



INFORME

Análisis de las novedades legislativas de la Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de Concesión.

Madrid, a 09 de junio de 2016



ÍNDICE

- 1. Introducción.**
- 2. Definiciones y ámbito de aplicación de la Directiva.**
- 3. Aspectos relativos a la adjudicación de los contratos de concesión.**
- 4. Los Contratos Mixtos: aplicabilidad o no de la Directiva.**
- 5. Modificación de los contratos de Concesión durante la vigencia de los mismos.**
- 6. Otras novedades y cuestiones incidentales.**
- 7. Conclusiones**



1. Introducción.

Con el objetivo de clarificar el régimen legal aplicable a los contratos de concesión, así como de resolver los problemas de inseguridad jurídica que achacan a dicho mercado, el legislador comunitario ha tenido a bien compendiar toda la experiencia acumulada, así como las novedades legislativas aplicables en la materia, en la reciente Directiva 2014/23/UE, directamente aplicable en nuestro país desde el pasado dieciocho de abril.

Esta normativa parte de la base de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, y está destinada a regular el régimen de convocatoria, adjudicación y ejecución de los contratos de concesión dentro de la Unión Europea, divididos en dos grandes bloques: de un lado, los contratos de concesión de obras; de otro, los contratos de concesión de servicios, verdadera novedad que viene a sustituir al actual contrato de gestión de Servicio Público.

Conocer las principales novedades aplicables a los mismos se antoja de una importancia fundamental, más ahora si cabe cuando la Directiva goza del denominado Efecto Directo en nuestro país.



2. Definiciones y ámbito de aplicación de la Directiva.

El ámbito de aplicación de la Directiva 2014/23/UE es el de la adjudicación de los contratos de concesión por parte de los poderes y entidades adjudicadores. Antes de adentrarnos en consideraciones más profundas, es preciso comenzar por desgranar qué entiende la Directiva por concesión.

El **Considerando nº 11** interpreta las concesiones como “contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos”.

El **Artículo 5** parte de esta definición y desarrolla por un lado la concesión de obras, caracterizada por ser la decisión de la entidad contratante de confiar la ejecución de unas obras a uno o varios operadores económicos, cuya contrapartida puede ser o bien el derecho a explotar dichas obras, o bien esto mismo acompañado de un pago.

Por su parte, la concesión de servicios se define como la ejecución y gestión de servicios diferentes de las obras, a cambio de la misma contrapartida que en la anterior. En ambos casos, la fundamental característica definitoria es la denominada **transferencia al concesionario de un riesgo operacional** en la explotación de dichas obras o servicios.

Hablamos de riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a poder recuperar la inversión, ni tan siquiera cubrir los costes en que haya incurrido para poner en marcha la



explotación. Se da por tanto una exposición real a las incertidumbres del mercado, que en modo alguno puede cubrir o garantizar la Administración.

Esta es la diferencia fundamental respecto del contrato de obra o de servicios al uso, en donde el órgano de contratación garantiza el pago acordado al adjudicatario, con independencia del uso real que los usuarios hagan del servicio. En ese sentido, el **Considerando nº 17** de la Directiva estima que ésta no será de aplicación “a los contratos (...) en los que el contratista reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentarias calculadas de manera que cubran la totalidad de los costes e inversiones realizadas”.

Otra de las novedades más relevantes que incorpora esta Directiva, y que supone realmente una diferencia respecto de su “madre”, la Directiva 2014/24/UE, es la diferenciación entre **poderes adjudicadores** y **entidades adjudicadoras**, en función del tipo de servicios que sean objeto de contratación por medio de la concesión. Así, dice el **Artículo 6**, serán **poderes adjudicadores** “el Estado, autoridades regionales o locales” y en general “los organismos de Derecho público distintos de aquellos que desarrollen alguna de las actividades del Anexo II y adjudiquen una concesión para la realización de dichas actividades”.

Por su parte, el **Artículo 7** dispone que sean **entidades adjudicadoras** “las entidades que desarrollen una actividad recogida en el Anexo II y adjudiquen una concesión para la realización de alguna de las mismas”. Es interesante esta diferenciación ya que toma como base la actividad de cuya realización va a ser objeto la concesión que se pretende adjudicar.



En cualquiera de los dos casos, hablemos de un poder adjudicador o de una entidad adjudicadora, las previsiones contenidas en la Directiva únicamente serán de aplicación en aquellos casos en que las concesiones sean de un valor igual o superior a los 5.186.000 euros de valor, a tenor de lo dispuesto en su **Artículo 8**. Dicho valor, revisable cada dos años, será el de volumen total de negocios de la concesionaria, generados durante la duración del contrato, y que habrá de ser estimado por el poder o entidad adjudicadora.

Una vez analizado el qué, el cómo y el cuándo de la Directiva, en el siguiente apartado del Informe entraremos a analizar el procedimiento de adjudicación de un contrato de concesión, sobre la base de las disposiciones legales contenidas en la misma, y en la que los principios de igualdad entre licitadores, publicidad y concurrencia adquieren una importancia máxima.



3. Aspectos relativos a la adjudicación de los contratos de concesión.

Siguiendo en la línea comentada en el apartado anterior, la Directiva prima el respeto al principio de publicidad y transparencia en la adjudicación de este tipo de contratos. De ahí que el **Artículo 31** disponga que los poderes y entidades adjudicadores darán a conocer sus propósitos por medio de un **anuncio de concesión**. Esta exigencia de publicidad será aún mayor en la adjudicación de concesiones de servicios del Anexo IV, para los que exigirá además la publicación de un anuncio de información previa.

Este régimen sin embargo no será obligatorio cuando las obras o servicios requeridos únicamente puedan ser proporcionados por un único concesionario, al existir razones de exclusividad que impidan la apertura del procedimiento a la concurrencia. Esta posibilidad guarda una estrecha relación con el Procedimiento Negociado Sin Publicidad por exclusividad, recogido tanto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos como en la Directiva 2014/24/UE.

Una vez publicado este anuncio, el siguiente paso será poner a disposición de los licitadores la documentación necesaria para presentar su oferta: de un lado, los requisitos técnicos y funcionales (**Artículo 36**) y, de otro, los pliegos de cláusulas administrativas, en donde se contendrá, entre otras menciones, la información relativa a los **criterios de adjudicación** de la concesión que, según el **Artículo 41**, deberá efectuarse basándose en criterios objetivos, lo que destierra así la posibilidad de utilizar criterios dependientes de un juicio de valor para la adjudicación de las concesiones.

Desde este momento se abre el plazo para que los potenciales interesados puedan remitir sus ofertas o solicitudes de participación, según sea el tipo de procedimiento que se lleve a cabo para la adjudicación de la concesión. Según el **Artículo 39.3**, el



plazo general será de 30 días, contados a partir de la fecha de envío del anuncio. No obstante, dicho plazo podrá reducirse a 22 días, cuando el procedimiento se desarrolle en etapas sucesivas. Además, dispone el **apartado 5º** del artículo que estos plazos podrán reducirse en 5 días, cuando el órgano de contratación acepte la presentación de ofertas por vía electrónica.

Una vez recibidas las respectivas ofertas, se valorarán las mismas conforme a lo dispuesto en los pliegos de la convocatoria. Más adelante, y una vez tomada la decisión de adjudicación del contrato, el órgano de contratación informará a los licitadores de las decisiones tomadas en el seno del procedimiento (exclusión, adjudicación, etcétera), y las razones que hayan llevado a las mismas.

Igualmente, procederá emitir un **anuncio de adjudicación** con el resultado del procedimiento, que habrá de publicarse a los 48 días de haberse producido la adjudicación como muy tarde, según el **Artículo 32** de la Directiva. Todo el procedimiento habrá de sustanciarse con arreglo a las **garantías procedimentales** contempladas en el **Artículo 37**, que son:

- La aplicación de los criterios de adjudicación definidos en los pliegos de la convocatoria.
- El cumplimiento por parte de los licitadores de los requerimientos técnicos mínimos.
- El cumplimiento por parte de los licitadores de las condiciones de participación (capacidad y solvencia).
- Que el licitador no esté excluido de participar en el procedimiento, conforme a las causas previstas tanto en esta Directiva como en la 2014/24/UE.



Una vez concluida esta fase, comenzará la ejecución del contrato, cuya duración será determinada desde el inicio, dejándose su concreción en manos del poder o entidad adjudicador, en función de las obras o servicios a desarrollar. En cualquier caso, establece el **Artículo 18** que para las concesiones que se extiendan más de cinco años, su duración no podrá exceder “el tiempo razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas (...) junto con un rendimiento sobre el capital invertido”.

Se observa por tanto que el procedimiento guarda una clara relación con la regulación contenida tanto en la Directiva 2014/24/UE como en nuestra legislación nacional en materia de adjudicación de contratos públicos, y pone de manifiesto la voluntad del legislador de, sobre la búsqueda de la transparencia en los procedimientos de licitación, aumentar la concurrencia y con ello obtener precios más competitivos para la adjudicación de contratos públicos.

Esta búsqueda de la optimización de recursos sin por ello comprometer la calidad de los servicios a prestar encuentran igualmente su reflejo en la configuración de los criterios de adjudicación, para los que se preceptúa ser completamente objetivos o automáticos, no dejando margen de apreciación para los criterios no automáticos o sometidos a juicio de valor.



4. Los Contratos Mixtos: aplicabilidad o no de la Directiva.

Cuando hablamos de los contratos de concesión hay que tener en cuenta que partimos de una perspectiva distinta a la que rige en la adjudicación de los contratos de obras o servicios al uso. En la mayoría de los casos hablamos de procedimientos en los que se conjugan múltiples necesidades a las que dar respuesta por medio de un solo procedimiento de adjudicación, lo que necesariamente nos lleva a valorar su consideración como un contrato mixto, sobre la base de la Directiva 2014/24/UE.

Hablamos por tanto de un **contrato mixto de concesión** como aquél cuyo objeto comprenda prestaciones propias de distintas tipologías de concesión, lo que según el **Artículo 20** de la Directiva 2014/23/UE se adjudicará, como norma general, “con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de concesión predominante en el objeto principal del contrato”. No obstante, como toda regla, ésta también admite matizaciones.

Así, en el caso de concesiones mixtas que consistan en parte en servicios del Anexo IV (generalmente servicios sociales) y en parte en otros servicios, el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios sea el más alto. En lo relativo al modo de tramitación de este tipo de contratos y al texto normativo aplicable, la Directiva también introduce una serie de normas a seguir por los órganos de contratación, y cuyas especificidades conviene señalar.

Cuando nos encontremos ante un contrato mixto que englobe de una parte prestaciones propias de la concesión, y de otra parte prestaciones de otro tipo de contrato público no regulado en la Directiva 2014/23/UE, el órgano de contratación podrá adjudicar el conjunto como un único contrato o bien dividirlo en lotes y adjudicarlo por partes separadas.



Si opta por esta última opción, cuando el contrato mixto comprenda por un lado prestaciones propias de la concesión y, por otro lado, elementos de contratos públicos regulados por la Directiva 2014/24/UE o de contratos regulados por la Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se aplicarán las disposiciones legales contenidas en estas últimas, según proceda.

Este marco general se enriquece con múltiples especificidades en los **Artículos 21 a 23**, con el propósito de servir a los poderes y entidades adjudicadores como distintas herramientas mediante las cuales configurar la contratación de contratos complejos en los que, sobre la base de una concesión, se dé cabida a una prestación global que pueda satisfacer las necesidades y demandas tanto del órgano de contratación, como de la población que será a posteriori usuaria de los bienes y servicios resultantes del procedimiento.



5. Modificación de los contratos de Concesión durante la vigencia de los mismos.

El **Artículo 43** de la Directiva otorga a los poderes y entidades adjudicadores la potestad de modificar contratos de concesiones ya adjudicados sin necesidad de convocar un nuevo procedimiento, cuando se den las circunstancias previstas en el mencionado artículo. Estas circunstancias son las siguientes:

- Cuando, con independencia de su valor pecuniario, estas modificaciones ya estuvieran previstas en la documentación inicial de la concesión, determinándose el alcance y naturaleza de las mismas y siempre que no impliquen “la alteración del carácter global de la concesión”.
- Cuando aun no estando previstos en la documentación inicial de la concesión, estas modificaciones fueran necesarias ya que un cambio de concesionario:
 1. No fuera factible por razones económicas o técnicas.
 2. Generase costes o inconvenientes significativos.

No obstante lo anterior, cuando la concesión comprenda el ejercicio de alguna de las actividades previstas en el Anexo II (gas y calefacción, electricidad, explotación de servicio público de transporte terrestre, explotación de instalaciones aeroportuarias o portuarias, servicios postales o equivalentes, prospecciones/extracciones de petróleo, gas natural, etcétera), el posible aumento de valor no podrá superar el 50% del valor de la concesión original.

- Cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:
 1. Que la necesidad de llevar a cabo el proceso de modificación se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicación diligente no hubiera podido prever.



2. Que esta modificación no altere el carácter global de la concesión.
 3. Cuando la concesión comprenda el ejercicio de alguna de las actividades previstas en el Anexo II, que el posible aumento de valor no podrá superar el 50% del valor de la concesión original.
- Cuando un nuevo concesionario sustituya al inicialmente designado (novación sustantiva del contrato), a consecuencia de:
1. Una opción o cláusula de revisión inequívoca prevista a tal efecto en la documentación de la concesión.
 2. Un supuesto de sucesión empresarial.
 3. La asunción por el propio poder o entidad adjudicador de las obligaciones del concesionario inicial para con sus subcontratistas.
- Cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales. Conforme a lo dispuesto en el **Apartado 4º del Artículo 43**, tendrán la consideración de sustanciales las modificaciones que tengan como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio. Esta consideración se puede dar en diversas circunstancias:
1. Cuando la modificación introduzca condiciones que, de haberse sabido con carácter previo, podrían haber dado lugar a la aceptación de una oferta distinta, o bien a la participación de más licitadores.
 2. Cuando altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario.
 3. Que la modificación amplíe considerablemente el ámbito de la concesión.



4. Cuando se produzca la entrada de un nuevo concesionario por un motivo distinto de los previstos en el **Apartado d) del Artículo 20.1**.

Además de los supuestos generales enunciados hasta ahora en los que la Directiva faculta a los poderes y entidades adjudicadores a llevar a cabo la modificación de la concesión sin tener que convocar un nuevo procedimiento, el **Artículo 20.2** también recoge otros supuestos de modificación que tienen como nexo causal la escasa cuantía de las modificaciones operadas. Serían las siguientes:

- Cuando el valor de la concesión esté por debajo del umbral previsto en la Directiva (recordemos, 5.186.000 euros), y la modificación sea inferior al 10% del valor inicial de la concesión.
- Cuando por medio de la misma no se lleve a cabo una alteración de la naturaleza global de la concesión.

En el caso de que el poder o entidad adjudicador recurra a alguna de las opciones enunciadas en el **Artículo 43**, habrá de cursarse anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea conforme a lo dispuesto en el Anexo IX de la Directiva, dando así cumplimiento a las previsiones en materia de publicidad y transparencia que recoge la Directiva.

Y ello, no lo olvidemos, en clara conexión con la potestad de los licitadores de impugnar los modificados contractuales por medio del Recurso Especial en Materia de Contratación, cuando los mismos se realicen con incumplimiento de lo dispuesto en la Ley o en los pliegos de la convocatoria.



6. Otras novedades y cuestiones incidentales.

Una de las principales aspiraciones de la Directiva de cara a la adjudicación de los contratos de concesiones, y que entra a su vez en conexión con las previsiones de la normativa “madre” (recordemos, la Directiva 2014/24/UE), es sin duda el fomento de la transparencia como pilar fundamental de este tipo de procedimientos de licitación. Así, encontramos una concreta mención a la **lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de interés** en el **Artículo 35** de la misma.

En dicho artículo se definen los conflictos de interés como “cualquier situación en la que los miembros del personal del poder o entidad adjudicador (...) tengan un interés financiero, económico o particular que podiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento”. Igualmente, se exhorta a los Estados Miembros a tomar medidas adecuadas de lucha contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, previniendo, detectando y solucionando estos conflictos de interés.

Interesante resulta también en ese sentido analizar el **Artículo 38.4**, que se encarga de regular lo que hasta ahora se han conocido como las prohibiciones de contratar, aplicables cuando concurra sentencia firme contra el operador económico en cuestión por alguno de los siguientes motivos:

- Participación en una organización delictiva.
- Corrupción.
- Fraude.
- Delitos de terrorismo o colaboración con organizaciones terroristas.
- Blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.
- Trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos.



Es igualmente interesante apuntar que la obligación de excluir al operador económico en cuestión cuando el condenado por sentencia firme sea no ya sólo la sociedad como tal, sino que también si se trata de un miembro de los órganos de administración, dirección o de vigilancia, o tenga poderes de representación, decisión o control en el mismo. Se controlará por tanto la actuación de las personas físicas integrantes de dichos órganos, imputándosele a la sociedad una responsabilidad de tipo vicarial por las actuaciones de éstos.

La medida, aun severa, pone de manifiesto el interés que desde las instituciones comunitarias se tiene en vincular la adjudicación de los contratos de concesión a las actuaciones en materia de ética empresarial y **compromiso con el cumplimiento normativo**. En relación a éste, el **Considerando nº 71** dispone que “debe contemplarse la posibilidad de que los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinadas a reparar las consecuencias de las infracciones que hayan cometido, y a prevenir eficazmente que vuelvan a producirse”.

Se afirma sobre estos **Programas de Compliance** que “cuando estas medidas ofrezcan garantías suficientes, se deberá dejar de excluir por estos motivos al operador económico”, previsión que igualmente encontramos en el **Artículo 38.9**, que determina que si este tipo de medidas se consideran suficientes, “el operador económico de que se trate no quedará excluido”.

Dichas medidas, según el **Artículo 38.10**, comprenderán “la compensación de cualquier daño causado, haber aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades, y la adopción **de medidas técnicas, organizativas y personales concretas que resulten apropiadas para evitar**



futuras infracciones”, en una línea paralela a las reformas legislativas operadas en nuestro país por la reciente Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal.

Pero no sólo se habilita a los poderes o entidades adjudicadores a excluir a un licitador condenado por sentencia firme, ya que el **Artículo 38.7** recoge una lista de supuesto que va más allá de este requisito:

- Cuando se pueda demostrar “por cualquier medio” que se ha producido una violación de las obligaciones aplicables en materia de responsabilidad medioambiental, social y/o laboral.
- Cuando el operador económico haya quebrado, esté sometido a un procedimiento de insolvencia o liquidación, se hallare en concurso de acreedores o situación equivalente.
- Cuando se pueda demostrar “por cualquier medio” que el operador económico es culpable “de una falta profesional grave que haga cuestionable su integridad”, elemento que deja un amplio margen de apreciación al órgano de contratación.
- Cuando concurra un conflicto de interés insubsanable.
- Cuando haya indicios suficientemente fundados de que un operador económico ha llegado a acuerdos con otros para falsear la competencia.
- Cuando el operador económico haya demostrado severas deficiencias en la ejecución de un contrato de concesión anterior, que haya dado lugar a la rescisión anticipada del mismo, a daños y perjuicios u otras sanciones equivalentes.
- Cuando el operador económico haya falseado declaraciones relativas a la inexistencia de motivos de exclusión, o de los criterios de selección (capacidad y solvencia) exigibles.



- Cuando el operador económico haya tratado de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del órgano de contratación, obtener información confidencial o proporcionar (incluso por negligencia) información errónea o engañosa.
- En el caso de concesiones en los ámbitos de seguridad y defensa, cuando se haya averiguado **por cualquier medio de prueba incluidas fuentes de datos protegidas** que el operador económico carece de la fiabilidad necesaria para descartar los riesgos para la seguridad del Estado Miembro en que se vaya a ejecutar el contrato.

Todas estas medidas ponen una vez más de manifiesto el interés de las instituciones comunitarias de que los Estados Miembros adjudiquen este tipo de contratos a operadores económicos que se comprometan con los valores económicos de ética y responsabilidad, circunstancia que se pone de relieve por ejemplo con el papel preponderante que revisten los **Programas de Compliance** a la hora de servir como reparación del daño causado, llegando incluso a impedir la exclusión del licitador.

Pero volviendo sobre el principio de Transparencia, al igual que sucede en la Directiva 2014/24/UE, en este caso también encontramos el derecho a la confidencialidad de los licitadores como un contrapeso que los poderes y entidades adjudicadores van a tener que valorar, a la hora de ponderar la relación entre ambos. Así, el **Artículo 28** dispone que “el poder o entidad adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial”, como por ejemplo “los secretos técnicos o comerciales” y demás aspectos confidenciales de la oferta.



7. Conclusiones.

Esta nueva Directiva entra a regular un ámbito de la contratación pública altamente especializado y que, por sus características propias, requería de regulación por una normativa propia que ahora ya tenemos disponible.

Sobre la base de la denominada “transferencia del riesgo operacional” se define el régimen jurídico de estos contratos en contraposición a los contratos de obra y servicios más tradicionales, en clara conexión a su vez con las aspiraciones de transparencia, igualdad entre licitadores y fomento de la concurrencia por las que se apuesta desde las principales instancias europeas.

Se trata, no obstante, de una regulación que deja un amplio margen discrecional para su aplicación por parte de los Estados Miembros, circunstancia que determina que muchos de sus artículos no vayan a ser directamente aplicables en nuestro país por no constituir mandatos claros, precisos e incondicionados. Así, por ejemplo, el **Artículo 2** regula el “principio de libertad de administración de las autoridades públicas de los EEMM” en la adjudicación y ejecución de estos contratos.

Igualmente, el **Artículo 4** determina que la Directiva no será de aplicación a los servicios de interés general no económicos, dejando libertad a los Estados Miembros para definir qué servicios se consideran englobados dentro de esta consideración y, por tanto, excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva.

En cualquier caso, nos encontramos ante un texto legal que abre una nueva puerta para que licitadores y órganos de contratación puedan avanzar de la mano, de cara a una prestación global que se conjugue a través de los contratos de concesión, y que den cumplida respuesta a las demandas de la sociedad.