar negociaciones con los candidatos y licitadores». Estas negociaciones nunca podrán referirse al objeto de la concesión, los criterios de adjudicación ni a las condiciones esenciales de la licitación.

La innovación de este precepto consiste en que la Directiva de Concesiones parece contemplar una facultad del ente adjudicador para entablar negociaciones en todos los procedimientos. En el vigente TRLCSP esta posibilidad se encuentra reservada al procedimiento negociado y al diálogo competitivo, y queda prohibida en los procedimientos abierto y restringido. El legislador español deberá anali-

zar si introduce una previsión general de posibilidad de negociación para cualquier procedimiento de adjudicación de concesiones, y qué garantías o restricciones introduce para garantizarse que esas negociaciones no afectan a las condiciones esenciales de la licitación.

4.3 · Previsiones sobre las «exclusiones obligatorias» (artículo 38)

La Directiva de Concesiones establece una regulación de exclusiones obligatorias que tiene grandes puntos en común con las prohibiciones de contratar reguladas en el TRLCSP. En todo caso, hay algunas previsiones específicas que conllevan diferencias relevantes al régimen vigente en la normativa española.

En primer lugar, la Directiva de Concesiones (artículo 38.6) permite al legislador nacional introducir excepciones a la aplicación de prohibiciones de contratar debidas a la condena por la comisión de determinados delitos (artículo 38.4), o a resoluciones administrativas o judiciales firmes por incumplimiento de pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social. Estas excepciones deberán estar justificadas en razones imperiosas de interés general, como la salud pública o la protección del medio ambiente.

Asimismo, el legislador español también podría establecer una excepción a la prohibición de contratar como consecuencia de resoluciones administrativas o judiciales firmes sobre impagos de impuestos y de cotizaciones a la seguridad social, cuando la prohibición de contratar sea manifiestamente desproporcionada debido, por ejemplo, a importes reducidos de los impagos.

En segundo lugar, la Directiva de Concesiones (artículo 38.9) reconoce al licitador el derecho a demostrar su «fiabilidad» en caso de que incurra en alguna de las siguientes causas de exclusión: (i) condena mediante sentencia firme por los delitos identificados en el artículo 38.4; (ii) incumplimiento de la legislación medioambiental, laboral y social; (iii) insolvencia o liquidación del licitador; (iv) falta profesional grave; (v) conflicto de intereses; (vi) existencia de indicadores de que el licitador ha llegado a acuerdos con otros operadores para falsear la competencia; (vii) resolución de una concesión por incumplimiento del concesionario; (viii) realización de declaraciones falsas; o (ix)

²⁸ Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2004 (C-305/02): «Es cierto que el objetivo de garantizar la continuidad de las obras relativas a proyectos complejos y cuya finalidad es la seguridad hidráulica de una región es una consideración técnica cuya importancia debe reconocerse. Sin embargo, la mera afirmación del carácter complejo y delicado de un conjunto de obras no basta para demostrar que sólo puede encomendarse a un mismo empresario, en particular, cuando las obras se dividen en lotes, cuya realización debe prolongarse durante muchos años».

intento de influir indebidamente en el procedimiento de toma de decisiones del ente adjudicador.

Esto supone que no podrán aplicarse las prohibiciones de contratación de manera automática, sino que deberá permitirse al licitador demostrar que su aptitud y fiabilidad no se ven comprometidas. En concreto, el licitador podrá acreditar el compromiso de compensar los daños provocados por la causa de exclusión en cuestión, así como la adopción de las medidas técnicas, organizativas, etc., que le hayan permitido corregir la causa de exclusión. En todo caso, este proceso de acreditación de la fiabilidad del licitador tendrá en cuenta las circunstancias y gravedad del caso concreto.

El licitador no podrá acogerse a esta facultad de acreditar su fiabilidad en caso de que exista una sentencia firme que acuerde la exclusión o prohibición de contratar durante un determinado periodo.

4.4 · Posibilidad de cambiar orden de los criterios de adjudicación tras la apertura de las ofertas, en caso de que se detecte una «solución innovadora» en alguna de ellas que no hubiera podido preverse (artículo 41.3)

La Directiva de Concesiones (artículo 41.3) establece una regla que permite reiniciar el procedimiento de adjudicación posteriormente a la apertura de las proposiciones de los licitadores. Se trata de un supuesto excepcional en el que el ente adjudicador se replantea la puntuación o valoración que debe corresponder a los criterios de adjudicación, tras revisar la oferta de un licitador en la que encuentra una «solución innovadora con un nivel excepcional de rendimiento funcional» que no hubiera podido prever un ente adjudicador diligente.

Es decir, se trata de un supuesto en el que el ente adjudicador aprende de la proposición de un licitador, hasta el punto de alterar su idea sobre la importancia de los criterios para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

En caso de que se produzca esta circunstancia, el ente adjudicador deberá informar a todos los licitadores sobre el cambio en la valoración de los criterios de adjudicación y deberá invitarles de nuevo para que presenten nuevas ofertas acordes con ellos. Ello conllevará, en los casos en los que se haya publicado un anuncio de licitación, que deba convocarse de nuevo el procedimiento de adjudicación de la concesión con la misma publicidad.

Esta previsión parece adecuada atendiendo a la complejidad técnica que pueden reunir las concesiones de obras y las concesiones de servicios. Ahora bien, a los efectos de evitar abusos en la aplicación de este mecanismo, será preciso que el margen de discrecionalidad de la Administración o ente adjudicador sea muy reducido. A estos efectos, parecería razonable que el legislador español estableciese determinadas garantías.

Una primera garantía razonable partiría de la actual regulación del artículo 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Este precepto establece que en los procedimientos de valoración de las ofertas primero deben valorarse los criterios cuya «cuantificación dependa de un juicio de valor» y, una vez realizada esta valoración, se proceda a la apertura y valoración de los criterios «*cuantificables de forma automática*». Con ello se pretenden evitar distorsiones en la valoración de los criterios que dependen de juicios de valor, que pudieran comportar un ejercicio compensatorio a raíz de los puntos que de manera cierta y matemática correspondieran a cada licitador por los criterios cuantificables de forma automática.

Pues bien, parece razonable que la «solución innovadora» a la que se refiere la Directiva de Concesiones únicamente podrá encontrarse en el sobre referente a los criterios que dependan de un juicio de valor. Por consiguiente, debería exigirse al ente adjudicador que la decisión de activar el mecanismo de reiniciar el procedimiento de adjudicación se produzca tan pronto se haya detectado la solución innovadora y, en todo caso, siempre antes de la apertura de los sobres referentes a criterios cuantificables de forma automática. En caso contrario, podría generarse la duda de si el mecanismo de reinicio del procedimiento de adjudicación se ha aplicado para evitar un concreto resultado del procedimiento de adjudicación.

Una segunda garantía consistiría, lógicamente, en una adecuada justificación técnica de los motivos por los que esa solución innovadora debe suponer una alteración de los criterios de adjudicación, así como la inviabilidad de haberla podido detectar previamente al inicio del procedimiento de adjudicación. Esta justificación constituirá un parámetro de control de la discrecionalidad del ente adjudicador para adoptar esa decisión. Esta decisión, asimismo, debería ser susceptible de impugnación a través del recurso especial en materia de contratación.

4.5 · Aplicación del recurso especial en materia de contratación a las concesiones de obras y servicios

La Directiva de Concesiones también ha modificado la Directiva 89/665/CEE²⁹ con el objetivo de extender el derecho al recurso eficaz y urgente en materia de contratación a las concesiones de obras y de servicios reguladas en la Directiva de Concesiones.

La transposición de esta previsión no tendrá ningún efecto innovador respecto de los contratos de concesión de obra pública, los cuales ya tenían reconocido el derecho al recurso especial en materia de contratación cuando estuviesen sujetos a regulación armonizada, esto es, cuando superasen el mismo umbral establecido en la Directiva de Concesiones (artículo 40.1.a del TRLCSP).

En cambio, sí puede tener efectos relevantes respecto de los contratos de gestión de servicios públicos, los cuales son susceptibles del recurso especial en materia de contratación cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento superen los 500.000 € y el plazo de duración sea superior a cinco años (artículo 40.1.c del TRLCSP). Desde un punto de vista práctico, las concesiones de gestión de servicio público sujetas a la Directiva de Concesiones tienen un ámbito más reducido que las previstas en el artículo 40.1.c) del TRLCSP. En efecto, aunque la Directiva de Concesiones no exija un plazo mínimo, atendiendo al importe del umbral establecido en el artículo 8, resulta improbable que los plazos de duración de dichos contratos fueran inferiores a cinco años. En todo caso, no sería deseable que la transposición de la Directiva de Concesiones comportase una reducción del ámbito del recurso especial en materia de contratación respecto de los contratos de gestión de servicios públicos, puesto que ello comportaría una exclusión de una garantía muy relevante en unos contratos especialmente trascendentes.

La Directiva de Concesiones —al igual que sucede con la Directiva 2014/24/UE y la Directiva 2014/25/UE— introduce algunas disposiciones que hacen referencia a la ejecución, modificación y extinción de

los contratos, lo que supone una novedad respecto de las anteriores Directivas, que tenían solamente por objeto regular aspectos relativos a la adjudicación de los contratos. Por consiguiente, la Directiva de Concesiones comportará que deban introducirse algunas modificaciones en el régimen de los efectos cumplimiento y extinción de los contratos administrativos de concesión. Asimismo, y de manera especial, el legislador español deberá establecer un régimen sustantivo imperativo para contratos de concesión regidos por el Derecho privado en una línea parecida a la antes mencionada vigente regulación de las modificaciones de contratos del sector público reguladas por el TRCLSP.

En definitiva, la Directiva de Concesiones supone un reto para el legislador español en la medida en que obligará a introducir algunas modificaciones en la regulación de los contratos de concesión que los diferenciarán de la regulación general de los contratos de obras, suministros y servicios. Por otro lado, la Directiva de Concesiones tendrá un impacto en disposiciones sustantivas sobre la ejecución de estos contratos de concesión que tradicionalmente se habían encontrado fuera del alcance de las previsiones del Derecho de la Unión Europea.

5 · ASPECTOS REFERENTES A LOS EFECTOS, CUMPLIMIENTO, EXTINCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

A pesar de su denominación, la Directiva también regula aspectos relativos a los efectos y extinción de la concesión

Tradicionalmente, la preocupación que la Unión Europea ha tenido sobre el ámbito de la contratación pública se ha ceñido a las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos. La razón es que, preocupada por garantizar un mercado único y el consiguiente respeto a los principios de transparencia, no discriminación y libre concurrencia, la Unión Europea siempre consideró que son precisamente estas fases iniciales del contrato las más delicadas. No obstante, esta limitación inicial se ha visto posteriormente superada, y en la actualidad la Directiva extiende el objeto de su regulación a cuestiones posteriores a la adjudicación del contrato, tales como (a) la subcontratación; (b) la modificación de los contratos durante su período de vigencia; (c) la resolución de concesiones; y (d) el seguimiento y presentación de informes (informe relativos al seguimiento de las previsiones de la

²⁹ Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras.

Directiva por cada uno de los Estados miembros)³⁰. Analizada esta nueva normativa, parece responder a la finalidad común de garantizar que, durante la ejecución de la concesión, no se vulneran ninguno de los principios considerados esenciales en el ámbito de la contratación pública europea. Concretamente, en relación con estas cuatro nuevas previsiones, puede decirse, resumidamente, lo siguiente:

(i) *Subcontratación*. Con carácter general, quienes pretenden concurrir al otorgamiento de una concesión podrán ser obligados a mencionar en su oferta que parte de la concesión se proponen subcontratar con terceros, así como a identificar los contratistas propuestos. Los subcontratistas quedan sujetos a los mismos deberes de sumisión a la normativa europea en materia medioambiental, laboral y social.

(ii) *Modificación de los contratos durante su periodo de vigencia*. En principio, se pretende limitar aquellos supuestos que permitan modificar los contratos sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión. Así, la modificación de los contratos solo será posible, entre otros, en los siguientes supuestos:

- (a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en la documentación inicial de la concesión de manera clara;
- (b) cuando la modificación tenga por objeto la ejecución de obras o servicios adicionales y necesarios, si bien no sea factible (por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperabilidad con el equipo existente) acudir a un nuevo concesionario, o ello genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador;
- (c) cuando la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever, no se altere el carácter global de la conce-

sión y no se supere el 50% del valor de la concesión original;

(d) cuando un nuevo concesionario sustituye al designado originariamente como consecuencia de una opción o cláusula de revisión, una sucesión total o parcial del concesionario inicial a raíz de una reestructuración empresarial, o la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del concesionario, siempre que esta posibilidad esté expresamente prevista en el Derecho nacional;

(e) cuando las modificaciones no sean sustanciales, con independencia de su valor. A estos efectos, se considera «sustancial cuando tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto su carácter, de la celebrada en un principio. En todo caso, se consideran modificaciones sustanciales:

- Las que introduzcan condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos.
- Las que modifiquen el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario de un modo que no estaba previsto en la concesión inicial.
- Las que amplíen considerablemente el ámbito de la concesión.
- Cuando un nuevo concesionario sustituye a aquel al que el poder adjudicador había adjudicado inicialmente la concesión en cualquier otro supuesto distinto de los que se han indicado más arriba.

(iii) *Resolución de concesiones*. La normativa nacional debe permitir a los poderes adjudicadores resolver las concesiones anticipadamente en alguno de los supuestos siguientes:

(a) cuando se lleve a cabo una modificación de la concesión que suponga una nueva adjudicación, de acuerdo con los criterios que se acaban de exponer;

(b) cuando el contratante se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en una serie de supuestos que inhabilitan para tomar parte en los procesos de selección y que, por lo tanto, habrían debido determinar su exclusión del procedimiento;

³⁰ Lo mismo sucede en el caso de (a) la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y (b) la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE).

(c) cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados debido a que un poder adjudicador o una entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados y la Directiva.

6 · CONCLUSIONES

La Directiva de Concesiones ofrece, por primera vez, una regulación única de la figura de las concesiones en el ámbito normativo comunitario, al tiempo que establece unos requisitos para su adjudicación.

El concepto de «concesión» que maneja la Directiva de Concesiones es muy cercano al que regula la normativa sobre contratación pública española. En particular, el concepto de «riesgo operacional» de la Directiva se ajusta al tradicional principio de «riesgo y ventura» que la normativa española atribuye a los contratos de concesión.

A la hora de definir las «concesiones», el legislador comunitario no ha intentado coherenciar estas definiciones con los criterios que la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eurostat) viene aplicando para determinar la incidencia que los modelos de colaboración público-privada tienen en la contabilidad pública, y en concreto en el Sistema Europeo de Cuentas (normativa SEC 2010). Aunque existe una evidente relación entre (i) el concepto de «riesgo operacional» y (ii) la exigencia de que, para que la infraestructura vinculada a un proyecto de colaboración público-privada quede fuera de la contabilidad pública, el socio privado soporte la mayor parte de los riesgos relacionados con la infraestructura³¹, parece claro que el legislador comunitario no ha querido ligar ambos conceptos. Por tanto, no

es descartable que asistamos a supuestos en los que un determinado contrato pueda considerarse «concesión» de acuerdo con los parámetros de la Directiva de Concesiones y que, sin embargo, a juicio de Eurostat, la infraestructura aparejada deba considerarse dentro del balance público³².

En su conjunto, los requisitos de adjudicación previstos en la Directiva de Concesiones resultan algo más laxos que los que actualmente prevé la legislación española para la adjudicación de este tipo de contratos. No obstante, la Directiva de Concesiones —al igual que sucede con la Directiva 2014/24/UE y la Directiva 2014/25/UE— introduce algunas disposiciones que hacen referencia a la ejecución, modificación y extinción de los contratos, lo que supone una novedad respecto de las anteriores Directivas, que tenían solamente por objeto regular aspectos relativos a la adjudicación de los contratos. Por consiguiente, la Directiva de Concesiones comportará que deban introducirse algunas modificaciones en el régimen de los efectos cumplimiento y extinción de los contratos administrativos de concesión.

Asimismo, y de manera especial, el legislador español deberá establecer un régimen sustantivo imperativo para contratos de concesión regidos por el Derecho privado en una línea parecida a la antes mencionada regulación de las modificaciones de contratos del sector público reguladas por el TRCLSP.

En definitiva, la Directiva de Concesiones supone un reto para el legislador español en la medida en que obligará a introducir algunas modificaciones en la regulación de los contratos de concesión que los diferenciarán de la regulación general de los contratos de obras, suministros y servicios. Por otro lado, la Directiva de Concesiones tendrá un impacto en disposiciones sustantivas sobre la ejecución de estos contratos de concesión que tradicionalmente se habían encontrado fuera del alcance de las previsiones del Derecho de la Unión Europea.

³¹ En este sentido, véase el apartado VI.4.3.2 del *Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 10*. Edición 2013. Eurostat.

³² Por otra parte, lo mismo ha sucedido —y podría volver a suceder en el futuro— con la práctica española, en la que se han calificado como «concesiones» de obra pública o de gestión de servicios públicos fórmulas que, posteriormente, a juicio de Eurostat debían computarse dentro de las cuentas nacionales, por no entrañar la necesaria transmisión de riesgos al socio privado. Todo ello sin que, más allá de los efectos contables derivados de la valoración de Eurostat, tanto la calificación jurídica del contrato como su validez permanezcan inalterados.