

SILVIA DÍEZ SASTRE

**LA TUTELA DE LOS LICITADORES
EN LA ADJUDICACIÓN
DE CONTRATOS PÚBLICOS**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS Y SIGLAS	17
INTRODUCCIÓN	21

PRIMERA PARTE CONTEXTO JURÍDICO

CAPÍTULO PRIMERO EL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: PLANTEAMIENTO Y APROXIMACIÓN METODOLÓGICA

I. LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	29
1. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO DE LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS.....	33
1.1. El cambio de perspectiva: la protección de la competencia	34
1.2. La funcionalización del concepto de ente adjudicador	37
1.3. El reforzamiento de la tutela de los licitadores	38
1.4. La europeización parcial de las reglas de adjudicación de contratos públicos y de tutela de los licitadores.....	40
2. LA CREACIÓN DE UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA.	42
2.1. El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de las normas de contratación pública	44
2.2. Contratos administrativos: armonizados y no armonizados	53
2.3. Contratos privados: armonizados, no armonizados y no sometidos a las Directivas europeas	55
II. APROXIMACIÓN METODOLÓGICA	56
1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO «ÁMBITO DE REFERENCIA»	56
2. LOS NIVELES DE ANÁLISIS: EUROPEO, CONSTITUCIONAL Y TIPOLÓGICO	57

	Pág.
3. DERECHO COMPARADO EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA: ESPAÑA Y ALEMANIA	59
3.1. Planteamiento	59
3.2. El sistema de fuentes de la contratación pública	61
3.2.1. En Derecho español	62
3.2.2. En Derecho alemán	64

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS TIPOS DE TUTELA: RESTITUTORIA Y RESARCITORIA

I. PLANTEAMIENTO	69
II. LA RESTITUCIÓN Y EL RESARCIMIENTO COMO FORMAS AUTÓNOMAS Y COMPLEMENTARIAS DE TUTELA.....	71
1. LA RESTITUCIÓN O TUTELA PRIMARIA.....	72
2. EL RESARCIMIENTO O TUTELA SECUNDARIA.....	77
3. LA ARTICULACIÓN DE AMBOS TIPOS DE TUTELA	79
III. LAS EXIGENCIAS DE TUTELA DEL DERECHO EUROPEO	82
1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	82
2. LAS EXIGENCIAS A LOS DERECHOS NACIONALES	85
3. LA PREFERENCIA POR LA TUTELA RESTITUTORIA EN LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS	88
IV. LAS EXIGENCIAS DE TUTELA DEL DERECHO ESPAÑOL.....	91
1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN INDEFENSIÓN: CUESTIONES GENERALES	91
2. LA RELACIÓN ENTRE LA TUTELA RESTITUTORIA Y LA TUTELA RESARCITORIA.....	94
2.1. El ejemplo del Derecho alemán.....	94
2.2. El Derecho español.....	97
V. CONCLUSIONES	99

SEGUNDA PARTE

LAS FORMAS DE TUTELA DE LOS LICITADORES EN LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

CAPÍTULO TERCERO

LA TUTELA RESTITUTORIA

I. PLANTEAMIENTO	103
II. LA TUTELA RESTITUTORIA EN LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA Y ASIMILADOS	105
1. LAS POSICIONES JURÍDICO-SUBJETIVAS TUTELABLES.....	105
1.1. El derecho a un procedimiento legal	105

	Pág.
1.2. El derecho a la adjudicación del contrato	109
1.2.1. El agotamiento de la discrecionalidad en la valoración de las ofertas.....	109
1.2.2. El agotamiento de la discrecionalidad en la adjudicación del contrato	113
A) La renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento.....	113
B) La declaración de desierto de la licitación	115
2. LAS VÍAS DE EXIGENCIA DE TUTELA RESTITUTORIA ANTES DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO	118
2.1. En Derecho europeo	119
2.1.1. La configuración del procedimiento de adjudicación	119
A) El periodo de espera (« <i>Standstill</i> »).....	120
B) El deber de información previa	123
C) Otros parámetros de control del procedimiento de adjudicación.....	125
2.1.2. El momento: antes de la celebración del contrato.....	125
2.1.3. Configuración del procedimiento de recurso	127
A) Ámbito de aplicación.....	127
B) Objeto	128
C) Legitimación.....	131
D) Plazo	134
E) Medidas provisionales.....	136
F) Efecto suspensivo automático	137
G) Características del órgano de recurso	138
H) Ejecución de las decisiones	140
2.1.4. Principios que rigen el procedimiento.....	140
2.1.5. Parámetros de control de la legalidad en las vías de recurso	141
2.1.6. Principios de equivalencia y efectividad.....	141
2.2. En Derecho alemán: tutela primaria antes de la celebración del contrato	142
2.2.1. La adaptación del procedimiento de adjudicación: plazo de espera y deber de información previa.....	143
2.2.2. Tutela sumaria ante la « <i>Vergabekammer</i> »	146
A) Ámbito de aplicación.....	146
B) Objeto	146
C) Legitimación.....	146
D) Órgano de recurso.....	148
E) Carácter exclusivo del recurso.....	149
F) Procedimiento, efecto suspensivo y medidas provisionales	149
G) Resolución	151
2.2.3. Impugnación ante el Tribunal Supremo del <i>Land</i>	151

	Pág.
2.3. En Derecho español: tutela primaria antes y después de la celebración del contrato	153
2.3.1. La adaptación del procedimiento de adjudicación	153
A) La adjudicación única y el plazo de espera	154
B) El perfeccionamiento del contrato en el momento de su formalización	156
C) El deber de información previa	159
D) Los límites a la cancelación y declaración de desierto de una licitación.....	161
2.3.2. El recurso especial en materia de contratación	161
A) Ámbito de aplicación.....	162
B) Carácter exclusivo del recurso.....	164
C) Carácter potestativo del recurso	165
D) Objeto	166
E) Legitimación.....	169
F) Medidas provisionales	175
G) Anuncio previo	177
H) Iniciación del procedimiento	179
I) Efectos suspensivos	181
J) Tramitación del procedimiento.....	182
K) Órgano competente.....	185
L) Resolución del recurso	188
2.3.3. Impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa	189
A) Cuestiones competenciales y procesales	189
B) Cuestiones sustantivas	192
3. LOS EFECTOS DE LA VULNERACIÓN DE LAS POSICIONES JURÍDICAS TUTELABLES EN LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS CONTRATOS	193
3.1. Las exigencias del Derecho europeo	193
3.1.1. Causas de ineficacia de los contratos	193
3.1.2. Consecuencias de las causas de ineficacia	196
3.2. Las exigencias del Derecho alemán	198
3.2.1. Causas especiales de ineficacia	198
3.2.2. Consecuencias de las causas de ineficacia	200
3.3. Las exigencias del Derecho español.....	201
3.3.1. Causas de invalidez	201
A) Causas generales.....	201
B) Causas especiales de nulidad contractual	202
3.3.2. Consecuencias de las causas de invalidez	204
4. LAS VÍAS DE EXIGENCIA DE TUTELA RESTITUTORIA DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO	209
4.1. En Derecho europeo	209

	Pág.
4.1.1. La nueva tutela después de la celebración del contrato	209
4.1.2. El procedimiento de recurso especial para garantizar la ineficacia de los contratos	210
4.2. En Derecho alemán.....	211
4.2.1. La nueva tutela primaria después de la celebración del contrato.....	211
4.3. En Derecho español.....	212
4.3.1. La nueva cuestión de nulidad	212
A) Ámbito de aplicación.....	213
B) Objeto	213
C) Carácter preceptivo y exclusivo	213
D) Legitimación.....	214
E) Órgano competente.....	216
F) Plazos.....	216
G) Inexistencia de efectos suspensivos.....	217
H) Resolución	217
5. OTROS MECANISMOS COMPLEMENTARIOS DE TUTELA	218
5.1. La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación.....	218
5.2. El mecanismo corrector de la Comisión.....	220
III. LA TUTELA RESTITUTORIA EN LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS NO SUJETOS A REGULACIÓN ARMONIZADA Y DE CONTRATOS NO SOMETIDOS A LAS DIRECTIVAS EUROPEAS	221
1. LAS EXIGENCIAS DEL DERECHO EUROPEO.....	222
2. LAS POSICIONES JURÍDICO-SUBJETIVAS TUTELABLES.....	224
2.1. En Derecho alemán: el problema de las « <i>Verdingungsordnungen</i> »	225
2.1.1. Planteamiento	225
2.1.2. Hipótesis de vinculatoriedad de las « <i>Verdingungsordnungen</i> »	228
2.2. En Derecho español: la controvertida eficacia jurídica de las instrucciones internas de contratación	232
2.2.1. Planteamiento	232
2.2.2. Eficacia <i>ad intra</i>	233
2.2.3. Eficacia <i>ad extra</i>	235
2.2.4. Eficacia normativa	236
A) Mandato legal de autovinculación.....	237
B) Repetición de normas imperativas.....	239
C) Realización de los mandatos legales	239
2.2.5. Eficacia contractual	240
2.2.6. Eficacia indirecta mediante principios generales del Derecho	240
A) Principio de igualdad.....	241

	<u>Pág.</u>
B) Principio de buena fe o protección de la confianza	242
2.2.7. Conclusiones	242
3. LOS EFECTOS DE LA VULNERACIÓN DE LAS POSICIONES JURÍDICAS TUTELABLES EN LA VALIDEZ Y EFICACIA DE LOS CONTRATOS	243
3.1. Las causas de invalidez contractual	243
3.2. Los efectos de la nulidad contractual	244
4. LAS VÍAS DE EXIGENCIA DE TUTELA RESTITUTORIA	245
4.1. Planteamiento	245
4.2. En Derecho alemán.....	245
4.2.1. La dificultad de obtener tutela restitutoria.....	245
4.2.2. Las vías de tutela	246
4.3. En Derecho español	247
4.3.1. El perfeccionamiento del contrato y el deber de información previa	247
4.3.2. Las vías de tutela	248
A) La impugnación de las instrucciones internas de contratación	248
B) La impugnación de los actos de preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas: recursos administrativos, revisión de oficio y jurisdicción contencioso-administrativa	250
C) La impugnación de los actos de preparación y adjudicación de los contratos de los demás entes del sector público: revisión de oficio y jurisdicción civil....	251

CAPÍTULO CUARTO

LA TUTELA RESARCITORIA

I. PLANTEAMIENTO	253
II. LOS PRESUPUESTOS GENERALES DE LA TUTELA RESARCITORIA.	254
1. EN DERECHO EUROPEO	254
1.1. El principio de responsabilidad de los Estados miembros	254
1.2. Las modulaciones en el ámbito de la contratación pública	257
1.2.1. Tutela resarcitoria antes y después del contrato	257
1.2.2. El criterio de la «posibilidad real» y el daño antijurídico....	258
A) La teoría de la pérdida de oportunidad	261
B) La responsabilidad por confianza	263
C) Conclusiones.....	265
1.2.3. La prohibición de exigencia de culpa.....	266
2. EN DERECHO ESPAÑOL.....	267
2.1. Las reglas del Derecho administrativo y del Derecho civil.....	267
2.2. Los presupuestos de la responsabilidad.....	270

	Pág.
2.3. Las modulaciones en el ámbito de la contratación pública	272
2.3.1. La antijuridicidad del daño	272
2.3.2. La flexibilización del nexo causal	275
III. SUPUESTOS INDEMNIZATORIOS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRA- TACIÓN PÚBLICA.....	277
1. RESPONSABILIDAD POR VULNERACIÓN DE LA CONFIANZA CREADA	278
1.1. Las confianzas tutelables	278
1.1.1. La confianza en la posibilidad de obtener del contrato	279
1.1.2. La confianza en la adjudicación del contrato	280
1.1.3. La confianza en el mantenimiento del contrato	280
1.1.4. La confianza en el respeto por las normas de adjudica- ción.....	281
1.2. La protección de la confianza	282
1.2.1. La protección de la confianza de los licitadores.....	282
A) Los supuestos de la renuncia y el desistimiento —en contratos armonizados y contratos no armonizados de las Administraciones públicas—	282
B) La protección de la confianza tras la resolución del recurso especial	283
1.2.2. La protección de la confianza del adjudicatario	284
A) La protección <i>contra legem</i> mediante el manteni- miento de los efectos de un contrato ilegalmente adjudicado.....	284
B) La indemnización por el interés negativo derivada de la liquidación del contrato	284
1.2.3. La protección de la confianza del ente adjudicador	285
A) El régimen de garantía provisional aplicable a todos los entes del sector público.....	285
B) La indemnización por daños causados por la inter- posición de mala fe del recurso especial	285
C) La indemnización por el interés negativo derivada de la liquidación del contrato	286
2. RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE ADJUDICA- CIÓN	286
2.1. La vinculatoriedad de las normas de adjudicación	286
2.2. La prueba del daño y del nexo causal.....	287
2.3. El cálculo de la indemnización: el interés positivo	289
3. RESPONSABILIDAD POR NECESIDAD	291
3.1. Indemnización al adjudicatario del lucro cesante por la reducción de la duración del contrato —en contratos sometidos a la cuestión de nulidad—	291
IV. EL PAPEL DE LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRAC- TUAL	292

	Pág.
V. LAS VÍAS DE EXIGENCIA DE TUTELA RESARCITORIA.....	294
1. EN CONTRATOS ARMONIZADOS Y ASIMILADOS	294
1.1. Remisión del Derecho europeo al Derecho nacional	294
1.2. En Derecho alemán.....	295
1.3. En Derecho español	296
2. EN CONTRATOS NO ARMONIZADOS Y CONTRATOS NO SOMETIDOS A LAS DIRECTIVAS EUROPEAS.....	299
2.1. En Derecho alemán.....	299
2.2. En Derecho español	301
 CAPÍTULO QUINTO LA PARTICIÓN DEL SISTEMA DE TUTELA A LA LUZ DE LOS DERECHOS EUROPEO Y CONSTITUCIONAL	
I. PLANTEAMIENTO.....	303
II. PARÁMETROS DE ANÁLISIS DEL DERECHO EUROPEO.....	305
1. EQUIVALENCIA Y EFICACIA DE LAS NORMAS EUROPEAS.....	305
2. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	308
III. PARÁMETROS DE ANÁLISIS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	309
1. EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA PARTICIÓN DEL RÉGIMEN DE TUTELA EN EL DERECHO COMPARADO	310
1.1. En Derecho austriaco: la Sentencia del Tribunal Constitucional Austriaco de 30 de noviembre de 2000	310
1.2. En Derecho alemán: la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 13 de junio de 2006	312
1.2.1. La solución brindada por el Tribunal	312
1.2.2. Valoración de la argumentación del Tribunal	317
2. EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA PARTICIÓN DEL RÉGIMEN DE TUTELA EN EL DERECHO ESPAÑOL	319
2.1. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.....	319
2.2. El principio de igualdad.....	320
IV. LA CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA DEL DERECHO	323
BIBLIOGRAFÍA.....	325

INTRODUCCIÓN

I. La Administración pública recurre habitualmente al mercado para satisfacer su demanda de bienes y servicios. Su actuación se asemeja, así, a la de un particular que busca el objeto o prestación que mejor se ajusta a sus necesidades. Sin embargo, el régimen jurídico aplicable a esa actividad se distancia tradicionalmente del Derecho privado. En España, el Derecho de la contratación administrativa regula la búsqueda de la mejor oferta, así como la ejecución posterior de la prestación contractual y la relación jurídica que se establece entre el contratante —la Administración— y el contratista —un particular—. Existe, por tanto, *un cuerpo de reglas, separado del Derecho civil, que ordena la actividad contractual de la Administración*. Estas normas están encaminadas fundamentalmente a garantizar la búsqueda de la mejor oferta en el mercado y a asegurar una correcta utilización de los fondos públicos —en el caso de las reglas de preparación y adjudicación del contrato—; así como a satisfacer el interés público al que sirven determinados contratos —en el supuesto de las reglas de ejecución del contrato—.

II. Desde el punto de vista de los particulares, el Derecho de la contratación administrativa ordena la relación de competencia entablada entre distintos operadores que quieren prestar el servicio o suministrar el bien requerido por la Administración. La finalidad es garantizar que todos los competidores o licitadores tengan las mismas oportunidades de contratar con la Administración. Para ello se establecen unas reglas procedimentales dirigidas a asegurar la competencia entre ellos. En la práctica, sin embargo, el incumplimiento de estas reglas no es infrecuente. A pesar de ello, una característica de la contratación pública es la tradicional ausencia de litigiosidad frente a las adjudicaciones. Ésta ha sido la tónica habitual en España. También en otros países de nuestro entorno, como Alemania. Esta situación se explica, en buena medida, por las escasas posibilidades de obtener una tutela verdaderamente eficaz. Los mecanismos reaccionales de que disponen los licitadores no les aseguran la retroacción de las actuaciones ilegales, con el fin de restituir la legalidad. Una vez realizada la adjudicación, las posibilidades de lograr su anulación son prácticamente inexistentes. Como mucho, pueden lograr algún tipo de compensación económica. Pero previamente

han de sumirse en un procedimiento largo y complejo en el que deben probar la causalidad y responsabilidad de los daños alegados. *La eficacia de la tutela es claramente deficiente y juega en contra de los competidores* que, dada la escasa probabilidad de éxito en un proceso judicial, prefieren no enemistarse con la Administración y evitar ser objeto de venganza en futuras licitaciones¹.

III. El Derecho europeo —consciente de esta situación perjudicial para el desarrollo del Mercado Interior— ha adoptado numerosas medidas dirigidas a garantizar la competencia en el ámbito de la contratación pública. No es exagerado afirmar que ha producido una auténtica catarsis en el Derecho de la contratación administrativa. La aprobación de sucesivas Directivas, la vigilancia de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han hecho tambalear las bases del Derecho nacional de la contratación administrativa. *Los cambios han sido de tal profundidad que han transformado el concepto de este sector del ordenamiento y su ubicación sistemática.* Ya no puede hablarse únicamente de contratación administrativa, sino de contratación pública, puesto que estas reglas se aplican a muchas más entidades que la Administración, en sentido formal. Tampoco puede entenderse que el Derecho de la contratación pública regula una actividad interna de los entes públicos. Se trata de una rama del Derecho administrativo económico que incide de forma clara en el mercado y en las relaciones de competencia entre los operadores. Es más, la garantía de la competencia exige que los licitadores dispongan de remedios eficaces frente al incumplimiento de las reglas de adjudicación de los contratos que permitan anular las adjudicaciones ilegales y, en su caso, reparar los posibles daños ocasionados por la entidad contratante.

IV. Este cambio de perspectiva afecta a todos los Estados miembros de la Unión Europea. En España, el legislador ha tratado de adaptar el ordenamiento jurídico a las exigencias europeas a través de sucesivas reformas legales. El resultado ha sido la creación de un régimen legal complejo y fragmentado de la adjudicación de contratos públicos que dificulta su aplicación y genera inseguridad jurídica. Estas mismas características se derivan del régimen jurídico de los mecanismos reaccionales que el legislador ha puesto a disposición de los competidores. *La regulación no se ajusta totalmente al Derecho europeo y es incompleta.* Hay que realizar, por tanto, un esfuerzo de interpretación y articulación del completo sistema de tutela de los licitadores frente a la adjudicación de contratos públicos. Ese es el objeto de este estudio.

V. A la vista está —dada la extensión de este libro— que la finalidad de esta investigación no es realizar una exposición agotadora de todos y cada uno de

¹ Así, en España, José María BAÑO LEÓN, «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 329-363, p. 330, y José María GIMENO FELIÚ, *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, prólogo de José BERMEJO VERA, Civitas, Madrid, 1995, p. 60. En Alemania, Wolfram IRMER, *Se kundärrechtsschutz und Schadensersatz im Vergaberecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004, p. 126. A nivel europeo, el *Informe Sutherland 1992: El mercado interior después de 1992. Responder al reto*, también se hacía eco de las deficiencias en la tutela de los licitadores en la contratación pública, que llevaban a que los denunciantes no quisieran hacer frente a la entidad pública adjudicadora. En este sentido, David ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 143.

los problemas que plantea el régimen jurídico de la tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. No se analizan exhaustivamente los distintos tipos de casos, ni los detalles del control en sede administrativa y en sede judicial en cada uno de ellos. *El objetivo de la investigación es esencialmente metodológico*. Ensayo un modo de articular la regulación legal de los mecanismos de tutela de los licitadores a partir de las categorías del Derecho europeo y del Derecho nacional. Para ello se apoya en dos tipos de tutela vertebrales en todas las ramas del ordenamiento jurídico: la restitución de posiciones jurídico-subjetivas y la reparación de daños. El Derecho de la contratación pública se emplea, así, como sector de referencia para analizar la interacción de esas dos modalidades de tutela. A partir de ellas —y gracias a la comparación con el Derecho alemán y, en menor medida, austriaco— se realiza el análisis de la legislación nacional.

VI. Con esa finalidad, el libro se estructura en dos partes. La primera, compuesta por dos capítulos, expone el contexto jurídico del objeto de estudio. El capítulo primero contiene una introducción a los conceptos clave de la investigación y a la metodología empleada en su desarrollo. Su amplia extensión se justifica por la necesidad de identificar los presupuestos de análisis del sistema de tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. En concreto, se exponen en detalle los ejes de la transformación de este sector del ordenamiento jurídico de la mano del Derecho europeo, así como la estructura fundamental de la nueva regulación de la contratación pública en España —que es esencial para comprender el análisis posterior del régimen jurídico de las formas de tutela de los licitadores—. El capítulo Segundo sienta las bases para el análisis de las modalidades de tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos. Introduce una reflexión general sobre los tipos de tutela restitutoria —encaminada al restablecimiento de las posiciones jurídico-subjetivas vulneradas— y resarcitoria —dirigida a reparar los daños—. Se analizan los presupuestos y dinámica de cada modalidad tutelar, así como la relación de complementariedad y preferencia que se entabla entre ellas. En la segunda parte se proyectan los dos tipos de tutela sobre el régimen jurídico de la tutela de los licitadores en la contratación pública. Desde esta perspectiva, se analizan tanto la tutela restitutoria (capítulo tercero) como la tutela resarcitoria (capítulo cuarto). A partir de la estructura y dinámica de cada tipo de tutela se expone el contenido de los preceptos del Derecho positivo. De este modo, *se van identificando las especialidades del sistema de tutela de los licitadores en el ámbito de la contratación pública, así como las desviaciones de la legislación nacional con respecto al Derecho europeo*. Finalmente, en el capítulo quinto se examina el ajuste a Derecho de la fragmentación introducida por el legislador nacional en el sistema de tutela de los licitadores en función del tipo de contrato y, sobre todo, de su cuantía. A partir de los parámetros que ofrecen los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la igualdad en la Ley se detectan los supuestos en que parece dudoso que el legislador pueda establecer un régimen distinto de protección de los licitadores con base en las características del contrato público.

VII. A grandes rasgos, los resultados de la investigación pueden reconducirse a tres puntos. En primer lugar, se identifica el carácter limitado del proceso de europeización del Derecho nacional a partir de la idea de interés europeo y de los principios que rigen la ejecución del Derecho europeo por los Estados miembros. A pesar de la intensa europeización a la que está sometida este sector de

actividad pública, *el papel del Derecho nacional sigue siendo fundamental para crear un sistema coherente y eficaz de tutela de los licitadores*. En segundo lugar, se constata la intensificación de la protección brindada a los derechos de contenido económico a nivel europeo. Si las Constituciones nacionales privilegiaban la protección de los clásicos derechos de libertad mediante la articulación de mecanismos de tutela restitutoria especialmente eficaces, ahora *el Derecho europeo reclama una protección equivalente para los derechos de contenido económico que garantizan el buen funcionamiento del mercado*. Por último, en ese contexto, se pone en evidencia la necesidad de reinterpretar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La garantía de tutela judicial efectiva no puede configurarse simplemente como un mandato dirigido a los jueces y tribunales. El legislador debe convertirse en garante directo de este derecho fundamental, con el fin de asegurar el establecimiento de mecanismos racionales y proporcionados de tutela al servicio del cumplimiento de las normas sustantivas.

VIII. Desde el punto de vista formal, hay que señalar que todos los capítulos del texto se estructuran en párrafos numerados al margen. De este modo las referencias internas dentro del libro se indican mediante el símbolo § seguido del número del párrafo correspondiente. Durante el proceso de edición de este trabajo se aprobó por el Gobierno el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Las referencias a los preceptos legales se han modificado, por tanto, para aludir a este nuevo texto legal. No obstante, se indica entre corchetes la numeración de la Ley de Contratos del Sector Público —sólo cuando no es coincidente con el Texto Refundido—. De esta manera, se pretende facilitar al lector la transición en la aplicación del nuevo texto legal. Por último, sólo me queda indicar que las traducciones que aparecen a lo largo del texto son mías, por ello no se hace referencia a su autoría.

IX. Antes de finalizar esta breve introducción, debo agradecer los numerosos apoyos institucionales y personales que han hecho posible esta investigación. En el año 2010 tuve la fortuna de obtener una beca postdoctoral de la Fundación Alexander-von-Humboldt para investigar el objeto de este libro. Gracias a ella realicé una larga estancia de investigación en el *European Legal Studies Institute* de la Universidad de Osnabrück (Alemania). En el Instituto, el profesor Jens-Peter Schneider hizo posible, una vez más, que la estancia fuera fructífera y, al mismo tiempo, una excelente experiencia personal. Asimismo, el profesor Oliver Dörr atendió amablemente todas las dudas y preguntas que le planteé sobre el sistema de tutela alemán en materia de contratación pública. También en el año 2010 la Universidad Alberto Hurtado de Santiago de Chile me dio la oportunidad de presentar un avance de este trabajo. Agradezco al profesor Raúl Letelier Wartenberg la invitación al seminario. Los comentarios allí formulados por los compañeros y amigos ayudaron, sin duda, a enriquecer esta investigación. Asimismo estoy en deuda con los profesores Martín Burgi, Michael Fehling y Fulvio Cortese que, generosamente, me enviaron bibliografía extranjera relevante para la investigación; con Jesús Colás Tenas y los profesores José María Gimeno Feliú y Miguel Ángel Bernal Blay, por su ayuda para adentrarme en el ámbito de la contratación pública; con mi hermana Rosa y con Carmen, María, Marcos, Laura y Gema, que han alegrado tantos momentos; con mis compañeros y amigos del Instituto de Derecho Local y del Área de Derecho Administrativo de la UAM; así como con Julia, Fernando, César y Sofía, que han compartido intensamente

tantas etapas de elaboración de este libro. Esa deuda de gratitud es permanente con mis padres, Francisco Javier y Rosa María, que siempre han creído y me han hecho creer que lo que me propusiera era posible.

X. Una mención especial requieren las personas que han influido de forma determinante en la elaboración de las buenas ideas que pueda contener este estudio. Mi maestro, Francisco Velasco Caballero, propuso el tema de investigación, hizo posible su desarrollo en Madrid y en Osnabrück y, como es habitual, me hizo reflexionar sobre cada uno de los brillantes comentarios que me formuló sobre los problemas teóricos y metodológicos del libro. También José María Rodríguez de Santiago ha atendido generosamente cada una de mis consultas y ha iluminado el camino para resolver muchos problemas teóricos de la investigación. Los consejos de Mariano Medina Crespo han sido fundamentales, entre otras cosas, para ordenar y dignificar el tratamiento de la jurisprudencia en el libro. Finalmente, Luis Medina Alcoz ha sido el interlocutor incondicional que, sin horarios y lleno de entusiasmo, me ha enseñado, ha compartido y ha mejorado las ideas que llenan este libro. En su compañía todo es más fácil, más divertido y más apasionante.

Madrid, a 17 de noviembre de 2011.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: PLANTEAMIENTO Y APROXIMACIÓN METODOLÓGICA

I. LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La ordenación de la actividad contractual de la Administración constituye un importante sector del Derecho administrativo. El Derecho de la contratación administrativa establece las reglas que debe observar la Administración para encargar a terceros la realización de las actividades necesarias para el cumplimiento de sus tareas. En concreto, determina los procedimientos administrativos que conducen a la elección del contratista, así como las reglas que deben gobernar la ejecución posterior del contrato por el licitador preferido. Precisamente sobre la base de las reglas de ejecución del contrato se ha construido la categoría del contrato administrativo, opuesta al contrato civil. Este concepto ha servido para justificar la existencia misma del Derecho administrativo como un Derecho autónomo¹. *Tradicionalmente, la relación jurídica entablada entre la Administración y el contratista ha ocupado el epicentro del Derecho de la contratación pública.* Las normas de adjudicación de los contratos han quedado en un segundo plano. Su finalidad principal ha consistido en garantizar la igualdad entre los candidatos y licitadores que competían por el contrato así como el buen uso de los fondos públicos². Pero ese interés en asegurar la competencia entre los interesados en la licitación no ha ido acompañado de mecanismos específicos que garantizaran su cumplimiento³. Los

¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, «La figura del contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 41, 1963, pp. 99-130, pp. 110 ss.

² Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 75.

³ Juan Francisco MESTRE DELGADO, «El control de la adjudicación de los contratos públicos a tenor del Derecho comunitario europeo: Una nueva ordenación de las medidas cautelares (Comentario a la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989)», *Noticias CEE*, núm. 74, 1991, pp. 35-40, p. 5.

interesados que padecían una vulneración de las normas de adjudicación tenían a su disposición las vías ordinarias de tutela frente a la Administración, que incluían los recursos administrativos y, en última instancia, el control de la jurisdicción contencioso-administrativa. El resultado, en la práctica, ha sido la ausencia de control efectivo sobre la fase de adjudicación de los contratos, porque los legitimados para instar la revisión de las actuaciones administrativas —principalmente, los licitadores— preferían mantener el favor de la Administración y no arriesgarse en un procedimiento de control largo e inefectivo.

- 2 El Derecho europeo ha transformado esta situación de forma asombrosa. Desde los años setenta se han aprobado sucesivas Directivas encaminadas a coordinar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en los Estados miembros. La fase de adjudicación de los contratos cobra de este modo una importancia renovada, frente a la fase de ejecución —más desarrollada a nivel nacional—. La finalidad de las Directivas era —y sigue siendo— abrir el mercado de la contratación pública a las empresas de otros países. Es cierto que los Estados establecían habitualmente reglas de adjudicación de contratos públicos —que, en mayor o menor medida, garantizaban un mínimo de competencia entre los operadores económicos—; pero la práctica demostraba que los contratos públicos se adjudicaban por regla general a licitadores nacionales. Esta situación repercutía de forma clara en la competencia dentro del Mercado Interior, ya que la actividad de contratación de los Estados representa cerca de un 17 por 100 del Producto Interior Bruto de la Unión Europea⁴. Esa es la razón por la que *progresivamente se ha obligado a los Estados a respetar ciertas reglas fundamentales para asegurar la competencia en la adjudicación de contratos públicos*. Esas reglas se inspiran en los principios de publicidad, transparencia, igualdad y no discriminación —vinculados a las libertades básicas del Mercado Interior—⁵. En la actualidad, se condensan en dos Directivas —2004/17/CE y 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004—. Estas normas pretenden simplificar y refundir el marco normativo de la contratación pública, tanto para los contratos de obras, suministros y servicios, como para los contratos en los denominados sectores especiales, respectivamente.

⁴ Así se apunta en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, Comité Europeo Económico y Social y el Comité de las Regiones sobre la Estrategia Europea de Innovación 2020, de 6 de octubre de 2010, COM (2010) 546 final, p. 16. Esa cifra incluye todos los contratos públicos celebrados en el ámbito de la Unión Europea con independencia de su objeto y cuantía.

⁵ Las primeras Directivas de coordinación de la contratación son de los años setenta (Directivas 70/62/CEE; 71/304/CEE; 71/305/CEE; 71/306/CEE; 72/277/CEE; 77/62/CEE). Sin embargo, su escaso impacto en la realidad de la contratación pública europea condujo a las instituciones europeas a la aprobación de una nueva generación de Directivas en la década de los ochenta. En ese contexto, se incardinan las Directivas 88/295/CEE, de 22 de marzo, de contratos públicos de suministro; y 89/440/CEE, de 18 de julio, de contratos públicos de obra. Posteriormente, ya en los noventa, se aprobaron nuevas normas que modificaron las anteriores y otras que comprendieron nuevos tipos contractuales. Es el caso de la Directiva 90/531/CEE, de contratos en sectores excluidos; la Directiva 90/531/CEE, de formalización de contratos en los sectores del agua, energía, transporte y telecomunicaciones; la Directiva 92/50/CEE, de adjudicación de contratos públicos de servicios; la Directiva 93/36/CEE, de adjudicación de contratos públicos de suministros; la Directiva 93/37/CEE, de adjudicación de contratos públicos de obras, y la Directiva 93/38/CEE, de agua, energía, transportes y telecomunicaciones. En torno a la evolución del Derecho secundario europeo en materia de contratación pública, José Luis PIÑAR MAÑAS, «El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de contratos públicos», en Rafael GÓMEZ-FERRER GÓMEZ-MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 27-79, pp. 29 ss.

A lo largo de este proceso de europeización progresiva, las autoridades europeas detectaron una fuerte resistencia de los Derechos nacionales a asimilar las nuevas normas de adjudicación de los contratos públicos. La ausencia de transposición de las Directivas iba acompañada de una clara situación de indefensión de los interesados en una licitación. En concreto, se comprobó que los Estados no ponían a disposición de los interesados mecanismos de recurso para denunciar las posibles irregularidades de los procedimientos de adjudicación. Si un contrato se adjudicaba en contra de las reglas previstas, los demás candidatos no podían aspirar en la práctica a «deshacer» esa situación. Como mucho, el Derecho nacional les permitía obtener una indemnización, en caso de que demostrasen que se les había irrogado un daño en el procedimiento de adjudicación —con las dificultades probatorias que ello conlleva—. Esa razón justificó que las Directivas de contratación se complementaran con las denominadas «Directivas de recursos» en torno a los años noventa⁶. *Estas normas obligaban a los Estados a establecer procedimientos de recurso que permitieran reaccionar de forma rápida y eficaz ante la vulneración de las reglas previstas en las Directivas de contratación*. El ámbito material de aplicación de las Directivas de recurso era, así, idéntico al de las Directivas de contratación⁷.

Las Directivas de recursos, aún vigentes en la actualidad, son la Directiva 89/665/CEE, 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 —completada por la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, que amplía el ámbito de aplicación a los contratos de servicios—; y la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y, en la actualidad, de los servicios postales⁸. La primera introducía una serie de obligaciones de tutela a los licitadores en la fase en que las infracciones aún pueden corregirse; aunque su regulación en torno a los procedimientos de recurso era muy parca. Básicamente *se centraba en la necesidad de establecer procedimientos de recurso ad hoc para la contratación pública, que fuesen rápidos y eficaces con el fin de garantizar el restablecimiento de la legalidad vulnerada antes del perfeccionamiento del contrato* —esto es, para garantizar lo que puede denominarse tutela restitutoria—. La segunda Directiva tiene un contenido similar, aunque su regulación es algo más precisa⁹. Establece fórmulas de tutela restitutoria ante posibles vulneraciones de las normas europeas [art. 1.1] y añade la posibilidad de adoptar medidas para corregir la infracción e impedir perjuicios a los afectados, como una orden de pago por una cantidad suficiente como para

⁶ Considerandos de la Directiva 89/665/CEE. Sobre esta finalidad de las Directivas de recursos, David ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación...*, cit., p. 141.

⁷ Alexander EGGER, *Europäisches Vergaberecht*, Nomos, Helbing Lichtenhalm Verlag, Baden-Baden, 2008, p. 322.

⁸ Hay que tener en cuenta que, en origen, la Directiva incluía a las telecomunicaciones en lugar de los servicios postales; pero su ámbito de aplicación evoluciona con el de la Directiva de coordinación de procedimientos de contratación en los sectores especiales.

⁹ David ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación...*, cit., pp. 142, 144.

que disuada a la entidad contratante de cometer la infracción o continuar cometiéndola [arts. 2.1.c) y 2.5].

- 5** La transposición de estas últimas Directivas por los Estados miembros no resultó sencilla debido al fuerte impacto que produjeron en las estructuras jurídicas nacionales. España constituye un caso especial en este contexto, ya que el legislador nunca se resistió a la incorporación de las nuevas exigencias europeas. Simplemente consideró desde el principio que nacían transpuestas en el Derecho español. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas afirmaba que «el Derecho español se adapta ya a las exigencias y garantías procesales que contiene la Directiva comunitaria». *Se creía que la contratación pública no requería reglas especiales de tutela y que las normas nacionales satisfacían los requerimientos del Derecho europeo*¹⁰. Esta situación ha cambiado en los últimos años gracias a las denuncias de la doctrina y, fundamentalmente, a las Sentencias de condena del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —que ha tenido un papel muy activo en la garantía del cumplimiento del Derecho de la contratación pública mediante la resolución de cuestiones prejudiciales y recursos de incumplimiento—¹¹. A ello que hay que añadir la necesidad de transponer la nueva regulación en torno a los procedimientos de recursos. La Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, de mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, modifica las dos Directivas anteriores con el fin de garantizar a los licitadores una tutela más eficaz. Esta norma se apoya en un diagnóstico de los puntos débiles que presentaba el sistema de tutela diseñado en las anteriores Directivas. Con el fin de eliminarlos determina los plazos para la activación de los mecanismos de tutela antes de la celebración del contrato; establece un plazo suspensivo obligatorio entre la adjudicación y la celebración del contrato; así como efectos suspensivos por la interposición del recurso antes de la adjudicación del contrato¹². Asimismo, fija un tipo de recurso postcontractual que actúa frente a graves vulneraciones de las garantías de tutela precontractual y que determina, como regla general, la ineficacia del contrato.
- 6** Estos factores han infundado en los últimos años una nueva percepción de la necesidad de adaptación del ordenamiento jurídico nacional al Derecho europeo. El resultado se ha plasmado en una reforma integral de las normas sobre contratos públicos. En esa novación del Derecho de la contratación pública, *la tutela de los licitadores ocupa un papel esencial como consecuencia del interés europeo en asegurar la competencia entre los interesados en una licitación*. Se introduce, de este modo, una regulación específica en el ámbito de la contratación pública que debe interpretarse conforme a las reglas generales de tutela, europeas y españolas. Los detalles de la nueva regulación y los problemas que plantea su encaje sistemático en el Derecho español constituyen el objeto de esta obra. A continuación, se realiza una exposición introductoria de los ejes de transformación del Derecho español de la mano del Derecho europeo y, en especial, de las Directivas de contratación

¹⁰ José María BAÑO LEÓN, «El contencioso...», cit., p. 330.

¹¹ Juan Francisco MESTRE DELGADO, «El control...», cit., p. 37; José María BAÑO LEÓN, «El contencioso...», cit., p. 30.

¹² Klaus HEUVELS, «EG-Kommission will Lücken im europaweiten Primärrechtsschutz für Bieter schließen», *NBaur. u. VgR*, núm. 7, 2006, pp. 416-421, p. 417.

y de recursos. Se pretende contextualizar el análisis de detalle posterior en torno al modelo de tutela de los licitadores del Derecho español. En concreto, se han seleccionado algunos de los aspectos más importantes de la reforma del Derecho de contratación pública —tanto a nivel europeo como nacional—, que se vinculan al nuevo modelo de tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos.

1. LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO DE LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

El Derecho europeo ha actuado como motor de transformación del Derecho nacional de la contratación pública. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las Directivas han propiciado una intensa «europeización» de las normas nacionales en este sector¹³. Pero esa europeización es parcial. En primer lugar, porque afecta fundamentalmente a las reglas de adjudicación de los contratos públicos. Los problemas derivados de la ejecución del contrato son, en principio, relevantes para el Derecho europeo en la medida en que afecten a la competencia entre los interesados en una licitación. Por ello, no puede hablarse en propiedad de un Derecho europeo de la contratación pública. *De momento sólo existe en realidad un Derecho europeo de la adjudicación de los contratos públicos*, aunque sin duda su regulación sea cada vez más expansiva. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el Derecho europeo no se aplica a la adjudicación de todos los contratos públicos. Únicamente se proyecta sobre determinados tipos de contratos que se definen en función del sujeto contratante, de su objeto y su cuantía. Su caracterización como contratos «públicos» deriva precisamente de la determinación del sujeto contratante, que excede del concepto tradicional de Administración pública. No sólo las clásicas Administraciones públicas deben someterse a estas reglas, sino también aquellas entidades que, a pesar de su naturaleza, estén estrechamente ligadas a la realización de fines de interés general. Por ello, a nivel europeo, no es correcto hablar de contratos administrativos ni de contratos de las Administraciones, sino de contratos públicos, celebrados por entidades vinculadas al interés general, con independencia de su incardinación en el concepto de Administración pública del Derecho nacional. Por último, hay que tener en cuenta que las reglas de adjudicación de contratos públicos se acompañan de mandatos que garantizan su cumplimiento mediante el establecimiento de procedimientos de recurso rápidos y eficaces. De este modo mejoran las posibilidades de tutela de los licitadores, así como la garantía de la competencia entre ellos. 7

En seguida se analizan estos aspectos esenciales del proceso de europeización de las reglas de contratación pública: la caracterización de la protección de la competencia como objetivo último de la regulación; la funcionalización del ámbito subjetivo de aplicación de las normas sobre adjudicación de contratos 8

¹³ El concepto de «europeización» se refiere «al influjo, complitud y transformación de los ordenamientos nacionales a resultas del impacto que producen los actos y las acciones jurídico-comunitarias». En Eberhard SCHMIDT-ABMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, trad. por Mariano Bacigalupo Saggese, Javier Barnés Vázquez, Javier García Luengo, Ricardo García Macho, Alejandro Huergo Lora, José María Rodríguez de Santiago, Blanca Rodríguez Ruiz, Germán Valencia Martín, Francisco Velasco Caballero, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 40.

públicos; el reforzamiento de los mecanismos de tutela de los licitadores frente a las irregularidades cometidas en la fase precontractual; así como los límites que encuentran las autoridades europeas en la configuración de un nuevo Derecho de la contratación pública en constante evolución.

1.1. El cambio de perspectiva: la protección de la competencia

9 El Derecho de los contratos celebrados por la Administración pública tiene una larga tradición en Europa. El Derecho nacional ha reconocido ciertas particularidades frente al régimen jurídico de la contratación entre particulares. En función de la mayor o menor separación de las reglas de contratación privadas y administrativas *pueden distinguirse dos modelos de regulación: de Derecho privado y de Derecho público.*

a) En el modelo de Derecho privado *la Administración se somete a las reglas jurídico-privadas que disciplinan la contratación entre particulares.* Aunque la simetría entre el régimen jurídico de contratación administrativa y privada no es absoluta. Se reconocen ciertas facultades y reglas especiales a favor de la Administración, que se contienen en determinadas disposiciones administrativas y en las cláusulas de los contratos. En este sentido, habitualmente se han fijado reglas sobre la adjudicación de los contratos en las normas presupuestarias, ya que se consideraba que las finalidades de esta regulación eran evitar la corrupción y controlar el buen uso de los fondos públicos. El ordenamiento jurídico alemán constituye el caso paradigmático de este modelo¹⁴ —aunque también en otros países, como el Reino Unido, la adjudicación de contratos se rige por el Derecho privado, con algunas modulaciones—¹⁵. En Alemania, se considera que cuando el Estado compra bienes o servicios actúa como cualquier otro operador en el mercado, así que se le aplican las reglas contractuales del Derecho civil y se le somete al control de la jurisdicción civil¹⁶. Esto no se traduce en la ausencia de especialidades procedimentales, sobre todo en la fase de adjudicación y también —en menor medida— en la fase de ejecución del contrato. Pero las modulaciones del Derecho civil no se consideran suficientes como para entender que constituyen un Derecho de la contratación pública distinto del Derecho de la contratación privada. Simplemente se habla de un Derecho de la adjudicación (*Vergaberecht*) que forma parte del Derecho administrativo y que se ha definido como el «conjunto de normas que debe cumplir una entidad administrativa en la

¹⁴ Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17.ª ed., C. H. Beck, München, 2009, pp. 360 ss.

¹⁵ Aunque se ha planteado la necesidad de crear un Derecho de contratos con normas de Derecho público. En este sentido, Sophie BOYRON, «The Public-Private Divide and the Law of Government Contracts: Assessing a Comparative Effort», en Matthias RUFFERT, *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2009, pp. 221-244. Sobre las características del *procurement law* británico en comparación con el Derecho español, José Luis MELÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, 1.ª ed., Lustel, Madrid, 2008, p. 72.

¹⁶ Nicola Juliane GRUNDMANN, *Das zweigeteilte Vergabewesen - ein Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen?*, Tesis doctoral, Düsseldorf, 2004, *on line*: <http://docserv.uni-duesseldorf.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-2853/853.pdf>, p. 3. Con respecto a los problemas de definición de la jurisdicción competente, *vid.* §§ 464-468.

obtención de medios materiales y de servicios necesarios para el desempeño de sus competencias»¹⁷.

b) El modelo de Derecho público se caracteriza por la *creación de una categoría distinta del contrato privado —celebrado entre particulares— cuando la Administración es el sujeto contratante: el «contrato administrativo»*. En torno a este concepto se articula un Derecho de la contratación pública independiente del Derecho privado —que sólo se aplicará subsidiariamente en algunos casos—, y que debe revisarse por tribunales especializados¹⁸. Este modelo se perfeccionó en el ordenamiento jurídico francés y se asumió por el legislador español¹⁹. La sustracción de la regulación del *iter* de estos contratos al Derecho privado se fundamenta tradicionalmente por la necesidad de racionalizar el gasto público, eligiendo al contratista más capacitado para llevar a cabo una actuación eficaz; o por la garantía de que la ejecución del contrato sea adecuada para el interés público —lo que permite, por ejemplo, el *ius variandi* de la Administración—. Todo ello justifica la creación de procedimientos administrativos de adjudicación de los contratos, así como una densa reglamentación de la fase de ejecución de los contratos que se dirige fundamentalmente a la ordenación del ejercicio de prerrogativas por parte de la Administración.

Los diferentes planteamientos teóricos en que se fundan los modelos de regulación de la contratación pública comparten, sin embargo, una comunidad de fines. Tanto el modelo de Derecho privado como el de Derecho público se orientan, fundamentalmente, a la ordenación presupuestaria y la eficiencia económica de la ejecución de los contratos, así como a la prevención de la corrupción. Es cierto que determinadas reglas garantizan la transparencia y publicidad de los procedimientos de adjudicación, pero ese objetivo es secundario²⁰. La prioridad de los fines vinculados al buen uso de los fondos públicos se refleja claramente en la configuración de las normas de tutela. El legislador se preocupa por definir las prerrogativas de la Administración y la protección del contratista en la fase de ejecución del contrato. Pero muestra un claro desinterés por establecer mecanismos eficaces de tutela frente a las irregularidades de la fase de adjudicación de los contratos. Así, aunque resulte paradójico, puede afirmarse que *en ambos modelos las reglas de tutela se proyectan en la fase postcontractual y en la relación jurídica entre la Administración y el contratista*. La posible violación de la competencia entre los interesados en la licitación no se considera un problema relevante que exija la creación de mecanismos de protección *ad hoc*. Así sucede tanto en los Derechos de tradición francesa, como en los de tradición germánica, pues —en última instancia— todos ellos establecen reglas especiales para la ejecución

10

¹⁷ En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional Federal Alemán en Sentencia de 13 de junio de 2006. *BVerfG (1. Senat), Beschluss vom 13.06.2006 - 1 BvR 1106/03*, párr. núm. 2.

¹⁸ David ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación...*, cit., p. 191.

¹⁹ *Ibidem*, p. 14, y Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo. Parte General*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 568.

²⁰ En España, *ibidem*, p. 567. En Alemania, Wolfram IRMER, *Sekundärrechtsschutz und...*, cit., p. 137; Tobias SCHNEIDER, *Primärrechtsschutz nach Zuschlagerteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge. Der oberhalb der Schwellenwerte bestehende vergaberechtliche Primärrechtsschutz des nicht-berücksichtigten Bieters nach Zuschlagerteilung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 28; Hermann PÜNDELER, «Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge», *VerwArch*, núm. 95, 2004, pp. 38-62, p. 38.

de los contratos de la Administración — bien en la Ley, bien a través de otros instrumentos, como las disposiciones internas de la Administración [§ 62.c)] —.

11 El Derecho europeo ha proscrito, parcialmente, la ausencia generalizada de mecanismos eficaces de tutela a nivel nacional. Las reglas de los Tratados vinculadas al Mercado Interior y, en especial, las Directivas dedicadas a la ordenación de la contratación pública persiguen la garantía de la competencia entre las empresas de los Estados miembros en la adjudicación de contratos públicos²¹. Se quiere asegurar que las empresas europeas de los distintos Estados miembros tengan la oportunidad de participar con éxito en licitaciones en todo el territorio de la Unión Europea. Para ello se establecen reglas especiales de publicidad, transparencia, no discriminación y, especialmente, de tutela²². Esa es la razón por la que *el Derecho europeo se fija fundamentalmente en las reglas de preparación y adjudicación de los contratos, superando la distinción nacional clásica entre los contratos administrativos y los contratos privados*. Lo que importa es que, tanto antes como después del contrato, se garanticen ciertas reglas y principios derivados del Mercado Interior cuando el contrato se celebra por entes vinculados a intereses públicos²³. Por supuesto, esta nueva orientación de las reglas de contratación pública no significa que se abandonen los objetivos de control presupuestario y eficiencia económica propios de los Derechos nacionales. Junto a esas finalidades, se suma o refuerza un objetivo esencial: la protección de la competencia. De hecho, la eficiencia del gasto público es una meta compartida por el Derecho europeo, pero va ligado estrechamente al fomento de la competencia en el Mercado Interior²⁴. Este cambio de perspectiva de las reglas de adjudicación de contratos públicos no es meramente nominal, sino que, como se ve a lo largo de este trabajo, condiciona la definición del estatus jurídico de los entes involucrados en una licitación: el ente adjudicador y los licitadores; y obliga a establecer un sistema de tutela orientado a la consecución de esta finalidad.

12 La primacía de las reglas europeas obliga a los Derechos nacionales a asumir esta nueva orientación de las normas de adjudicación de contratos públicos. Los Estados deben transponer adecuadamente las Directivas y aplicar el Derecho europeo en su conjunto²⁵. Sin embargo, como se verá a lo largo de este trabajo, el ajuste a las reglas europeas no está siendo fácil. *Los Estados han demostrado estar anclados en prácticas de tintes proteccionistas que conducen a múltiples violaciones de las normas de las Directivas*. A ello se suma la dificultad de aplicar las reglas europeas que, en ocasiones, son oscuras y complejas y obstaculizan la dinámica flexible del mercado²⁶. Esa es una de las principales razones por las que

²¹ Juan Francisco MESTRE DELGADO, «El control...», cit., p. 36.

²² En este sentido, Nicola Juliane GRUNDMANN, *Das zweigeteilte...*, cit., p. 2.

²³ José Luis MELÁN GIL, *La estructura...*, cit., p. 14. También, José María BAÑO LEÓN, «Tutela judicial precontractual», en José BERMEJO VERA (dir.) y Miguel Ángel BERNAL BLAY (coord.), *Diccionario de contratación pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 678-689, p. 678.

²⁴ En torno a la eficiencia del gasto público en el Derecho europeo de la contratación pública, Alfonso RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE y Miguel Ángel BERNAL BLAY, «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes», en José María GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 23-41, p. 25.

²⁵ Así, Wolfram IRMER, *Sekundärrechtsschutz und...*, cit., p. 137.

²⁶ Jost PIETZCKER, «Grenzen des Vergaberechts», *NVwZ*, núm. 11, 2007, pp. 1225-1232, p. 1225. El Parlamento Europeo ha reconocido el carácter complejo y opaco del régimen jurídico de la contratación

el Derecho, tanto europeo como nacional, se encuentra en un constante proceso de reforma.

1.2. La funcionalización del concepto de ente adjudicador

La consecución de la finalidad esencial del Derecho europeo —la protección de la competencia— exige la superación de ciertos formalismos arraigados en los Derechos nacionales. Así se pone de manifiesto claramente en la definición del ámbito subjetivo de aplicación de las reglas europeas. *Quién debe sujetarse a las reglas de adjudicación de contratos públicos es una cuestión desligada del concepto tradicional de Administración pública y, por tanto, de la ordenación nacional de las formas de organización administrativa* —conforme al Derecho público y el Derecho privado—. Según el Derecho europeo deben someterse a las reglas de adjudicación de contratos quienes, con independencia de su naturaleza —jurídico-pública o jurídico-privada— tienen una estrecha vinculación con el interés general. Ese factor se determina con arreglo a una serie de criterios tasados. Sólo de esta manera puede asegurarse la eficacia de las reglas europeas porque los Estados no pueden evitar su aplicación mediante la elección de distintas formas de organización. **13**

El Derecho europeo ha impulsado de este modo una «funcionalización» del concepto de ente adjudicador. Dicho de otro modo, *los sujetos que deben aplicar las reglas de adjudicación de contratos públicos no se definen por su naturaleza jurídica, sino por las actividades que realizan y por sus vínculos con el interés general*²⁷. Conforme a este planteamiento, deben observar las reglas del Derecho europeo de adjudicación de contratos tanto los sujetos jurídico-públicos que realizan tareas de interés general bajo el control fáctico del Estado; como los sujetos jurídico-privados que reúnen una serie de características especiales —como estar gobernados de alguna manera por el poder público, ejercer derechos especiales atribuidos por él, o realizar proyectos vinculados con financiación pública—. Veamos esta regulación con algo más de detalle: **14**

a) Las reglas contenidas en las Directivas europeas de contratación pública se proyectan sobre la actividad contractual de los denominados «poderes adjudicadores». De acuerdo con el art. 1.9 de la Directiva 2004/18/CE son poderes adjudicadores: el Estado, los entes territoriales y sus asociaciones y los «organismos de Derecho público» y sus asociaciones. De todos los entes mencionados, el que sin duda suscita más problemas de interpretación es el organismo de Derecho público. Este ente se define por el Derecho europeo a partir de criterios funcionales. *No importa cuál sea su forma jurídica, sino su vinculación efectiva con fines y controles públicos*. En concreto, los organismos de Derecho público deben reunir los siguientes

pública en su Resolución de 18 de mayo de 2010 —2009/2175(INI), «Nuevos aspectos de la política de contratación pública» —, publicada en el *DOUE* de 31 de abril de 2011 (punto 2).

²⁷ Con respecto al carácter funcional del concepto de poder adjudicador, *ex multis*: STJ de 12 de diciembre de 2002, C-470/99, As. *Universale Bau AG y Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, Ponente: V. Skouris, Abogado General: S. Alber, cuestión prejudicial planteada por el *Vergabekontrollsenat des Landes Wien* de Austria; STJ de 15 de mayo de 2003, C-214/00, As. *Comisión c. Reino de España*, Ponente: V. Skouris, Abogado General: P. Lèger.

tes requisitos: *a)* estar creados para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter mercantil ni industrial; *b)* tener personalidad jurídica, de naturaleza pública o privada; *c)* y cumplir las siguientes exigencias: desarrollar una actividad financiada o controlada por un poder adjudicador; y contar con órganos de administración, dirección o vigilancia en los que más de la mitad de los miembros estén nombrados por el Estado, entes territoriales u organismos de Derecho público²⁸.

b) Junto al concepto de poder adjudicador, el Derecho europeo incluye una regulación de determinados contratos celebrados por sujetos privados. Se trata de los contratos de obras y servicios adjudicados por entidades privadas cuando estén subvencionados por poderes adjudicadores en más del 50 por 100 de su importe, si se dan ciertas condiciones; los contratos de obras que celebren los concesionarios de obra pública con terceros; y los contratos celebrados por las empresas que actúan en los sectores «especiales», que gozan de derechos especiales o excluidos expedidos por una autoridad competente de un Estado miembro. En ese caso, una vez más, se aprecia la aplicación de un criterio funcional para definir quién debe aplicar las reglas de adjudicación de contratos públicos. *Aunque se trate de entidades privadas, desvinculadas institucionalmente de las Administraciones públicas, se benefician de un estatus especial* reconducible en última instancia a la existencia de una finalidad de interés público.

- 15** *El Derecho europeo prescinde, de este modo, de cualquier referencia formal al concepto de ente adjudicador.* El factor determinante para aplicar las reglas de adjudicación de contratos públicos es la existencia de una conexión clara con el interés público, con independencia de las formas jurídicas elegidas. Este cambio en la comprensión del ámbito subjetivo de aplicación de las reglas de contratación pública ha exigido importantes transformaciones en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que han sido objeto de controversia a nivel nacional. España no ha sido una excepción en este sentido, como se verá más adelante [§§ 24, 28 ss.].

1.3. El reforzamiento de la tutela de los licitadores

- 16** Ya se ha dicho que la protección de la competencia en la adjudicación de contratos públicos se proyecta sobre la configuración del régimen jurídico de los su-

²⁸ La interpretación de estos requisitos por la jurisprudencia europea es expansiva. Simplemente, a modo de ejemplo, pueden citarse las siguientes Sentencias del Tribunal de Justicia: STJ de 10 de noviembre de 1998 (C-360/96, As. *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden c. BFI Holding BV*, ponente: P. Jann, abogado general: A. La Pergola, cuestión prejudicial planteada por el *Gerechthof te Arnhem* de los Países Bajos) referida a la sujeción a las reglas de contratación pública de entes encargados de la prestación de servicios públicos, aunque sea en régimen de competencia; STJ de 3 de octubre de 2000 (C-380-98, As. *The Queen c. H.M. Treasury —ex parte: the University of Cambridge—*, ponente: P. J. G. Kapteyn, abogado general: A. Alber, cuestión prejudicial planteada por la *High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division* del Reino Unido) en torno a la financiación necesaria para considerar a un ente un «organismo de Derecho público»; y STJ de 13 de diciembre de 2007 (C-337/06, As. *Bayerischer Rundfunk y otros c. Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, ponente: E. Juhász, abogado general: D. Ruiz-Jarabo Colomer, cuestión prejudicial planteada por el *Oberlandesgericht Düsseldorf* de Alemania), que considera que el cobro de un canon a los consumidores forma parte de la financiación pública de una empresa, si su imposición se realiza por el Estado.

jetos implicados en esta actividad. Por un lado, se produce una funcionalización del concepto de ente adjudicador; de modo que todos los entes que reúnan ciertas características reveladoras de un vínculo con el interés general deben someterse a las nuevas reglas de adjudicación. Por otro, tiene lugar un reforzamiento de la posición jurídico-subjetiva de los licitadores que va acompañado de la mejora de las garantías de tutela frente a posibles adjudicaciones ilegales. En este sentido, hay que tener en cuenta que *el Derecho europeo extiende las garantías de tutela a todos los competidores o licitadores en sentido amplio*, tanto si han participado en el procedimiento de adjudicación, como si no; y, en su caso, tanto si tienen la condición de candidatos —que simplemente han presentado su solicitud de participación en la licitación—, como de licitadores en sentido estricto —que ya han superado el trámite de exclusión de las solicitudes—²⁹.

El especial interés del legislador europeo en establecer mecanismos de tutela verdaderamente eficaces se explica por la necesidad de garantizar el cumplimiento de sus reglas de adjudicación de contratos públicos en los Estados miembros. No hay que olvidar que las Directivas de recursos surgen para imponer la observancia de las Directivas de contratación. Antes de la transposición de las Directivas europeas, la litigiosidad en torno a la adjudicación de contratos públicos era meramente testimonial. Y no cabe presumir que ello se debía a la especial corrección de los procedimientos en un sector especialmente propenso a las prácticas anticompetitivas³⁰. A pesar de las múltiples desviaciones de la regulación, los interesados en la adjudicación no accionaban ningún procedimiento de revisión porque los recursos previstos a nivel nacional no eran eficaces ni precisamente rápidos; así que *dada la escasa probabilidad de obtener una resolución exitosa, se aplicaba la máxima de «no morder la mano que te da de comer»*. La ausencia de un sistema de tutela verdaderamente eficaz actuaba, de este modo, como un mecanismo disuasorio de la protección de los propios intereses³¹.

Pues bien, la protección de la competencia supone que las reglas de adjudicación de contratos no sólo aseguran un buen uso de los recursos públicos, sino que son verdaderas garantías de los intereses de los licitadores en los procedimientos de contratación. De esta forma se refuerza su posición jurídico-subjetiva. Los interesados en un procedimiento tienen derecho a que el mismo se tramite conforme a las reglas fijadas a nivel europeo —lo que plantea especiales problemas en determinados Estados, como Alemania [§ 62]—. Para garantizar esa posición jurídico-subjetiva básica a los licitadores las Directivas de recursos crean procedimientos especiales e introducen reglas concretas en materia de: medidas provisionales; plazos mínimos; legitimación; eficacia de los mecanismos de tutela; y garantías jurisdiccionales en los órganos encargados de conocer de los recursos. A través de esta regulación, el legislador europeo pretende asegurar la existencia de mecanismos de *tutela restitutoria* a disposición de los licitadores; esto es, *canales de tutela que permiten corregir las infracciones de las reglas de contratación antes de la adjudicación y restituir el statu quo ante* —por ejemplo, retrotrayen-

²⁹ Art. 2 bis 2 Directiva 2007/66/CE.

³⁰ Esta constatación aparece en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*, de 27 de enero de 2011, COM (2011) 15 final, pp. 34 ss.

³¹ Así se afirma en los considerandos de la Directiva 89/665/CEE.

do el procedimiento de adjudicación al momento previo a la vulneración de una regla de adjudicación—. Este tipo de tutela se diferencia, así, de la denominada *tutela resarcitoria*, que es la garantizada tradicionalmente por los Estados miembros, y que *sólo permite compensar económicamente a los licitadores por el daño sufrido* —por ejemplo, cuando se constata la vulneración del procedimiento de adjudicación una vez que el contrato ya está en un grado avanzado de ejecución o incluso cuando la ejecución ha finalizado—³².

1.4. La europeización parcial de las reglas de adjudicación de contratos públicos y de tutela de los licitadores

- 19 De acuerdo con los datos expuestos hasta el momento, la finalidad fundamental del Derecho europeo de adjudicación de contratos públicos consiste en proteger la competencia dentro del Mercado Interior. Ese objetivo condiciona el régimen jurídico aplicable a los sujetos contratantes y a los interesados en los procedimientos que, en la actualidad, deben estar protegidos de forma más intensa frente a las infracciones producidas en la fase de adjudicación de los contratos. Ahora bien, *las transformaciones auspiciadas por las autoridades europeas no se extienden a toda la actividad contractual pública de los Estados miembros*. El proceso de europeización de las reglas de adjudicación de contratos públicos y de las reglas de tutela de los licitadores que las complementan se desarrolla con distintas intensidades en función de determinados límites.
- 20 El legislador europeo puede aprobar normas en materia de adjudicación de contratos públicos con base en el art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que prevé la competencia para adoptar las medidas necesarias para la aproximación de legislaciones en el Mercado Interior³³. En el ejercicio de esa competencia la Unión Europea debe respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que le impiden establecer una regulación exhaustiva de toda la actividad contractual desarrollada en los Estados³⁴. Por ello, *las reglas de las Directivas se aplican únicamente a contratos de gran interés europeo* definidos en función del sujeto contratante —determinado funcionalmente—; del objeto y de la cuantía. Son contratos armonizados o sujetos a regulación armonizada.
- 21 Para asegurar el cumplimiento de las Directivas en estos casos *entran en juego las garantías generales de aplicación del Derecho europeo por los Estados miembros*³⁵: a) en primer lugar, los Estados están obligados a aplicar las Directivas de forma que sus reglas sean eficaces (*principio de eficacia*) y, además, deben garantizar que las normas de transposición de las Directivas tengan el mismo valor que las demás normas nacionales (*principio de equivalencia*); b) cuando

³² Sobre la diferencia entre los conceptos de tutela primaria y secundaria, propios del Derecho alemán, *vid.* §§ 71 ss.

³³ Esta competencia se preveía en el anterior art. 100 A TCEE.

³⁴ Así lo señala la Directiva 2007/66/CE, considerando 34.º

³⁵ En este sentido, Friedrich SCHOCH, «§ 50 Gerichtliche Verwaltungskontrolle», en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ABMANN y Andreas VOßKUHL, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, t. III, C. H. Beck, München, 2009, pp. 687-941, p. 713. También, Oliver DÖRR, «Das europäisierte Vergaberecht in Deutschland», *JZ*, núm. 14, 2004, pp. 703-713, p. 704.

las Directivas no se hayan transpuesto o no se hayan transpuesto correctamente, habrá que interpretar el Derecho nacional conforme al Derecho europeo — siempre que sea posible— y, en su caso, el particular podrá invocar ante los tribunales el efecto directo vertical de las Directivas, siempre que se solicite la aplicación de preceptos claros, precisos e incondicionados contenidos en ellas³⁶; c) cuando se produzca una divergencia insalvable entre el Derecho europeo y el Derecho nacional, regirá el principio de primacía del Derecho europeo, d) y, por último, cuando se constate un incumplimiento de las reglas europeas que haya causado un daño a un particular, éste podrá reclamar una indemnización por los canales previstos en la regulación nacional conforme a las reglas establecidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)³⁷ [§§ 387-389].

Ahora bien, los contratos regulados directamente en las Directivas representan, en la realidad, un pequeño porcentaje de los contratos adjudicados en la Unión Europea³⁸. Más allá de esos casos, los Estados gozan, en principio, de libertad para determinar las reglas de adjudicación de los contratos y de tutela de los licitadores. Ello puede conducir a una diferenciación entre el régimen jurídico aplicable a los contratos armonizados y el resto de los contratos públicos, que puede ser problemática desde el punto de vista del Derecho europeo y del Derecho constitucional nacional [*infra* capítulo quinto]. No obstante, *la libertad de los Estados para determinar el régimen jurídico de esos contratos no regulados en las Directivas está limitada*. Tal como han señalado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la Comisión los contratos no sometidos a las Directivas que tengan interés europeo deben respetar también las reglas derivadas de las libertades del Mercado Interior — igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, transparencia y proporcionalidad—³⁹.

Además, en algunos casos, *se produce una europeización que va más allá del concreto ámbito de aplicación de las Directivas europeas e incluso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. Determinados legisladores nacionales han optado voluntariamente por unificar sus reglas de contratación pública conforme a los

22

23

³⁶ De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las disposiciones de las Directivas sólo podrán ser aplicadas directamente en las relaciones entre el Estado y los particulares —es decir, en sentido vertical— cuando sea incondicionadas y precisas y establezcan una regla clara que sea determinante para la solución del caso. En este sentido, por todas, la STJ de 19 de enero de 1982 (C-8/81, As. *Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, cuestión prejudicial planteada por el *Finanzgericht Münster* de Alemania).

³⁷ STJ de 24 de septiembre de 1998, C-111/97, As. *EvoBus Austria GmbH c. Niederösterreichische Verkehrsorganisation GmbH (Növoc)*, ponente: P.J.G. Kapteyn, abogado general: N. Fennelly, cuestión prejudicial interpuesta por el *Bundesvergabeamt* de Austria.

³⁸ Según *Eurostat*, en 2009 sólo un 3,6 por 100 de los contratos públicos celebrados en la Unión Europea estuvieron precedidos de una licitación pública anunciada en el *DOUE* como prescriben las Directivas (<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tsier090&plugin=1>).

³⁹ STJ de 14 de junio de 2007, C-6/05, As. *Medipac-Kanzantzidis A y Venizeleio Pananeio*, ponente: E. Juhász, abogado general: E. Sharpston, cuestión prejudicial planteada por el *Simvoulio tis Epikratias* de Grecia. Comunicación interpretativa de la Comisión 2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006, sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública. José María GIMENO FELIÚ, *Las novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007*, Seminario Práctico de Derecho Local, primera sesión: «Aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público por Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales», 21 de noviembre de 2008, 171 pp.

estándares de las Directivas, con el fin de facilitar su aplicación; o han unificado directamente los sistemas de tutela —como sucede en Francia—. En otros países, como Austria, se considera que la creación de regímenes jurídicos distintos por encima y por debajo de los umbrales económicos europeos es contrario a las exigencias del principio de igualdad constitucional, lo que convierte a esta norma en una extraordinaria vía de expansión del Derecho europeo en los ordenamientos jurídicos nacionales. La europeización de las reglas nacionales de adjudicación de contratos públicos no es, por tanto, absoluta, pero va más allá de las Directivas y puede plantear problemas en combinación con el Derecho constitucional nacional. Todas estas cuestiones se analizan más adelante [§§ 470 ss.].

2. LA CREACIÓN DE UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

24 *La transposición de las últimas Directivas europeas por el Estado —2004/17/CE, 2004/18/CE y 2007/66/CE— en el ordenamiento jurídico español ha suscitado algunos problemas que han tratado de subsanarse mediante sucesivas reformas legales⁴⁰. Así ha sucedido, por ejemplo, en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de las reglas de adjudicación de contratos públicos. El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP)— se aplicaba a los contratos celebrados por las Administraciones territoriales, los organismos autónomos y las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia que cumplieren los requisitos establecidos en las Directivas para los «poderes adjudicadores» —que se corresponden con el concepto europeo de «organismo de Derecho público» [§ 14.a)]—. Más allá de estos entes, se prevenía la sujeción de las sociedades mercantiles y las fundaciones públicas a los principios de publicidad y concurrencia, a no ser que se justificase la incompatibilidad del procedimiento con esos principios⁴¹. Este aspecto de la regulación tuvo que modificarse para cumplir con las exigencias del Derecho europeo, ya que los entes de Derecho privado, sociedades y fundaciones, pueden llegar a cumplir los requisitos establecidos en las Directivas para los poderes adjudicadores. La reforma se produjo mediante distintas normas, con el fin de someter también a estas entidades a las normas de contratación europeas, si cumplían con los requisitos de los poderes adjudicadores⁴².*

25 Los contratos celebrados por estos entes se agrupaban por el legislador en tres categorías distintas: *contratos administrativos, privados y mixtos* [arts. 5-9 TRLCAP].

⁴⁰ La competencia del Estado en materia de contratación pública se contiene en el art. 149.1.18.º CE, que señala su carácter básico. La transposición de las Directivas le corresponde, por tanto, en el marco de esa competencia, puesto que «no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario» (STC 141/1993, de 22 de abril, ponente: Eugenio Díaz Eimil).

⁴¹ DA 6.ª TRLCAP.

⁴² Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, y Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007. Al respecto, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, cit., p. 570; Alberto PALOMAR OLMEDA, «El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 105, 2011, pp. 41-65, pp. 42 ss.