

ESTUDIOS

EL IMPACTO DE LA CRISIS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

ESPAÑA, ITALIA Y FRANCIA

FRANCISCO L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ
DIRECTOR

GIOVANNI MARIA CARUSO
ANTOÏNE CLAEYS
BENOÎT DELAUNAY
ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL
FRANCISCO L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ
ÁNGEL LOBO RODRIGO
JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ

MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO
DANILO PAPPANO
LUIS FERNANDO PRIETO GONZÁLEZ
JOSÉ SUAY RINCÓN
FERNANDO VELÁZQUEZ CURBELO
FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS



THOMSON REUTERS
ARANZADI

Índice general

	<u>Página</u>
Introducción: La problemática de la contratación pública de la crisis FRANCISCO L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ	21
 PRIMERA PARTE LA PROBLEMÁTICA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA 	
CAPÍTULO PRIMERO	
LA INTEGRIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ¿UN PRINCIPIO CON SUSTANTIVIDAD PROPIA?	31
ANDRÉS M. GONZÁLEZ SANFIEL	
I. Introducción	31
II. El precedente: los principios OCDE	33
III. Síntesis de las patologías más frecuentes que comprometen la inte- gridad	35
1. <i>Patologías en la prelicitación</i>	39
2. <i>Patologías en la fase de licitación</i>	42
3. <i>Patologías postlicitación</i>	45
IV. La falta de sustantividad de la integridad como principio	46
V. Conclusiones	48
VI. Bibliografía	49
VII. Anexo I: Patologías derivadas del Informe sobre corrupción UE	51
VIII. Anexo II: Síntesis de patologías	53

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS CONTRATOS INTERNOS O CONTRATOS <i>IN HOUSE PROVIDING</i> . LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS PROPIOS POR LA ADMINISTRACIÓN PARA LA REALIZACIÓN DE SUS OBRAS, SERVICIOS Y SUMINISTROS	55
---	----

JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ

I. Introducción	55
II. El paradigma de los contratos internos es la ejecución por medios propios del poder adjudicador o entidad adjudicadora	59
III. Los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios	63
IV. La regulación en las nuevas Directivas	66
V. Contratos celebrados por dos o más poderes adjudicadores	71
VI. Bibliografía	72

CAPÍTULO TERCERO

LAS CLÁUSULAS SOCIALES Y AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA TRAS LA APROBACIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE	73
---	----

ÁNGEL LOBO RODRIGO

I. Introducción	73
II. La progresiva implantación de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública	75
1. <i>Primera etapa: ausencia de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública</i>	75
2. <i>Segunda etapa: primeros ejemplos de implantación de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública</i>	75
3. <i>La definitiva implantación de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública</i>	76
III. Las cláusulas sociales y ambientales. Concepto y clasificación	78
1. <i>Concepto</i>	78
2. <i>Clasificación</i>	79

	<u>Página</u>
IV. La implantación de las cláusulas sociales y ambientales en las distintas fases de la contratación administrativa tras la aprobación de la Directiva 2014/24/UE	80
1. Fase previa a la licitación	81
1.1. La definición del objeto del contrato	81
1.2. Determinación de las especificaciones técnicas	82
1.3. Las etiquetas sociales y ambientales	84
2. Fase de selección del contratista	86
3. Fase de adjudicación del contrato	92
4. Fase de ejecución del contrato	98
V. La transposición de la Directiva 2014/24/UE a nuestro ordenamiento jurídico: el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público ...	100
VI. Bibliografía	104

CAPÍTULO CUARTO

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA INNOVADORA: COMPRAS COMERCIALES Y COMPRAS PRECOMERCIALES	107
--	-----

MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO

I. Contratación pública e innovación	107
II. La compra pública innovadora	115
III. La contratación pública de tecnología innovadora: la demanda de obras, suministros y servicios que requieren una tarea previa de innovación	121
IV. La contratación pública precomercial	124
V. Contratación pública e innovación en las Directivas de 2014: la asociación para la innovación	136
VI. Bibliografía	141

CAPÍTULO QUINTO

DINAMIZAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA REDUCIR EL GASTO PÚBLICO E INCENTIVAR LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

145

FERNANDO VELÁZQUEZ CURBELO

I.	Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos	145
1.	<i>Antecedentes y evolución normativa</i>	145
2.	<i>La reforma de los procedimientos de adjudicación en la Ley de Contratos del Sector Público</i>	152
II.	Dinamización de la contratación pública. Utilización de medios informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación	162
1.	<i>Planteamiento general. Antecedentes normativos y dificultades para su implantación</i>	162
2.	<i>Utilización de medios telemáticos en los procedimientos ordinarios de adjudicación. Solución integral</i>	170
3.	<i>Racionalización técnica de la contratación. El sistema dinámico de contratación: ¿la panacea olvidada?</i>	184

CAPÍTULO SEXTO

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA ENCRUCIJADA: LA CRISIS COMO CAUSA DE REEQUILIBRIO ECONÓMICO

191

FRANCISCO L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

I.	Introducción: la intemporalidad de las modificaciones contractuales ...	192
1.	<i>¿Se pueden evitar las modificaciones de los contratos?</i>	192
2.	<i>¿Cómo afecta la crisis al cumplimiento de las condiciones contractuales?</i> ...	197
II.	La tozudez de los hechos: revisiones de precio, modificaciones por circunstancias imprevistas, obras complementarias y prórrogas	200
1.	<i>Incidencias en la contratación de obras de construcción del AVE Madrid-Barcelona</i>	200
2.	<i>El conflicto originado por los sobrecostes de las obras de ampliación del Canal de Panamá</i>	205
III.	Los términos del debate: riesgo y ventura, equilibrio económico y modificación de los contratos	208
IV.	El nuevo régimen jurídico de las modificaciones contractuales	216

	Página
1. <i>La reconducción de las modificaciones contractuales a supuestos tasados</i>	216
1.1. <i>La influencia de la tradición en la LCSP de 2007</i>	216
1.2. <i>La ruptura provocada por la Ley de Economía Sostenible de 2011</i>	219
2. <i>La regulación de las modificaciones contractuales en las nuevas Directivas de 2014</i>	224
2.1. <i>Modificaciones previstas en la documentación inicial</i>	226
2.2. <i>Modificaciones no contempladas de forma expresa</i>	226
V. La crisis como causa de la ruptura del equilibrio económico y de la modificación del contrato	231
1. <i>Efectos de la crisis sobre la ejecución de los contratos: derecho al reequilibrio económico y modificaciones a la baja</i>	231
1.1. <i>Diferentes interpretaciones en torno a la consideración de la crisis económica como causa de equilibrio económico del contrato</i>	232
A. <i>La posición favorable de los órganos consultivos</i>	232
B. <i>La interpretación contraria de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo</i>	234
C. <i>La interpretación favorable de la sala primera del Tribunal Supremo</i>	238
1.2. <i>La imposibilidad de aplicar técnicas de equilibrio financiero que no estén previstas en los pliegos o no tengan cobertura legal</i>	240
1.3. <i>La ductilidad de las reglas para modificar a la baja el importe del contrato con el fin de contener el gasto público</i> ...	243
2. <i>La aplicación de distintas soluciones legislativas ad hoc</i>	248
2.1. <i>La estabilidad presupuestaria como razón de interés general que permite modificar el contrato administrativo</i>	249
2.2. <i>La disminución extraordinaria de la demanda como causa de equilibrio económico</i>	250
VI. Consideraciones finales. Hacia una propuesta de lege ferenda	251
VII. Bibliografía	257

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA INSOLVENCIA DEL CONTRATISTA CON LA ADMINISTRACIÓN 263

LUIS FERNANDO PRIETO GONZÁLEZ

I.	Introducción. Los objetivos de la Unión Europea en los principios de la contratación pública	263
II.	La capacidad del contratista	265
	1. <i>Definición y alcance</i>	265
	2. <i>Las limitaciones a la capacidad contractual</i>	266
III.	La solvencia como requisito de capacidad	268
	1. <i>La solvencia económica como condición especial de capacidad</i>	268
	2. <i>La insolvencia como causa de prohibición para contratar</i>	269
IV.	La insolvencia sobrevenida del contratista	271
	1. <i>Concepto y tratamiento jurídico de la insolvencia</i>	271
	2. <i>Efectos jurídicos de la declaración de insolvencia</i>	273
V.	La insolvencia sobrevenida como causa de resolución	275
	1. <i>La resolución de los contratos administrativos</i>	275
	2. <i>La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista</i>	277
	3. <i>La declaración de concurso o de insolvencia en cualquier procedimiento</i> ...	279
	4. <i>La prohibición sobrevenida ¿causa de resolución?</i>	281
VI.	A modo de conclusión	283
VII.	Bibliografía	283

CAPÍTULO OCTAVO

LA RESILIENCIA DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO FRENTE A LAS NORMAS EUROPEAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ... 285

FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS

I.	La proyección de las libertades comunitarias sobre el contrato de gestión de servicio público	286
II.	El impacto de la normativa sobre contratación pública: la tensión con las potestades de organización y de modificación del servicio público	288
	1. <i>La subordinación de la potestad de ordenación</i>	288
	1.1. <i>La planificación territorial del servicio público</i>	288



1.2.	Las "medidas de orden administrativo" no son excepción a las normas sobre contratación pública	289
2.	<i>La contracción de la potestad de modificación por razón de interés público</i> ...	292
2.1.	La potestad de modificación del servicio público	292
2.2.	La práctica supresión de la potestad de modificación de los contratos públicos	294
III.	El impacto del "riesgo asumido" como distinción entre contrato y concesión: la desaparición del "contrato de gestión de servicio público"	296
1	<i>El criterio del "riesgo asumido" por el contratista</i>	296
2.	<i>La supresión del contrato administrativo de gestión de servicios públicos</i> ...	298
IV.	El impacto de la liberalización de servicios de interés general: la aparición del "contrato de servicio público"	299
1.	<i>Tipicidad del contrato de servicio público</i>	299
2.	<i>Caracteres comunes del contrato de servicio público</i>	301
V.	Balance: la necesidad de reequilibrio entre el interés público de la contratación y el que justifica el servicio público	303
VI.	Bibliografía	304

CAPÍTULO NOVENO

URBANISMO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: JURISPRUDENCIA NACIONAL Y EUROPEA	307
---	-----

JOSÉ SUAY RINCÓN

I.	Planteamiento de la cuestión: los términos de la controversia	307
II.	El primer acto de la trama: la posición inicial de la jurisprudencia europea	308
III.	Acto segundo: la recepción de su doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	310
IV.	Nudo: ¿cambio de rumbo en la jurisprudencia europea?	316
V.	Continuación: el mantenimiento por el Tribunal Supremo de su jurisprudencia	321
VI.	Y desenlace: coexistencia de ambas líneas. A la búsqueda de posibles puntos de encuentro	326
VII.	Epílogo: algunas consideraciones complementarias	331
VIII.	Nota bibliográfica	335

SEGUNDA PARTE
ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO
DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ITALIANO Y FRANCÉS

CAPÍTULO DÉCIMO

LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PÚBLICO: LOS INTERESES DEL MERCADO Y SU REPERCUSIÓN SOBRE EL GASTO PÚBLICO. PERFILES PROBLEMÁTICOS E INCOHERENCIA DEL ENFOQUE EUROPEO SOBRE CONTRATOS ENTRE ADMINISTRACIONES ADJUDICADORAS	339
--	-----

GIOVANNI MARIA CARUSO

I. Lógica del mercado y objetivos de contención del gasto público en los contratos entre administraciones públicas	340
II. La formalización de los modelos de cooperación entre administraciones públicas bajo la égida del mercado	344
1. ... y el problema de la participación en los concursos por parte de las administraciones adjudicadoras	351
III. Las repercusiones de las soluciones europeas sobre los perfiles de contención del gasto público	354
IV. Las incoherencias del enfoque mercadístico y la necesaria delimitación de la noción de autoproducción	358
V. La percepción fragmentada de la esfera pública y el énfasis sobre la personalidad jurídica	361
VI. El surgimiento de los perfiles unitarios de la esfera pública: de la mera subjetividad a la subjetividad pública	365
VII. La raíz organizativa del fenómeno y la superación de la lógica del mercado	374
VIII. Los márgenes de interferencia residuales de los intereses del mercado sobre el caso concreto	379
IX. La fragmentación de las categorías jurídicas de la esfera pública como matriz de soluciones contradictorias	386
X. Bibliografía	389

CAPÍTULO UNDÉCIMO

LA COMPRAS CENTRALIZADAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ENTRE EXIGENCIAS DE RACIONALIZACIÓN DEL GASTO Y MEDIDAS ANTICRISIS	397
---	-----

DANILO PAPPANO

I. Antecedentes	397
II. El cuadro normativo vigente	403
III. El denominado modelo Consip	408
IV. Las modalidades de financiación de Consip S.p.A. y de las otras centrales de pedido	413
V. La obligación de adhesión a los Convenios Consip y las demás formas de agregación de la demanda	414
VI. La obligación de recurrir al mercado electrónico de la administración pública (denominado "MEPA")	421
VII. Las centrales de compra territoriales (regionales y locales)	426
VIII. Conclusiones	433
IX. Bibliografía	435

CAPÍTULO DUODÉCIMO

EL IMPACTO DE LA CRISIS EN LA LEGISLACIÓN FRANCESA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA	439
--	-----

ANTOINE CLAEYS / BENOÎT DELAUNAY

I. La incidencia de las reglas de lucha contra la crisis en la legislación contractual	440
1. Favorecer el recurso a la contratación pública	440
2. Facilitar la ejecución de los contratos públicos	442
II. La adaptación de las Directivas en Francia	442
III. Los mecanismos destinados a asegurar una mejor eficacia del proceso contractual	443
1. La racionalización de la contratación pública	443
1.1. Racionalización y mutualización	444
1.1.1. La mutualización temporal	444
1.1.2. La mutualización espacial	448
1.2. Racionalización y objeto del contrato	452

	Página
2. <i>La desmaterialización de la contratación pública</i>	452
IV. El acceso de las PYMES al encargo público	454
V. Las cláusulas sociales y ambientales	456
1. <i>La consideración de las cuestiones sociales y ambientales</i>	456
2. <i>La consideración de las cláusulas sociales</i>	457
3. <i>La consideración de las cláusulas ambientales</i>	458
VI. El régimen de modificación de los contratos administrativos	459
1. <i>El poder de modificación de las personas jurídicas de Derecho público contratantes</i>	459
1.1. <i>La modificación convencional</i>	459
1.2. <i>La modificación unilateral</i>	461
1.3. <i>La modificación jurisdiccional</i>	462
2. <i>El marco del poder de modificación unilateral</i>	463
2.1. <i>El respeto por la economía global del contrato</i>	463
2.2. <i>Los medios de acción del contratista</i>	463
2.2.1. <i>El rechazo de la excepción de incumplimiento</i>	463
2.2.2. <i>Las acciones contenciosas</i>	465
VII. El contrato <i>in house</i>	466
1. <i>La contratación interna (Contrats de quasi-règie)</i>	466
1.1. <i>Contratos públicos</i>	466
1.2. <i>Delegación del servicio público</i>	467
2. <i>Los contratos de cooperación público-público</i>	469
2.1. <i>Agrupación de interés público</i>	469
2.2. <i>Intermunicipalidad</i>	470
2.3. <i>Artículo 18 del Auto relativo a los contratos públicos del 23 de julio de 2015</i>	471
VIII. Los contratos de colaboración	471
1. <i>Régimen jurídico. Consideraciones generales</i>	471
2. <i>Un instrumento jurídico cuestionado</i>	474
2.1. <i>Un carácter derogatorio desconocido</i>	474
2.2. <i>Un riesgo financiero</i>	475

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
2.3. Un riesgo de exclusión de las PYMES-Mypes	475
3. <i>La ordonnance relativa a los contratos públicos del 23 de julio de 2015</i> ...	476
IX. Bibliografía	477