

Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública.

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas
«BOE» núm. 66, de 17 de marzo de 2016
Referencia: BOE-A-2016-2700

TEXTO CONSOLIDADO

Última modificación: sin modificaciones

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 2.4.c) del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece su régimen orgánico y funcional, está facultada para «exponer a los órganos de contratación las recomendaciones e instrucciones que considere pertinentes en función de la competencia que le está atribuida».

En el ejercicio de esta función, este órgano colegiado ha considerado oportuno adoptar una Recomendación sobre la aplicación, a partir del 18 de abril de 2016, de determinados aspectos de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de idéntica fecha, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. En su virtud, procede la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de dicha Recomendación que figura como anexo a esta Resolución.

Madrid, 16 de marzo de 2016.–El Director General del Patrimonio del Estado, Juan Antonio Martínez Menéndez.

ANEXO

Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 2.4.c) del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece su régimen orgánico y funcional, está facultada para «exponer a los órganos de contratación las recomendaciones e instrucciones que considere pertinentes en función de la competencia que le está atribuida».

En el ejercicio de esta función, este órgano colegiado ha considerado oportuno adoptar una Recomendación sobre la aplicación a partir del 18 de abril de 2016 de determinados aspectos de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de

febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (de ahora en adelante, la «DC»), y de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de idéntica fecha, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (de ahora en adelante, la Directiva nueva o «DN»).

Por todo lo expuesto, y a efectos de recoger y dar difusión al criterio interpretativo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en la materia citada, se aprueba la siguiente recomendación en la sesión de su Comisión Permanente de 15 de marzo de 2016:

RECOMENDACIÓN

Índice:

1. Antecedentes y objeto.
2. El efecto directo en las directivas comunitarias.
3. Recomendaciones.
 - 3.1 Recomendaciones por tipología de contrato sujeto a regulación armonizada.
 - 3.1.1 Contratos de obras.
 - a) Tipificación.
 - b) Umbral.
 - 3.1.2 Contratos de servicios.
 - a) Tipificación.
 - b) Umbral.
 - 3.1.3 Contratos subvencionados.
 - a) Tipificación.
 - b) Umbral.
 - 3.1.4 Contratos de suministro.
 - 3.1.5 Contratos de concesión.
 - 3.1.5.1 Cuestiones comunes.
 - a) Cálculo del valor estimado.
 - b) Umbral.
 - c) Transferencia del riesgo operacional.
 - 3.1.5.2 Contratos de gestión de servicios públicos.
 - a) Tipificación.
 - b) Objeto.
 - 3.1.5.3 Contratos de concesión de obras públicas.
 - a) Tipificación.
 - b) Objeto.
 - 3.1.6 Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.
 - 3.2 Recomendaciones aplicables a todos los contratos sujetos a regulación armonizada.
 - 3.2.1 Publicidad.
 - 3.2.1.1 Publicidad en el «Diario Oficial de la Unión Europea».
 - 3.2.1.1.1 Listado de anuncios.
 - A. Anuncio de información previa.
 - B. Anuncio de la publicación de un anuncio de información previa en un perfil de comprador.
 - C. Anuncio de convocatoria de licitación.
 - D. Anuncio de formalización.
 - E. Anuncios en concursos de proyectos.

F. Anuncio de modificación no prevista en los pliegos iniciales de un contrato sujeto a regulación armonizada durante su ejecución.

G. Anuncio relativo a modificaciones e información adicional.

H. Anuncio de transparencia previa voluntaria en relación con contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras públicas y gestión de servicios públicos cuando estén sujetos a regulación armonizada.

3.2.1.1.2 Publicación.

a) Plazo para la publicación del anuncio de formalización.

b) Normas de publicidad.

3.2.1.2 Publicidad nacional.

3.2.2 Plazos mínimos de presentación de las solicitudes de participación y de las ofertas y obligación de prorrogar los plazos de presentación.

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

b) Plazos mínimos en procedimientos de licitación de contratos de gestión de servicios y de concesión de obra pública sujetos a regulación armonizada.

c) Prórroga del plazo de presentación de ofertas en procedimientos de licitación de contratos de obras, de suministros o de servicios sujetos a regulación armonizada.

3.2.3 Procedimiento negociado.

3.2.4 Disponibilidad electrónica de los pliegos.

3.2.5 Nulidad del contrato y recurso administrativo especial.

3.2.6 Sistemas dinámicos de contratación.

4. Efectos de esta Recomendación.

1. Antecedentes y objeto.

El 26 de febrero de 2014 se aprobó en el seno de la Unión Europea un nuevo paquete de Directivas en materia de contratación (Directivas 2014/23, 24 y 25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre adjudicación de contratos de concesión; sobre contratación pública; y sobre contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales). El plazo de transposición de las mismas se fijó en el 18 de abril de 2016, fecha en la que los Estados miembros debían tener en vigor sus normas internas de incorporación de las Directivas.

En el caso de España, no ha resultado posible la completa transposición de las mismas en el plazo previsto, por cuanto, a pesar de haberse iniciado los trabajos de transposición incluso antes de la aprobación final de las Directivas, la disolución de las Cortes Generales en octubre de 2015 debido a la celebración de elecciones generales el 20 de diciembre del mismo año, imposibilitó el realizar la tramitación parlamentaria de las nuevas leyes que incorporaban las Directivas, tras haberse completado su compleja elaboración y tramitación administrativa.

Sin perjuicio de ello, sí ha sido posible incorporar puntualmente a través de distintas Leyes determinados preceptos de las Directivas citadas en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Se trata de la regulación de la acreditación por el empresario de su solvencia económica y financiera (incorporada a través del Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía); la nueva regulación de las prohibiciones de contratar; y la nueva regulación de la responsabilidad del concesionario, en línea con lo previsto en la Directiva de Concesiones sobre la necesaria asunción del riesgo operacional por aquél (ambas cuestiones, a través de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público); y la nueva regulación de los contratos reservados a centros especiales de empleo, empresas de inserción o que se ejecuten en el marco de programas de empleo protegido (a través de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa

en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social).

Sea como fuere, llegado el 18 de abril de 2016, se producirá el denominado «efecto directo» de distintos aspectos de las Directivas citadas al no haberse llevado a cabo la completa transposición de las mismas al ordenamiento jurídico español. Dicho principio ha sido acotado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, haciéndose alusión específica más adelante al mismo.

La presente Recomendación tiene por objeto, por tanto, facilitar a los órganos de contratación la aplicación a partir del 18 de abril de 2016 de las nuevas Directivas, centrando su atención en la DN y en la DC, en las que se recoge la regulación de los aspectos generales de la contratación pública.

Las pretensiones de esta Recomendación se focalizan, sin embargo, en cuestiones muy tasadas respecto de las que se dilucidará en base a su efecto directo, los cambios que supondrán para los órganos de contratación a partir de la fecha indicada.

No tiene esta Recomendación, por tanto, pretensión de exhaustividad en la consideración de las cuestiones de las nuevas Directivas afectadas por el citado efecto directo. En efecto, ante la imposibilidad de pormenorizar todos los aspectos de las nuevas Directivas que pudieran estar afectados por el citado efecto directo, tan solo se abordan determinados aspectos esenciales, como la consideración de los contratos sujetos a regulación armonizada; la publicidad; o los plazos para presentar ofertas o para enviar invitaciones de participación.

Se sigue, de esta forma, la misma línea que en las Recomendaciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 18 de abril de 1986 y de 21 de octubre de 1994, dictadas en supuestos similares al actual.

Por último en este apartado introductorio, debe señalarse que la presente Recomendación cuenta, de acuerdo con su propia naturaleza, con el carácter de no vinculante para los órganos de contratación. Sin perjuicio de ello, se aprueba con el ánimo de que, en beneficio de todos, sirva de guía para una aplicación uniforme por parte de todos los órganos de contratación de los aspectos en ella incluidos.

2. El efecto directo en las directivas comunitarias.

Como es sabido, las directivas comunitarias deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro de la Unión Europea a través de las normas internas correspondientes, obligando a los Estados miembros en cuanto al resultado pretendido, no en cuanto a la forma o los medios para conseguirlo.

Además, esa transposición o incorporación al ordenamiento jurídico interno debe ser realizada por los Estados miembros en el plazo establecido en la propia Directiva, plazo que generalmente suele ser de dos años.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente señalado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido reconociendo efecto directo a las disposiciones de las directivas comunitarias una vez expirado el plazo de transposición de las mismas sin que ésta se haya llevado a cabo, pudiendo ser invocadas por los particulares ante la jurisdicción nacional, siempre que se cumplan una serie de requisitos que se establecen en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (entre otras, en las Sentencias Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974; Ratti, de 5 de abril de 1979; Ursula Becker, de 19 de enero de 1982; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004). Dichos requisitos son los siguientes:

- Que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa.
- Que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en diversas ocasiones (entre otras, en la Sentencia Kaefer y Procacci, de 12 de diciembre de 1990) que una disposición es incondicional cuando no otorga a los Estados Miembros ningún margen de apreciación.

Como puede comprobarse, el efecto directo no se predica de las Directivas en su conjunto, sino tan solo de aquellas disposiciones incluidas en ellas que cumplan los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia que se han citado.

Por otro lado, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea únicamente ha reconocido el efecto directo «vertical» de las Directivas Comunitarias, es decir, en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares, no siendo aplicable el citado efecto directo de las Directivas en el plano «horizontal», es decir, en las relaciones entre particulares, alegándolo un particular frente a otro. Por su parte, debe destacarse que dentro de las relaciones entre los Estados miembros y los particulares (efecto directo vertical), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no admite que un Estado Miembro invoque las disposiciones de una Directiva no transpuesta en perjuicio de un particular (Sentencia Ratti, de 5 de abril de 1979).

En definitiva, y en el caso que nos ocupa, a partir de la fecha en que debió estar realizada la transposición, es decir, el 18 de abril de 2016, gozarán de efecto directo las disposiciones de las Directivas que cumplan los requisitos citados en el presente apartado.

Sin perjuicio de todo lo anterior, debe recordarse que, en todo caso, a partir de la fecha señalada del 18 de abril de 2016 deberá realizarse la interpretación del derecho nacional vigente de conformidad con las Directivas citadas. Así, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras, Sentencias Adeneler y otros, de 4 de julio de 2006; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004), tal interpretación deberá realizarse, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue.

3. Recomendaciones.

3.1 Recomendaciones por tipología de contrato sujeto a regulación armonizada.

Como es sabido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (de ahora en adelante, el «TRLCSPP») la calificación de un contrato como sujeto a regulación armonizada (de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 13 a 17) lleva aparejada la aplicación de un régimen jurídico particular. Es sobre este régimen jurídico propio de estos contratos donde debe operar el efecto directo de aquéllas disposiciones de la DN y de la DC que reúnan los requisitos para ello.

Concretamente la DN delimita de manera más amplia que la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios, el ámbito de los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada. La DC por su parte regula por primera vez los contratos de concesión de servicios, los cuales hasta ahora no estaban sujetos a regulación armonizada; e introduce respecto de los contratos de concesión de obras una regulación más completa que la establecida en la citada Directiva 2004/18/CE.

La nueva delimitación del ámbito de los contratos públicos sujetos a regulación armonizada fundamentalmente viene dada por: las definiciones que los artículos 2 DN y 5 DC hacen de los diferentes tipos de contratos; y por los umbrales que fijan los artículos 4 y 13 DN y 8 DC en su redacción dada por el Reglamento delegado (UE) 2015/2170, de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015 y por el Reglamento delegado (UE) 2015/2172, de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015, respectivamente.

Los cambios que presenta esta nueva delimitación de los contratos públicos sujetos a regulación armonizada respecto de la que establece el TRLCSPP son fundamentalmente los siguientes:

3.1.1 Contratos de obras:

a) Tipificación:

El efecto directo del artículo 2.1.6 y del anexo II DN implica que los órganos de contratación deberán entender sustituido el actual anexo I del TRLCSPP por el citado anexo II DN a partir del 18 de abril a efectos de identificar las prestaciones que pueden ser objeto de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada.

b) Umbral:

Se aplicará el umbral que establece el artículo 4 DN. Nótese que ello no supone cambios respecto del umbral que fijó en 5.225.000 euros el Reglamento (UE) 2015/2342 de la

Comisión, de 15 de diciembre de 2015, y al que se dio difusión interna mediante la publicación de la Orden HAP/2846/2015, de 29 de diciembre.

3.1.2 Contratos de servicios:

a) Tipificación:

Como consecuencia del efecto directo del artículo 2.9 de la DN a partir del 18 de abril podrán ser objeto de estos contratos cualesquiera servicios (y no solo los servicios de las categorías 1 a 16 del anexo II del TRLCSP como actualmente establece ésta en su artículo 16.1) distintos de aquéllos susceptibles de ser objeto de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, siempre y cuando no estén expresamente excluidos por la DN de su ámbito objetivo de aplicación en virtud de sus artículos 7 a 17.

Así, por ejemplo, en el caso de los servicios jurídicos, los mismos con carácter general estarán incluidos, a excepción de los que enumera el artículo 10.d) DN; o en el caso de los servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales, éstos también estarán incluidos, a excepción de los que relaciona el artículo 10.h) DN.

Las exclusiones que establece la DN divergen de lo excluido por el TRLCSP, además de en lo indicado en el párrafo anterior, fundamentalmente en lo siguiente:

- Los servicios de transporte de viajeros por ferrocarril ya no podrán ser objeto de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.i) DN. Asimismo quedan excluidos los servicios de transporte de viajeros en metro.
- La exclusión que hace el art. 13.2.a) del TRLCSP de determinados servicios de comunicación debe ampliarse por aplicación del artículo 10.b) DN.
- Los servicios de investigación y desarrollo podrán ser objeto de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada cuando no resultando de aplicación las exclusiones de los artículos 4.1.r) y 13.2.b) del TRLCSP, además se correspondan con alguno de los códigos CPV que lista el artículo 14 DN.

b) Umbral:

Debe reconocérsele efecto directo a la distinción que hace la DN en su artículo 4, letras b), c) y d), entre: por una parte los contratos públicos que tienen por objeto los denominados «servicios sociales y otros servicios específicos» que son los enumerados en su anexo XIV; y por otra parte aquéllos contratos que tienen por objeto los demás servicios susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada conforme a lo explicado en el apartado a) anterior.

Respecto de los contratos de servicios del anexo XIV DN el umbral es de 750.000 euros, de acuerdo con la letra d) del citado artículo 4 DN.

Respecto de los demás contratos de servicios el umbral es de 135.000 euros o 209.000 euros, según el caso, de acuerdo con las letras b) y c) del artículo 4 DN, respectivamente; coincidiendo así con los umbrales actuales vigentes por aplicación del Reglamento 2015/2342.

Nótese que la distinción entre contratos de servicios del anexo XIV DN y los demás contratos de servicios sujetos a regulación armonizada también es relevante a efectos de publicidad, como se verá en el apartado 3.2.1.

3.1.3 Contratos subvencionados:

a) Tipificación:

El efecto directo del artículo 13 y del anexo II de la DN afecta a la delimitación que el artículo 17.1.a) TRLCSP hace de los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada. Así la remisión que este último hace a «las actividades de ingeniería civil» debe entenderse hecha a aquéllas actividades que bajo esta denominación figuran en el anexo II DN.

b) Umbral:

Como consecuencia del efecto directo del artículo 13 (en su redacción modificada por el Reglamento 2015/2170), el umbral para los contratos de obras subvencionados será de

5.225.000 euros o para los contratos de servicios subvencionados será de 209.000 euros; coincidiendo así con los actualmente vigentes por aplicación del Reglamento 2015/2342.

3.1.4 Contratos de suministro:

Por efecto directo del artículo 4 apartados b) y c), los umbrales serán 135.000 euros o 209.000 euros, según el caso; coincidiendo así con los umbrales actualmente vigentes por aplicación del Reglamento 2015/2342.

3.1.5 Contratos de concesión:

Los contratos de concesión tal y como los define la DC en su artículo 5.1 pueden ser de dos tipos: contratos de concesión de obras y contratos de concesión de servicios, los cuales hasta que haya una norma interna de transposición se considerarán equivalentes, respectivamente, a los contratos que internamente denominaremos contratos de concesión de obras públicas sujetos a regulación armonizada y a los contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada. Estos últimos no existen como tales en el TRLCSP pero, como se explicará, como consecuencia del efecto directo de la DC sobre el régimen jurídico que establece el TRLCSP para los contratos de gestión de servicios públicos, estos también podrán tener la consideración de sujetos a regulación armonizada.

Tanto los contratos de concesión de obras públicas como los contratos de gestión de servicios públicos podrán caracterizarse como «sujetos a regulación armonizada», cuando: (i) superen el umbral de aplicación que establece la DC [ver apartado 3.1.5.1. letra b)], y (ii) puedan tipificarse como tales con arreglo a la DC [ver apartados 3.1.5.1, letra c); 3.1.5.2, letra a) y 3.1.5.3, letra a)] y, además, (iii) no estén excluidos expresamente por la DC de su ámbito objetivo de aplicación [ver apartados 3.1.5.2, letra b) y 3.1.5.3, letra b)].

La calificación de un contrato de concesión de obra pública o de gestión de servicios públicos como sujeto a regulación armonizada por cumplir las tres condiciones que se han enumerado en el párrafo anterior conlleva la aplicación de un régimen jurídico particular, que sumariamente es el que establece el TRLCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada, con los cambios que introduce el efecto directo de determinados preceptos de la DC. El cambio es especialmente notable respecto de los contratos de gestión de servicios públicos que, como se dijo, por primera vez son objeto de regulación por parte de las directivas comunitarias.

3.1.5.1 Cuestiones comunes:

a) Cálculo del valor estimado:

La estimación del valor de los contratos concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada deberá realizarse siguiendo las normas de cálculo que establece el artículo 8 DC.

b) Umbral:

A los efectos del TRLCSP tendrán la consideración de contratos de concesión de obra pública o de contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada aquellos contratos de concesión que igualen o superen los 5.225.000 euros de valor estimado, por aplicación del artículo 8.1 DC; coincidiendo así con el actualmente vigente para los contratos de concesión de obras públicas por aplicación del Reglamento 2015/2342.

c) Transferencia del riesgo operacional:

Por aplicación del artículo 5.1 DC todos los contratos de concesión sujetos a regulación armonizada se caracterizarán a partir del 18 de abril por cumplir estrictamente todos los requisitos que establece este precepto. La mayor novedad respecto del TRLCSP viene dada por el requisito de que el contrato implique la transferencia del denominado por la DC «riesgo operacional» al concesionario en la explotación de las obras o de los servicios, abarcando: el «riesgo de demanda», o el «riesgo de suministro», o ambos. Por «riesgo de demanda» debemos entender aquél que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato; y por «riesgo de de suministro» o de oferta debemos entender aquél relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda [considerando (20) DC].

De acuerdo con el segundo párrafo de la letra b) del artículo 5.1 DC deberá considerarse que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que haya incurrido para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario deberá suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable.

Por último señalar que de acuerdo con el citado considerando (20) DC a efectos de la evaluación del riesgo operacional podrá tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario [para más desarrollo ver los considerandos (11) y (17) a (20) de la DC].

Cuando no concurra el requisito de la transferencia del «riesgo operacional» a los efectos de las directivas comunitarias no estaremos ante un contrato de concesión de obras o de concesión servicios sujeto a la DC, sino ante un contrato de obras o de servicios sujeto a la DN, respectivamente. Ello necesariamente condiciona el régimen jurídico aplicable por el órgano de contratación a ese contrato que deberá ser el de los contratos de obras o de servicios sujetos a regulación armonizada, según se explica abajo en el apartado 3.1.5.2.a) y 3.1.5.3.a).

3.1.5.2 Contratos de gestión de servicios públicos:

a) Tipificación:

Los contratos de gestión de servicios públicos merecerán la consideración de sujetos a regulación armonizada únicamente cuando cumplan, entre otros, los requisitos que establece el artículo 5.1.b) DC. El efecto directo de este y otros artículos de la DC se proyecta sobre el TRLCSP con dos consecuencias prácticas, a saber:

- Dado que el TRLCSP no establece régimen jurídico alguno para los contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada (puesto que no contempla esta categoría), se plantea el problema de determinar el mismo.

En este sentido esta Junta Consultiva entiende que el órgano de contratación deberá aplicar a estos contratos: (i) en primer lugar y preferentemente todas aquéllas disposiciones que establece la DC y que reúnen los requisitos para tener efecto directo; (ii) en segundo lugar se les aplicarán las normas que el TRLCSP genéricamente establezca para los contratos sujetos a regulación armonizada; (iii) y por último se aplicarán las normas del TRLCSP correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos.

- En segundo lugar, la necesaria concurrencia de la transferencia del denominado «riesgo operacional», que trasciende al tradicional derecho a la explotación del servicio como contraprestación a favor del contratista, implica que determinados contratos que a los efectos del TRLCSP son susceptibles de ser calificados como contratos de gestión de servicios públicos, sin embargo no puedan ser calificados como contratos de concesión de servicios conforme a la DC, y en consecuencia como «contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada».

Esta posible doble calificación jurídica por parte de un órgano de contratación de un contrato como contrato de gestión de servicios públicos (con arreglo al TRLCSP) y como contrato de servicios (con arreglo a las directivas comunitarias) plantea nuevamente el problema de determinar su régimen jurídico.

En este sentido esta Junta Consultiva considera que a partir del 18 de abril cuando en un contrato que tenga por objeto prestaciones de hacer no se dé una «transferencia del riesgo operacional» en el sentido del artículo 5.1 DC, el mismo deberá regirse (siempre y cuando merezca la consideración de «contrato de servicios sujeto a regulación armonizada» con arreglo a lo indicado en el apartado 3.1.2): (i) con arreglo a las normas con efecto directo que la DN establece para los contratos de servicios; (ii) en segundo lugar con arreglo a las normas que el TRLCSP establece para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada; y (iii) por último se aplicarán las normas del TRLCSP correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos.

Por último, a título aclaratorio conviene indicar que a los contratos de gestión de servicios públicos que no merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada (de acuerdo con el apartado 3.1.5) y que, sin embargo, sí puedan tipificarse como tales contratos de conformidad con el TRLCSP, se les seguirán aplicando las normas de esta Ley correspondientes a los contratos de gestión de servicios públicos.

b) Objeto:

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

Adicionalmente los servicios de investigación y desarrollo podrán ser objeto de un contrato de gestión de servicios públicos sujeto a regulación armonizada en los términos que señala el artículo 25 DC.

3.1.5.3 Contratos de concesión de obras públicas:

a) Tipificación:

Los contratos de concesión de obra pública tendrán la consideración de sujetos a regulación armonizada únicamente cuando cumplan, entre otros, los requisitos que indica el artículo 5.1.a) DC, el cual introduce dos novedades respecto de la definición de contrato de concesión de obra pública que hace el artículo 7 del TRLCSP: por una parte exige que se dé la ya explicada transferencia del «riesgo operacional», y por otra del mismo resulta la obligada sustitución del anexo I del TRLCSP por el anexo I DC [como se explica en el apartado b) siguiente].

Si nos centramos en la primera novedad, que es la que más problemas de doble calificación jurídica del contrato puede dar en la práctica, debemos dar la siguiente pauta. Cuando un órgano de contratación califique un contrato como de concesión de obra pública de conformidad con el artículo 7 del TRLCSP, y sin embargo en el mismo no se dé una transferencia del «riesgo operacional» en el sentido del artículo 5.1.b), segundo párrafo DC, el régimen jurídico que deberá aplicarse es el siguiente: (i) se aplicarán las normas con efecto directo que la DN establece para los contratos de obras (siempre y cuando el contrato en efecto sea un contrato de obras sujeto a regulación armonizada con arreglo a lo explicado en el apartado 3.1.1); (ii) en segundo lugar se aplicarán las normas que el TRLCSP establece para los contratos de obras sujetos a regulación armonizada; y (iii) por último se aplicarán las normas que establece el TRLCSP para los contratos de concesión de obra pública.

Por último, a título aclaratorio conviene indicar que a los contratos de concesión de obras públicas que no merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada (de acuerdo con el apartado 3.1.5) y que, sin embargo, sí puedan tipificarse como tales contratos de conformidad con el TRLCSP, se les seguirán aplicando las normas de esta Ley correspondientes a los contratos de concesión de obras públicas.

b) Objeto:

El artículo 5.7 DC se remite al anexo I de la misma norma. Por ello a los efectos de delimitar las prestaciones que pueden ser objeto de un contrato de concesión de obras públicas sujeto a regulación armonizada el órgano de contratación deberá aplicar el anexo I DC en lugar del anexo I TRLCSP como consecuencia del efecto directo del primero (dado que entre los dos anexos hay pequeñas diferencias).

3.1.6 Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado:

Como es tradicional las directivas comunitarias no regulan los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, sin embargo desde el momento en que sí regulan

la contratación mixta y también afectan al régimen jurídico que establece el TRLCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada (de obras, suministros, servicios, concesión de obra pública y gestión de servicios públicos), resulta relevante aclarar cómo deberá determinarse a partir del 18 de abril el régimen jurídico aplicable a los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando los mismos tengan por objeto una o varias de las prestaciones propias de los contratos sujetos a regulación armonizada (de obras, suministros, servicios, concesión de obra pública o gestión de servicios públicos).

Los artículos 136.a) y 313 del TRLCSP al establecer la regla de que el régimen jurídico aplicable al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado vendrá determinado por la naturaleza de la prestación principal de aquél, sin duda están caracterizando a este tipo de contrato como un contrato mixto. Como tal contrato mixto a partir del 18 de abril le resultarán de aplicación las normas de las directivas comunitarias en materia de contratos mixtos. Los órganos de contratación por tanto deberán determinar el régimen jurídico de aplicación a los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado de la siguiente manera:

- De conformidad con los artículos 3 DN y 20 DC relativos a los contratos mixtos, cuando se trate de materias que son reguladas por normas de estas directivas con efecto directo.
- Respecto de las demás materias, esto es, aquellas que no regulan las directivas comunitarias o aquéllas que éstas regulan en disposiciones que no tienen efecto directo, continuará siendo de aplicación el criterio de la prestación principal que sientan los artículos 136.a) y 313 ya citados, dado que respecto de estas materias habrá que seguir aplicando las normas del TRLCSP.

Las normas que en materia de contratación mixta establecen las nuevas directivas comunitarias resumidamente son:

a) Como consecuencia del efecto directo del artículo 3.2 DN, cuando un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado tenga por objeto prestaciones propias de un contrato de obras y/o de suministros y/o de servicios sujetos a regulación armonizada, se adjudicará el primero conforme al régimen jurídico aplicable al tipo de contratación que caracterice al objeto principal del contrato.

En el caso de los contratos mixtos que comprendan en parte los servicios del anexo XIV DN, y en parte otros servicios sujetos a regulación armonizada; o en el caso de los contratos mixtos compuestos en parte por servicios sujetos a regulación armonizada y en parte por suministros también sujetos a regulación armonizada, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros.

b) Como consecuencia del efecto directo del artículo 3.4 último párrafo DN y 20.4 DC, cuando un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado tenga por objeto prestaciones propias de contratos sujetos a regulación armonizada de suministro y/o obras y/ servicios, por una parte, y por otra de contratos sujetos a regulación armonizada de concesión de obras y/o de gestión de servicios públicos, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se adjudicará de conformidad con las normas de la DN (para contratos de obras, suministros o servicios), siempre que el valor estimado de la prestación propia de un contrato de obras, suministros o servicios sujetos a regulación armonizada sea igual o mayor al umbral correspondiente a ese tipo de contrato.

c) Por efecto directo del artículo 20.1 primer párrafo DC, cuando un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado tenga por objeto al mismo tiempo prestaciones propias de un contrato de concesión de obra pública sujeto a regulación armonizada y de un contrato de gestión de servicios públicos sujeto a regulación armonizada, el mismo se adjudicará con arreglo al régimen jurídico aplicables al objeto principal del contrato.

d) Por efecto directo del artículo 20.1 segundo párrafo DC, cuando un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado tenga por objeto prestaciones propias de un contrato de gestión de servicios sujeto a regulación armonizada del anexo IV DC y, al mismo tiempo, también otros servicios sujetos a regulación armonizada distintos de estos, el mismo se adjudicará con arreglo al objeto principal del contrato, el cual se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios sea el más alto.

3.2 Recomendaciones aplicables a todos los contratos sujetos a regulación armonizada.

3.2.1 Publicidad.

3.2.1.1 Publicidad en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

A partir del 18 de abril y como consecuencia del efecto directo de todas las disposiciones que con carácter incondicional (esto es, a excepción de aquéllas que las directivas consideran de transposición facultativa para los Estados Miembros) establecen la DN y la DC en materia de publicidad y de la aplicación directa del Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1986, de 11 de noviembre, por el que se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 842/2011, los anuncios A, B, C, D, E, F, G y H que se indican a continuación deberán ser objeto de envío por medios electrónicos a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea cuando se refieran a contratos sujetos a regulación armonizada (de acuerdo con lo indicado en el apartado 3.1 de esta Recomendación) según se indica a continuación.

3.2.1.1.1 Listado de anuncios:

A continuación se listan los anuncios que establecen la DN y la DC para garantizar la plena eficacia del principio de publicidad en la contratación pública sujeta a las directivas comunitarias. Por lo general coinciden con los que establece el TRLCSP (aunque la denominación puede variar), a excepción del anuncio de la publicación de un anuncio de información previa en un perfil de comprador (anuncio B) y del anuncio relativo a las modificaciones contractuales que no habiendo sido previstas en los pliegos iniciales realice el órgano de contratación durante la ejecución de éste (anuncio F); sendos anuncios se crean *ex novo*.

A. Anuncio de información previa:

Ámbito: En contratos de obras, suministro y servicios sujetos a regulación armonizada.

Encaje en el TRLCSP: Artículo 141.

Régimen jurídico: Se aplicará el artículo 48.1 DN.

Información que debe contener: La indicada en el anexo VBI DN.

Formulario normalizado: N.º 1 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

Lugar de publicación: Únicamente en este anuncio se le permite al órgano de contratación optar entre publicar en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en su perfil de contratante. En este último caso el órgano de contratación deberá enviar un anuncio de dicha publicación (ver apartado B siguiente) a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

B. Anuncio de la publicación de un anuncio de información previa en un perfil de comprador:

Ámbito: En contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada.

Encaje en el TRLCSP: Artículo 141.2.

Régimen jurídico: Se aplicará el artículo 48.1 DN.

Información que debe contener: La indicada en el anexo VA DN.

Formulario normalizado: N.º 8 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

C. Anuncio de convocatoria de licitación:

Encaje en el TRLCSP: Artículo 142.1, segundo párrafo.

C.1 En contratos de obras, suministros y servicios (distintos de los referidos en el apartado C.2) sujetos a regulación armonizada:

Régimen jurídico: Se aplicará el artículo 49 DN.

Información que debe contener: La indicada en el anexo VC DN.

Formulario normalizado: N.º 2 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

C.2 En contratos de servicios que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos sujetos a regulación armonizada del anexo XIV de la DN:

Régimen jurídico: Se aplicará el artículo 75.1.a) DN.

Información que debe contener: La indicada en el anexo VH DN.

Formulario normalizado: N.º 21 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

C.3 En contratos de concesión de obras públicas o de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada (distintos de los referidos en el apartado C.4 siguiente):

Régimen jurídico: Se aplicará el artículo 31, apartados 1 y 2 DC.

Información que debe contener: La indicada en el anexo V DC.

Formulario normalizado: N.º 24 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

C.4 En contratos de gestión de servicios públicos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos sujetos a regulación armonizada del anexo IV de la DC:

Régimen jurídico: Se aplicarán los artículos 19 y 31.3 DC.

Información que debe contener: La indicada en el anexo VI DC.

Formulario normalizado: N.º 23 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

D. Anuncio de formalización:

Encaje en el TRLCSP: Artículo 154.

D.1 En contratos de obras, suministros y servicios (distintos de los referidos en el apartado D.2) sujetos a regulación armonizada:

Régimen jurídico: Se aplicarán los artículos 50.1, 50.2 segundo párrafo y 50.3 DN (sobre el plazo de publicación ver apartado 3.2.1.1.2. a) abajo).

Información que debe contener: La indicada en el anexo VD.

Formulario normalizado: N.º 3 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

D.2 En contratos de servicios que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos del anexo XIV de la DN sujetos a regulación armonizada:

Régimen jurídico: Se aplicará el artículo 75.2 primer inciso DN.

Información que debe contener: La indicada en el anexo VJ DN.

Formulario normalizado: N.º 21 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

D.3 En contratos de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada (distintos de los referidos en el apartado D.4 siguiente):

Régimen jurídico: Se aplicará el artículo 32, apartado primero, primer inciso y apartado segundo, DC.

Información que debe contener: La indicada en el anexo VII DC.

Formulario normalizado: N.º 25 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

D.4 En contratos de gestión de servicios públicos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos del anexo IV de la DC:

Régimen jurídico: Se aplicarán los artículos 19 y 32 apartado primero, primer inciso y apartado segundo DC.

Información que debe contener: La indicada en el anexo VIII DC.

Formulario normalizado: N.º 23 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

E. Anuncios en concursos de proyectos:

Encaje en el TRLCSP: Artículo 187.

E.1 Anuncio de licitación del concurso de proyectos:

Ámbito: En contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

Régimen jurídico: Se aplicará el artículo 79, apartados primero y tercero primer párrafo DN.

Información que debe contener: La indicada en el anexo VE.

Formulario normalizado: N.º 12 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

E.2 Anuncio de resultado de un concurso de proyectos:

Ámbito: En contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

Régimen jurídico: Se aplicará el artículo 79, apartados segundo y tercero primer párrafo DN.

Información que debe contener: La indicada en el anexo VF DN.

Formulario normalizado: N.º 13 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

F. Anuncio de modificación no prevista en los pliegos iniciales de un contrato sujeto a regulación armonizada durante su ejecución:

Ámbito: En contratos de obras, suministros, servicios no incluidos en el anexo XIV DN, concesión de obras públicas y gestión de servicios públicos no incluidos en el anexo IV DC, cuando estén sujetos a regulación armonizada.

Régimen jurídico: Se aplicarán los artículos 72.1, último párrafo y 75 «a sensu contrario» DN (para los contratos de obras, suministros y servicios) y los artículos 19 «a sensu contrario» y 43.1, último párrafo DC (para los contratos de concesión de obras públicas y gestión de servicios públicos).

Información que debe contener: La indicada en el anexo VG DN (para los contratos de obras, suministros y servicios) y anexo XI DC (para los contratos de concesión de obras públicas o de gestión de servicios públicos).

Formulario normalizado: N.º 20 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

G. Anuncio relativo a modificaciones e información adicional:

Ámbito: En contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras públicas y gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada.

Formulario normalizado: N.º 14 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

H. Anuncio de transparencia previa voluntaria en relación con contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras públicas y gestión de servicios públicos cuando estén sujetos a regulación armonizada:

Encaje en el TRLCSP: Artículo 37.2.b).

Régimen jurídico: Respecto de los contratos de concesión de obras públicas y de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada, 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 (que fue ampliamente modificada, recordemos, por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre), en su redacción dada por el artículo 46 de la DC.

Formulario normalizado: N.º 15 del Reglamento n.º 2015/1986, de 11 de noviembre.

3.2.1.1.2 Publicación:

a) Plazo para la publicación del anuncio de formalización:

1.º Contratos:

Por efecto directo de los artículos 50.1 y 75.2, primer inciso DN y 32.1, primer inciso DC el plazo para publicar el anuncio de formalización a que se refiere el artículo 154 del TRLCSP será el siguiente:

- Un plazo máximo de 30 días a contar desde la formalización, para el anuncio de formalización de contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada (anuncios D.1 y D.2).

- Por un plazo máximo de 48 días a contar desde la formalización, para los anuncios de formalización de contratos de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada (anuncios D.3 y D.4).

2.º Sistemas dinámicos de contratación:

Como consecuencia del efecto directo del artículo 50.3 DN, el plazo para publicar el anuncio de formalización en el «Diario Oficial de la Unión Europea» a que se refiere el artículo 202.5 del TRLCSP (48 días ahora) será de un máximo de 30 días a contar desde la adjudicación de cada contrato basado en un sistema dinámico de contratación; y si se optara

por la posibilidad (que ofrecen tanto el TRLCSP como la DN) de agrupar trimestralmente estos anuncios, el plazo también será de 30 días (48 días en el TRLCSP) contados a partir de la terminación del trimestre.

b) Normas de publicidad:

Por aplicación de los artículos 51.2, primer inciso, 72.1 segundo párrafo, 79.3 primer párrafo y anexo VIII apartado 1 DN y del artículo 33.2 primer inciso, 43.1 segundo párrafo y anexo IX DC, los órganos de contratación elaborarán y enviarán por medios electrónicos los anuncios (a que se refiere el apartado 3.2.1.1.1. anterior) a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea para su publicación por ésta en el «Diario Oficial de la Unión Europea» en un plazo máximo de cinco días desde su envío.

Los anuncios contendrán en todo caso la información que se especifica en su anexo correspondiente y se ajustarán a los formularios normalizados, según lo han indicado en el apartado 3.2.1.1.1 anterior.

3.2.1.2 Publicidad nacional.

Por efecto directo de los artículos 52, apartados 1 y 75.4 DN y 33.4 DC los anuncios A, C, D y E y la información que éstos contienen no se publicará a nivel nacional antes de que se publique el anuncio correspondiente en el «Diario Oficial de la Unión Europea». No obstante, cuando los órganos de contratación no hubieran recibido la notificación de la publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» a las 48 horas de la confirmación de la recepción del anuncio por parte de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, en ese caso éstos podrán proceder a publicar a nivel nacional el anuncio correspondiente.

Por otra parte, en lo que respecta a la aplicación del actual artículo 141.2 segundo párrafo del TRLCSP, por aplicación del artículo 52.3 DN el anuncio de información previa (anuncio A) no se publicará en el perfil de comprador antes de que se envíe a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea el anuncio de su publicación en la citada forma (anuncio B), e indicará éste la fecha de dicho envío.

3.2.2 Plazos mínimos de presentación de las solicitudes de participación y de las ofertas y obligación de prorrogar los plazos de presentación:

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

Como regla general a partir del 18 de abril continuarán aplicándose los plazos mínimos de recepción de las solicitudes de participación y de las ofertas y la posibilidad de reducir los mismos que establece el TRLCSP (artículos 112.2.b), 159.1, 164.1, 167.1, 177.3, y 181.2) por ser más amplios que los indicados por la DN (artículos 27, 28, 29 y 30), a excepción de los siguientes:

1.º Dado que el TRLCSP no establece un plazo mínimo de presentación de ofertas para el procedimiento negociado con publicidad y la DN sí lo hace, a partir del 18 de abril los órganos de contratación deberán aplicar el artículo 29.1, cuarto párrafo DN, por lo que habrá un plazo mínimo de presentación de ofertas iniciales de 30 días a contar desde la fecha de envío de la invitación. Asimismo resultará de aplicación el régimen de reducción de este plazo que establece el artículo 28, apartados 3, 5 y 6, letra a) (aplicable por remisión del artículo 29.1 DN), siendo los tres supuestos en que cabrá ésta los siguientes:

- Cuando el órgano de contratación hubiera publicado un anuncio de información previa, el plazo mínimo de presentación de ofertas será de 10 días siempre y cuando: (i) en el anuncio de información previa se hubiera incluido toda la información exigida en el anexo VBI, en la medida en que dicha información estuviera disponible en el momento de publicarse el citado anuncio y, además, (ii) el mismo hubiera sido enviado para su publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea» entre 35 días y 12 meses antes de la fecha de envío del anuncio de convocatoria de licitación.

- Cuando el órgano de contratación acepte que las ofertas puedan presentarse por medios electrónicos de conformidad con lo establecido en el artículo 22, apartados 1, 5 y 6 DN, el plazo mínimo de 30 días podrá reducirse en 5 días.

- Cuando el plazo mínimo de 30 días sea impracticable como consecuencia de una situación de urgencia debidamente justificada, el órgano de contratación podrá fijar otro siempre y cuando éste no sea inferior a 10 días contados a partir de la fecha de envío de la invitación.

2.º En el caso de los procedimientos restringidos y de los procedimientos negociados con publicidad no podrá aplicarse la reducción del plazo de presentación de solicitudes de participación de hasta 10 días por envío del anuncio de convocatoria de licitación por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que establece el artículo 112.2.b), segundo párrafo del TRLCSP. Ello es debido a que de conformidad con los artículos 28.6.a) y 29.1, cuarto párrafo, último inciso DN, la reducción que se haga por una situación de urgencia debidamente justificada no podrá resultar en un plazo para la presentación de solicitudes de participación inferior a 15 días contados a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación. Ante esta diferencia entre el TRLCSP (10 días) y la DN (15 días) debe aplicarse el plazo mínimo más amplio, esto es, el establecido en la DN.

b) Plazos mínimos en procedimientos de licitación de contratos de gestión de servicios y de concesión de obra pública sujetos a regulación armonizada:

En los procedimientos de licitación de contratos de concesión de obras públicas y de contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada se aplicarán los siguientes plazos mínimos:

1.º En el caso de los procedimientos restringidos relativos a contratos de concesión de obra pública sujetos a regulación armonizada se aplicará el artículo 164.1, primer párrafo del TRLCSP que establece un plazo de recepción de solicitudes de participación de 52 días. Dado que a partir del 18 de abril todos los anuncios se enviarán al «Diario Oficial de la Unión Europea» por medios electrónicos [ver apartado 3.2.1.1.2.b)], siempre podrá ser aplicable la reducción de 7 días que establece el artículo 164.1 último inciso del TRLCSP. Cabe concluir por tanto que el plazo mínimo de recepción de solicitudes de participación en esos procedimientos será de 45 días por aplicación del artículo 164.1, primer párrafo del TRLCSP.

2.º En los restantes procedimientos de licitación de contratos de concesión de obras públicas sujetos a regulación armonizada (abierto, negociado con publicidad y diálogo competitivo), y también en todos los procedimientos de licitación de contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada (abierto, restringido, negociado con publicidad y diálogo competitivo) resultarán de aplicación los plazos que establece la DC en su artículo 39, apartados 3 y 4 que cabe resumir así:

- Un plazo mínimo de presentación de solicitudes de participación de 30 días a contar desde la fecha de envío del anuncio de convocatoria de licitación.

- Un plazo mínimo de presentación de ofertas de 30 días a contar desde la fecha de envío del anuncio de convocatoria de licitación. Cuando se trate de procedimientos de licitación que se sustancien en varias etapas sucesivas, como por ejemplo aquéllos procedimientos negociados con publicidad que se acojan a lo dispuesto en el artículo 178.2 del TRLCSP, el plazo mínimo para la recepción de las ofertas iniciales será de 22 días a contar desde la fecha en que se envió la convocatoria de ofertas.

Por último hay que señalar que de acuerdo con el apartado 5 del artículo 39 DC los plazos mínimos de presentación de ofertas podrán reducirse en 5 días cuando el órgano de contratación acepte que su presentación se realice por vía electrónica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 DC.

c) Prórroga del plazo de presentación de ofertas en procedimientos de licitación de contratos de obras, de suministros o de servicios sujetos a regulación armonizada:

A partir del 18 de abril deberá reconocérsele efecto directo al artículo 47.3 DN que impone a los órganos de contratación la prórroga del plazo de presentación de ofertas en los casos y con las condiciones que en él se establecen.

Nótese que el segundo de los casos que contempla el citado artículo 47.3 DN amplía lo previsto en el artículo 158 apartado tercero del TRLCSP, de manera que los plazos también se prorrogarán cuando se hubieren introducido modificaciones significativas en los pliegos.

Según dispone el artículo 47.3 DN la duración de la prórroga deberá ser proporcional a la importancia de la modificación de los pliegos o de la información adicional solicitada por el licitador y no facilitada por el órgano de contratación.

Por último hay que destacar que los órganos de contratación no tendrán la obligación de prorrogar cuando la información adicional no se hubiere solicitado por el licitador con antelación suficiente o si ésta tiene una importancia «desdeñable» a efectos de la preparación de ofertas adecuadas.

3.2.3 Procedimiento negociado.

A partir del próximo 18 de abril el procedimiento negociado solo podrá utilizarse para adjudicar contratos sujetos a regulación armonizada en aquéllos supuestos que estén recogidos en los artículos 170 a 174 del TRLCSP y que además figuren:

- En los artículos 26.4 o 32 DN, cuando se trate de contratos de obras, suministros y servicios.
- En los artículos 31, apartados 4 y 5 DC, cuando se trate de contratos de concesión de obra pública o de contratos de gestión de servicio público.

Así, cuando un supuesto concreto esté recogido en el TRLCSP y no lo esté en la DN, los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada no podrán ser adjudicados mediante un procedimiento negociado amparándose el órgano de contratación en ese supuesto. De igual manera cuando un supuesto esté recogido en el TRLCSP y no lo esté en la DC, los contratos de concesión de obras públicas y los contratos de gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada no podrán adjudicarse siguiéndose un procedimiento negociado por aplicación de ese supuesto en particular. Así, a modo ejemplificativo, este planteamiento trasladado al TRLCSP supone:

- Que los órganos de contratación ya no podrán ampararse en el artículo 170. b) del TRLCSP (relativo a los contratos en los que no pueda determinarse el precio global) para utilizar el procedimiento negociado en relación con contratos sujetos a regulación armonizada.
- Y que el supuesto recogido en el artículo 170.e) del TRLCSP (relativo a casos de imperiosa urgencia) no podrá utilizarse para los contratos de concesión de obra y de gestión de servicio público cuando estén sujetos a regulación armonizada.

Como aclaración debe indicarse que con carácter general los supuestos de utilización del procedimiento negociado por razón de la cuantía a que se refieren los artículos 171.d), 173.f), 174.e) y 175 del TRLCSP continúan siendo de aplicación por referirse necesariamente a la adjudicación de contratos con un valor estimado inferior a los umbrales que se han indicado en el apartado 3.1 de esta Recomendación. No obstante lo anterior, el contrato de gestión de servicios públicos se podrá seguir adjudicando por el procedimiento negociado sin publicidad cuando, además de darse el supuesto previsto en el art. 172, b) del TRLCSP (gastos de primer establecimiento inferiores a 500.000 euros y plazo de duración inferior a 5 años), su valor estimado sea inferior a 5.225.000 €.

Por último procede recordar que los restantes supuestos que establecen los artículos 170 a 174 del TRLCSP deberán ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26.4 y 32 DN cuando se pretenda licitar un contrato que esté sujeto a regulación armonizada de obra, de suministro o de servicios, o de conformidad con los apartados 4 y 5 del artículo 31 DC cuando se pretenda licitar un contrato que esté sujeto a regulación armonizada de concesión de obra pública o un contrato de gestión de servicio público. Así por ejemplo, los órganos de contratación podrán utilizar el procedimiento negociado para la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada amparándose en el supuesto que contempla el artículo 174.a) TRLCSP siempre y cuando concurren las circunstancias que establece el artículo 26.4.iii) DN.

3.2.4 Disponibilidad electrónica de los pliegos.

Si bien actualmente el TRLCSP no establece la obligación de que los órganos de contratación den acceso a los pliegos por medios electrónicos, si lo hace la disposición adicional segunda del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia

contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Concretamente esta norma recoge la obligación de los órganos de contratación del sector público estatal de publicar los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los pliegos de prescripciones técnicas que hayan de regir la adjudicación de los contratos a que se refiere el artículo 40.1 del TRLCSP en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Pues bien, con carácter general a partir del 18 de abril todos los órganos de contratación deberán dar este acceso a los pliegos correspondientes a la licitación de contratos de obras, suministro, servicios, concesión de obra pública y gestión de servicios públicos sujetos a regulación armonizada a través de su Perfil de contratante en los términos que indican en los artículos 53.1 DN y 34 apartados 1 y 2 DC, como consecuencia del efecto directo que desplegarán estos preceptos.

3.2.5 Nulidad del contrato y recurso administrativo especial.

Debe reconocérsele efecto directo al artículo 46 DC, el cual modifica 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. La obligada aplicación de esta modificación supone, entre otros, los siguientes cambios respecto de lo establecido en el TRLCSP:

a) Como consecuencia de la nueva delimitación de los contratos sujetos a regulación armonizada (según se ha explicado en el apartado 3.1 de esta Recomendación), se amplía el ámbito objetivo de aplicación del artículo 37 del TRLCSP y, por ende también, del anuncio de transparencia previa voluntaria (anuncio H).

b) Por el mismo motivo queda ampliado el ámbito de actuación del recurso administrativo especial en materia de contratación del artículo 40 del TRLCSP a todos los contratos que merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada con arreglo a lo explicado en el apartado 3.1 anterior.

Especialmente notable es el cambio que afecta a los contratos de gestión de servicios públicos si lo comparamos con lo dispuesto en el artículo 40.1.c) del TRLCSP. Así, el ámbito del recurso administrativo especial en materia de contratación se amplía a partir del 18 de abril a todos los contratos de gestión de servicios públicos que estén sujetos a regulación armonizada.

c) Por idéntico motivo el ámbito de aplicación del plazo obligatorio de espera de 15 días entre la formalización y la adjudicación del artículo 156.3 del TRLCSP se ve ampliado a todos los contratos que merezcan la consideración de sujetos a regulación armonizada con arreglo a lo explicado en el apartado 3.1 anterior.

3.2.6 Sistemas dinámicos de contratación.

La contratación en el marco de sistemas dinámicos de contratación a partir del 18 de abril del presente año deberá realizarse de conformidad con las normas del procedimiento restringido, en las condiciones y plazos establecidos en el artículo 34 de la DN.

4. Efectos de esta Recomendación.

La presente Recomendación resultará aplicable a partir del 18 de abril de 2016, debiendo tenerse en cuenta las reglas establecidas en la disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y quedará sin efecto el día en que entre en vigor la normativa que realice la completa transposición al ordenamiento jurídico interno de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014.

Madrid, 15 de marzo de 2016.

Este texto consolidado no tiene valor jurídico.
Más información en info@boe.es