

CAPÍTULO I

CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU ENCAJE INTERPRETATIVO EUROPEO

1. CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: SU CONCRETO SIGNIFICADO PRÁCTICO

La materia de contratación pública (así como las diferentes fórmulas de colaboración público-privada) se ha convertido en una de las materias claves desde una perspectiva dogmática, directamente relacionada con las señas de identidad del Derecho administrativo, y la gestión práctica en tanto afecta a la correcta eficacia de importantes políticas públicas y tiene un claro impacto desde la perspectiva presupuestaria (o, si se prefiere, de sostenibilidad financiera)¹. Esto explica que la contratación pública —y su fundamento— ha cambiado de forma muy notable en los últimos años². De una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva se ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como «herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas»³. Por ello la

¹ Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 17/2016, «Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública», Luxemburgo, 2016 (informe presentado con arreglo al art.287, apartado 4, párrafo segundo, del TFUE).

² Sin embargo, es necesario un auténtico *big bang*, que permita un cambio de modelo de gestión pública que piense en los resultados y en los ciudadanos. Vid. J.M. GIMENO FELIÚ, «El necesario *big bang* en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm.59, 2022.

³ Las Instituciones europeas insisten en la visión estratégica de la contratación pública: Comunicación de la Comisión Europea *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 3 noviembre 2020, COM(2010) 2020 final. Así lo advertía ya en

contratación pública (que supone el 22 por 100 de los presupuestos públicos, según los últimos datos) debe ser re-contextualizada desde la perspectiva de inversión y no de gasto. Y como inversión interesa su correcta articulación como actividad estratégica⁴. La perspectiva de eficiencia debe ser siempre contextualizada en el concreto ámbito de la prestación que se demanda, pues las diferentes características del objeto pueden obligar a una solución jurídica distinta. Así ha sido destacado en las «Conclusiones del Congreso gobernanza económica, regulación y Administración pública» (2 y 3 de junio de 2022), organizado por CNMC, CGPJ y RALJ, donde se propone «interpretar el principio de eficiencia como garantía de un adecuado estándar de calidad en la prestación de los servicios a la ciudadanía, asumiendo que la moderna gobernanza económica no puede fundarse en modelos exclusivamente economicistas, sino que debe priorizar el valor frente al precio e identificar, de forma precisa, inversión frente a gasto»⁵. Eficiencia, por tanto, vinculada al principio del resultado siguiendo, por ejemplo, la opción del art. 1 del Código italiano de contratos públicos (reformado en marzo de 2023).

Desde esa política de inversión —y no mero gasto— debe analizarse y comprenderse en nuevo marco regulatorio que pretende hacer estrategia a través del contrato público. La contratación pública puede —y debe, insistimos— ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos⁶. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales⁷. Lo que exige, por otra parte, repensar (y previamente planificar) en cómo utilizar de la mejor manera los procedimientos y técnicas de la contratación pública para preservar la mejor calidad en la prestación de los «servicios públicos».

Desde una lógica inicial en los años setenta en Europa basada en el objetivo de un mercado interior europeo, se ha evolucionado hacia una visión estratégica (e integral) de la contratación pública asentada en la idea del derecho a una buena administración⁸. Nos encontramos ante una nueva rea-

mi trabajo *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación europea*, Cizur Menor, Civitas, 2006, p. 16.

⁴ J.M. GIMENO FELIÚ, «La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad», *Revista Economía Industrial*, núm. 415, 2020, pp. 89-97.

⁵ D. BERBEROFF y P. VALCÁRCEL, *Conclusiones del Congreso Gobernanza Económica, Regulación y Administración de Justicia*, 2 y 3 de junio de 2022, disponible en https://mcusercontent.com/996a241a1277589de1e7f5373/files/44b6c7b5-5fd4-747c-94cf-30e607a9af9b/Conclusiones_Consejo_de_Gobernanza.pdf

⁶ Por todos, J.A. MORENO MOLINA, *Hacia una compra pública responsable y sostenible. Novedades principales de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

⁷ Así lo indicaba ya en mi estudio *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, p. 18.

⁸ Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA, J.I. HERCE MAZA, «La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. Extra 1, (Ejemplar dedicado a: Un año de compra pública con la LCSP), 2019, pp. 35-60.

alidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas pública, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo (incluso globalizado)⁹.

En esta línea de repensar la contratación pública desde una perspectiva estratégica posiciona claramente, por cierto, el Consejo de la Unión Europea, en el documento «Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente» (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública insiste en la necesidad de su función estratégica. En este documento se indica que *«Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública»*¹⁰. (cursiva nuestra). En este nuevo contexto, hay importantes retos y desafíos donde hay que articular nuevas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables que deben ser debidamente alineados desde la perspectiva del principal bien jurídico a proteger¹¹.

Lo anteriormente expuesto explica por qué la reforma europea de la legislación sobre contratación pública a través del denominado «cuarto paquete legislativo» (Directivas de 2014), constituye una de las doce acciones prioritarias inscritas en el Acta del Mercado Único, adoptada en abril de 2011 (IP/11/469)¹². En efecto, para todos los Estados miembros, la eficacia del

⁹ Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA, «Los principios del Derecho Global de la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.179, 2016, pp. 29-54.

¹⁰ Y para ello se pide a la Comisión y a los Estados miembros *que cooperen en la elaboración de directrices y criterios por medio de una metodología común para ayudar al sector público a aprovisionarse a través de cadenas de suministro transparentes, fiables, flexibles y diversificadas con el objetivo de reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública. Y se PIDE también a los Estados miembros que elaboren políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro.*

¹¹ Por ello, estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atiendan a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio único como factor determinante en la compra pública.

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva*, de 27 de octubre de 2010, COM(2010) 608.

sistema público de adquisiciones públicas ha pasado a ser una prioridad, habida cuenta de las limitaciones presupuestarias actuales. Así pues, es necesario disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos y a sus proveedores adjudicar contratos transparentes y competitivos lo más fácilmente posible, para poder comprar con la mejor relación calidad/precio (*value for money*)¹³. Y ello, como indica J. González García, desde una imprescindible lógica de sostenibilidad social y ambiental¹⁴.

Sin embargo, la experiencia práctica nos hace constatar cierto fracaso en los objetivos pretendidos por la reforma europea de las Directivas de contratación pública de 2014. Así lo pone de relieve el reciente Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo (núm. 28/2023: «Contratación pública en la UE – La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021») utilizando datos abiertos disponibles relativos a la contratación pública en la UE en el período de diez años anterior a 2021. En este Informe se concluye que no se ha avanzado en simplificación (es más, se han alargado los tiempos de tramitación) ni se ha conseguido la consolidación de la función estratégica de la compra pública, que era uno de los principales objetivos de la reforma europea¹⁵.

La crisis económica tras la pandemia de 2020 aconseja avanzar hacia una nueva gestión económica mediante el contrato público que «piense en verde» y en «sostenibilidad social», no como exigencia estética, sino como herramienta generadora de valor¹⁶. Resulta obligada una interpretación teleológica, en clave de estrategia, de las medidas de contratación pública a adoptar, que debe prevalecer sobre interpretaciones (e inercias) formales¹⁷. Una co-

¹³ Bajo este concepto se pone de relieve la necesidad de que los bienes que se adquieran a través de los contratos públicos sean los adecuados para cubrir las necesidades públicas, pero también que el contratista esté capacitado para cumplir las condiciones del contrato en los términos previstos. *Vid.*, por todos, S. ARROWSMITH, J. LINARELLI y D. WALLACE, *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, pp. 28-30.

¹⁴ J. GONZÁLEZ GARCÍA, «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública», *Revista Español de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, pp. 13-42. Como destaca G. Vara Arribas, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales (G. VARA ARRIBAS, «Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública», *Revista Española de Derecho Comunitario*, núm. 26, 2008, p. 128).

¹⁵ El Tribunal de cuentas Europeo propone unas Recomendaciones: Recomendación 1: Aclarar y priorizar los objetivos de la contratación pública. Recomendación 2: Abordar las deficiencias de los datos sobre contratación pública. Recomendación 3: Actualizar las herramientas de la Comisión para supervisar mejor la competencia en la contratación pública. Recomendación 4: Analizar más a fondo las causas profundas, y presentar medidas para superar los principales obstáculos a la competencia y fomentar las buenas prácticas.

¹⁶ J. Pernas, con acierto, nos recuerda que la implementación de políticas activas de economía circular puede suponer un beneficio económico neto de 1,8 billones de euros de aquí a 2030, la creación de más de un millón de nuevos puestos de trabajo antes del 2030 y, además, una notable reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (J. PERNAS, «La "contratación circular": el papel de la compra pública en la realización de una economía circular y la utilización eficiente de los recursos», *Revista electrónica Observatorio de Contratación Pública*, abril 2020).

¹⁷ Sin olvidar los principios regulatorios y su significado. Por todos, J. A. MORENO MOLINA, «La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea», *Revista Digital*

recta aplicación estratégica del contrato público puede servir para activar un escudo económico para proteger a los sectores productivos más «contagiosos» (en especial pymes y autónomos). La contratación pública, su correcta ejecución, puede servir de importante escudo económico y social¹⁸. Y aquí, en esta visión de estrategia, debe avanzarse hacia un modelo que ponga en valor, como se impulsa desde las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG (siglas en inglés para *Environmental, Social and Governance*) promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, de sostenibilidad social (entorno) y de gobernanza (buen gobierno)¹⁹.

A este fin se orienta en España, no sin incertidumbres, la Ley 9/2017, de *Contratos del Sector Público de 2017* (LCSP), que incorpora importantes novedades con la vocación de simplificar el procedimiento, reducir tiempos de adjudicación, mejorar el control de la adjudicación y la ejecución, incorporar una mayor transparencia y rendición de cuentas y, sobre todo, fomentar una nueva cultura de contratación pública²⁰. La LCSP pretende superar la tradicional inercia burocrática (y el mantra del «siempre se ha hecho así») para hacer la contratación pública un instrumento que permita una más eficaz, eficiente y colaborativa gestión de la contratación pública (lo que exige «innovación» en la práctica de la contratación pública²¹).

de *Derecho Administrativo*, núm. 19, 2018, pp. 27-47. *Ibid.*, «La interpretación del derecho de la contratación pública por la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», del libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2022*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 49-74.

¹⁸ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», *Revista El Cronista del estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 42-53.

¹⁹ Se evita, así, un *dumping* social, y se promueve un «auténtico» mercado competitivo desde el respeto a los principios del Estado social. Vid. C. DOLAN y D. BARRERO ZALLES, *Transparency in ESG and the circular economy: Capturing Opportunities Through Data*, Business Expert Press, 2021.

²⁰ Por todos, J. A. MORENO MOLINA, «Objetivos y novedades destacables de la Ley 9/2017 de contratos del sector público», *Revista Gallega Administración Pública*, núm. 55, 2018, pp. 311 y ss. En extenso, pueden consultarse, por todos, los libros colectivos, *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, J. M. GIMENO (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2018; *Tratado de Contratos del Sector Público*, E. GAMERO e I. GALLEGO (dirs.), vol. 3, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; *La Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos novedosos*, J. F. MESTRE y L. MANENT (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; S. Muñoz Machado, *Contratos del Sector Público*, t. XIII del *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2.ª ed., Madrid, BOE, 2018; J. VÁZQUEZ MATILLA y M. RAZQUÍN LIZARRAGA, *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2017.

²¹ Sobre esta cuestión me remito al trabajo de A. GARCÍA JIMÉNEZ, *Las conexiones entre contratación administrativa e innovación*, Madrid, Tecnos, 2018. Este estudio (al que se le ha reconocido con el IV Premio de investigación internacional del Instituto García Oviedo), reflexiona sobre cómo deben adaptarse las Administraciones públicas a un nuevo modelo de gestión de la contratación pública.

2. LA NECESARIA INTERPRETACIÓN FUNCIONAL DE LA NORMATIVA NACIONAL EN CLAVE DE DERECHO EUROPEO

El profesor Santiago Muñoz Machado ha explicado muy bien el importante papel que el Derecho de la Unión Europea ha tenido en la consolidación de un Derecho administrativo europeo²². No es necesario justificar la afirmación según la cual el Derecho comunitario se ha ido apoderando del Derecho administrativo²³. En este sentido, se ha destacado que en el Derecho administrativo europeo se manifiestan dos fenómenos de gran importancia: a) existe en la actualidad una destacada tendencia a la convergencia de principios generales, institutos jurídicos y soluciones de naturaleza organizativa y procedimental entre los Derechos administrativos de los Estados miembros; b) se ha consolidado desde hace tiempo el Derecho administrativo comunitario europeo, que ha asumido un especial relieve en el sistema jurídico de la Unión Europea²⁴.

Así, la normativa nacional de cada Estado, en tanto se encuentra vinculada a principios regulatorios europeos —como lo es la contratación pública, pero también el Derecho de sociedades— debe ser interpretada desde la óptica de esta realidad jurídica, lo que impone evitar interpretaciones estrictamente formales²⁵.

El Derecho de la Unión Europea ha tenido, desde la entrada de España en las Comunidades Europeas en 1986, una influencia decisiva en el desarrollo y evolución de la normativa nacional sobre contratos públicos²⁶. Y así se re-

²² Sobre las repercusiones e implicaciones de la Unión Europea en la configuración de los Estados miembros, *vid.* el excelente estudio de S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, Alianza Editorial, 1993.

²³ *Vid.* S. CASSESE, *La Globalización jurídica*, INAP, 2006, pp. 120 y ss. Gráficamente explica lo que denomina el dominio del Derecho comunitario sobre el Derecho administrativo y de la configuración comunitaria del Derecho administrativo nacional.

²⁴ M. CHITI, *Derecho administrativo europeo*, Madrid, 2002, p. 115. S. González-Varas califica las repercusiones del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales como «proceso general de influencias», así, de una parte, la justicia comunitaria se basaría en los Derechos nacionales para elaborar su jurisprudencia utilizando un método jurídico-comparado (el «uso dell *approccio comparatistico*»), por otro lado debería destacarse el efecto de armonización de la jurisprudencia comunitaria (un «*effetto de comunanza o concorrenza*») siendo los Estados una parte del todo, y por último, se subrayaría el papel de «puente» entre Derechos que efectúa el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es lo cierto que en esa misma e inteligente descripción de relaciones entre Derechos más que ordenamientos, el Derecho comunitario, como señala asimismo S. González-Varas, actúa como «plataforma» para el «transplante» de los instrumentos de un Derecho nacional en otro, y no se detiene su capacidad en ese fenómeno, sino que, en mi opinión, su envergadura conformadora de los Derechos nacionales traspasa la técnica armonizadora porque nace de unos principios «que son comunes a los Estados miembros» y su eficacia nace de su prevalencia jerárquica sobre las normas dictadas por los Estados miembros. (S. GONZÁLEZ-VARAS, *El Derecho Administrativo Europeo*, Sevilla, IAAP, 2003).

²⁵ De especial interés el trabajo de D. BERBEROFF AYUDA, «La doctrina del tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», en el libro colectivo, *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 163-200.

²⁶ *Vid.* J. L. MEILÁN GIL, «Un “meeting point” de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 198, 2015, pp. 43 y ss.

conoce en la Exposición de Motivos de la LCSP de 2017 al recordar que su dependencia respecto del derecho de la Unión Europea, que extiende mucho más allá de la incorporación de las Directivas 23 y 24 de 2014, afirmando que:

La exigencia de la adaptación de nuestro derecho nacional a esta normativa ha dado lugar, en los últimos treinta años, a la mayor parte de las reformas que se han ido haciendo en los textos legales españoles.

En concreto, la última Ley de contratos del sector público encontró su justificación, entre otras razones, en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria, como fue la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

En la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada «Estrategia Europa 2020», dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave [...].

El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 10 de 2015, relativo a la *Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión*, recuerda que la política de la Unión Europea en relación con la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema.

La normativa europea de contratación pública ha pretendido desde sus inicios conseguir una correcta gestión de los fondos públicos optando por una delimitación objetiva: el contrato público. Es decir, existe una clara metodología jurídica de carácter funcional —y no formal— que obliga, a determinar si determinado ente es o no poder adjudicador y si un negocio jurídico es, o no un contrato público²⁷. Ello no siempre ha casado bien en España con nuestra tradición centrada en el contrato administrativo desde la perspectiva fundamentalmente subjetiva. Lo que ha obligado a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Y ello, como advierte la sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2008, *Magoora*, C414/07, apartado 44, para alcanzar los resultados que el Derecho europeo persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva y dejando sin aplicación, de ser necesario, toda disposición contraria de la ley nacional. Es necesaria, en palabras de R. Alonso García, una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo (sin olvidar que existe reiterada jurisprudencia al respecto: en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*,

²⁷ Es necesaria, en definitiva, una interpretación funcional de la prestación, tal y como ha advertido el TJUE en numerosas sentencias (por todas, Sentencias de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania y de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*), con el objetivo de corregir prácticas que eludan la aplicación de la norma vía «artificios jurídicos» que disfrazan la verdadera causa de la prestación y su calificación jurídica. *Vid.* al respecto mi trabajo «La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos: diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorpóreos (derechos intelectuales)», *Monográfico Revista Aragonesa Administración Pública*, XVIII, Zaragoza, 2018, pp. 21-43.

apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, apartados 108, 109 y 111)²⁸.

Por otra parte, la normativa de contratación pública, recordamos, tiene una indudable repercusión práctica en la gestión pública. Lo que aconsejaría cierta necesidad de codificación en aras a dotar de la necesaria seguridad jurídica a los diferentes operadores jurídicos en este ámbito, lo que, además, facilitaría la atracción de inversiones productivas²⁹. Y por ello «*no hay libertad nacional interpretativa*» en los conceptos de origen europeo y que, para esta labor interpretativa, necesariamente debe aplicarse el derecho pretoriano construido por el TJUE que vertebró el sistema³⁰. Obligación de interpretación conforme reafirmada en la Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2022, asunto C-486/21, *Sharengo*., en donde, en relación con la diferenciación de los distintos tipos de contratos públicos, afirma lo siguiente:

[...] tanto el concepto de «contrato público», en el sentido del art. 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24, como el de «concesión», en el sentido del art. 5, punto 1, letra b), de la Directiva 2014/23, *son conceptos autónomos del Derecho de la Unión y deben, por ello, interpretarse de manera uniforme en el territorio de esta. De ello se deduce que la calificación jurídica que el Derecho de un Estado miembro atribuye a un contrato no es pertinente para determinar si dicho contrato está comprendido en el ámbito de aplicación de una u otra de esas Directivas y que la cuestión de si un contrato debe calificarse de concesión o de contrato público debe apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho de la Unión* (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de enero de 2007, *Auroux* y otros C220/05, EU:C:2007:31, apartado 40; de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, C382/05,

²⁸ R. ALONSO GARCÍA, «La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico», *Revista española de derecho europeo*, núm. 28, 2008, pp. 385-410. Así deriva, como recuerda el profesor S. Muñoz Machado, de los imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo (S. MUÑOZ MACHADO, «La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los Ordenamientos internos», *Revista andaluza de administración pública*, núm. 7, 1991, pp. 9-38).

²⁹ Me remito a mi trabajo «La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica», en el libro colectivo, *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Cizur Menor, Civitas, 2012, pp. 25-84.

³⁰ Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CORCOLES, «Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública», en el libro colectivo M. ALMEIDA e I. MARTÍN (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. Sobre el contenido de la última jurisprudencia del TJUE me remito a mi trabajo «La jurisprudencia reciente del TJUE en materia de contratos públicos. Efectos prácticos», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 61, 2023. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. M. COZZIO, «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en el libro colectivo J. M. GIMENO FELIÚ (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo G. A. BENACCHIO, M. COZZIO y F. TITOMANLIO, *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea*, t. I, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, Universidad de Trento, 2016.

EU:C:2007:445, apartado 31, así como de 10 de noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, C348/10, EU:C:2011:721, apartado 40) (cursiva nuestra)³¹.

En una materia tan sensible y a la vez tan cambiante, existe una importante «fuente de Derecho», ya que la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente Derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea³². De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales)³³. Así, los conceptos «comunitarios» deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE³⁴. En la interpretación de los conceptos y principios de la contratación pública no es admisible la práctica de «lectura» formal descontextualizada o la que, mediante juicios de valor, propone soluciones jurídicas claramente alejadas de los fines públicos de la regulación. A través de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha establecido la obligación de las administraciones y de los órganos jurisdiccionales nacionales de aplicar plenamente el Derecho de la Unión dentro de su esfera competencial y de proteger los derechos que éste otorga a los ciudadanos (aplicación directa del Derecho de la Unión), descartando para ello cualquier disposición contraria del Derecho nacional, ya sea anterior o posterior a la norma de la Unión (primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho nacional)³⁵.

Esta función del TJUE es imprescindible para consolidar un modelo alineado con los sistemas de contratación pública europea pues, a la luz de esta jurisprudencia resulta claro que son compatibles con la regulación de la contratación pública criterios de adjudicación que no necesariamente guar-

³¹ Y sobre la diferenciación entre contrato de servicios y contrato de concesión de servicios indica que: «60. De la comparación de estas definiciones se desprende que una concesión de servicios se diferencia de un contrato público por la adjudicación al concesionario del derecho, acompañado eventualmente de un precio, a explotar los servicios objeto de la concesión, disponiendo el concesionario, en el marco del contrato celebrado, de cierta libertad económica para determinar las condiciones de explotación de los servicios que se le conceden y por asumir, en paralelo, el riesgo vinculado a operar dichos servicios (vid., en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 2016, Promoimpresa y otros, C458/14 y C67/15, EU:C:2016:558, apartado 46)».

³² Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor J. SANTAMARÍA PASTOR, «Contratos del sector público y derecho de la Unión», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 83-102.

³³ Seguridad jurídica que queda comprometida con el «baile compulsivo» normativo, que, además, impacta de forma muy negativa en la economía, como ha puesto de relieve J. S. MORA-SANGUINETTI, «Las cuatrocientas mil normas de la democracia española. Cuantificación e impacto de la complejidad normativa de España», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 114, 2022, pp. 231-253 (proporciona cuantificaciones para las distintas perspectivas desde las cuales cabe medir esa complejidad regulatoria y pone de manifiesto que, entre 1979 y 2021, las Administraciones aprobaron 411.804 normas).

³⁴ De especial interés el trabajo de D. BERBEROFF AYUDA, «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo», en el libro colectivo, *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 163-200.

³⁵ Sobre la posición de la jurisprudencia del TJUE en el sistema de fuentes resulta de interés el trabajo de M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, «La posición de las sentencias del tribunal de Justicia de la Unión Europea en el sistema constitucional de fuentes», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 483-514.

dan relación directa con la contratación pública (paradigmáticas, entre otras, las sentencias *Concordia Bus Finland*, C-513/9, o *Wienstrom*, C-448/01)³⁶. Y, por supuesto, sin olvidar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, máxime cuando se trata de la resolución de un recurso de casación de interés objetivo³⁷. Sirva de ejemplo la sentencia de STS 1927/2022, de 23 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1927), donde se señala que «desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, que en su disposición adicional primera crea el Comité Técnico de Cuentas Especiales, corresponde a dicho Comité la valoración e imputación de las operaciones efectuadas por las diferentes unidades del sector público, lo que incluye las Corporaciones Locales, de acuerdo con los criterios establecidos en el Sistema Europeo de Cuentas (SEC2010)».

Y que, por último, si no hay contrato público (e interesa advertir cierta confusión conceptual al respecto, donde hay que estar al concepto contrato no armonizado del derecho europeo, que se refiere a contratos excluidos de ese ámbito de las Directivas, como sucede, con las previsiones del art. 10 de la Directiva 2014/24 de contratación pública³⁸) no se deberán aplicar las

³⁶ Como ha explicado muy bien C. CHINCHILLA MARÍN, «La jurisprudencia del TJUE sobre contratos público», en el libro colectivo J. OLMO (coord.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 38-39, la interpretación del Derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del Derecho comunitario y no desde los Derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del Derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de «excluir» su aplicación.

³⁷ La finalidad expresa del nuevo sistema casacional es reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. Las ventajas del nuevo recurso de casación por interés objetivo son claras, puesto que la Sala contencioso-administrativa ha ido más allá del papel del Tribunal Constitucional de «legislador negativo» (decir lo que no se puede hacer) para convertirse en «legislador positivo», al interpretar normas en conflicto y colmar lagunas jurisprudenciales, así como unificar criterios. Una sola sentencia que fije la doctrina casacional evita infinidad de posibles litigios que podían seguir interponiéndose bajo pretexto de la independencia judicial, sin que nadie los corrigiese, ratificase o unificase. Por todos, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación "para la formación de la jurisprudencia"», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 174, 2015, pp. 93-132; y O. BOUAZZA ARINO, *La casación en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2021.

³⁸ Es lo que sucede con la producción audiovisuales y con la contratación de servicios de abogado para procesos jurisdiccionales. Me remito en extenso a mi trabajo «Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 19-60. Sobre la contratación de abogado en defensa jurisdiccional me remito a J.M. GIMENO FELIÚ, «Sobre el procedimiento de contratación de servicios jurídicos de defensa jurisdiccional y su consideración de negocio excluido de la normativa de contratación pública y la posibilidad de retribución mediante pacto de cuota Litis», *Revista Estudios autonómicos y Locales* (REaLA, nueva época), núm. 19, 2023; y G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, «Los límites del contrato público: el caso de los servicios de asesoramiento y defensa en juicio de las Administraciones públicas», en el libro colectivo *Observatorio de los contratos públicos 2022*, 2023, pp. 109-151. Interesan, en esta depuración conceptual las reflexiones de J.L. MARTÍNEZ ALONSO, «La controversia sobre la gestión contractual de los servicios no públicos: concesiones y contratos de servicios versus contratos de arrendamiento y otras figuras patrimoniales», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2021*, Aranzadi, 2022, pp. 409-462.

previsiones de la LCSP, que es lo que sucede, por ejemplo, con los negocios relativos a propiedades públicas³⁹.

Desde esta perspectiva, la LCSP exige una interpretación que no vaya más allá de sus límites y función. Y, por supuesto, exige una interpretación coherente con las exigencias del derecho europeo de los contratos públicos y sus principios⁴⁰. Lo que tiene repercusión práctica, además de en la correcta «protección» de la causa del negocio a celebrar, en los límites de las estrategias de las empresas en relación con el precio/retribución, que va incluso más allá de la técnica de la anormalidad de ofertas.

Esa interpretación de la normativa de los contratos públicos se debe alinear con la efectividad de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en una herramienta principal (como lo son la libre competencia y la sostenibilidad financiera), para poder implementar políticas públicas sin poner, por un rigor burocrático o formalista, en riesgo el fin público inherente a la prestación del contrato público/concesión⁴¹. Esta visión instrumental de la contratación pública nos

³⁹ Es importante en este sentido tener en cuenta la doctrina establecida en la Resolución TACP núm. 49/2017 de 15 de febrero, en la que se dispone que: «el contrato atenderá a la obtención de una finalidad pública, prevaleciendo este interés público en el servicio a obtener (ofrecer un mejor servicio, aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado), mientras que en la concesión demanial prevalecerá el interés privado de instalación de un negocio que requiere de la cesión de un bien de dominio público mediante su utilización privativa, con un claro beneficio del particular que ocupa el espacio cedido». En la Sentencia núm. 306/2022, de 15 de junio de 2022, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en relación con la realización de la Muestra de Navidad o mercadillo navideño por parte del Ayuntamiento de Zaragoza, no comparte la opinión del Juez de instancia que considera que se trata de un contrato de concesión de servicios. Admite el Tribunal que existe un interés público en la dinamización de la economía de la Ciudad, por parte del Ayuntamiento, así como un interés en que lo que se programe reúna y mantenga los distintivos propios de la temática que la justifica, y también reconoce que existe una componente cultural de una muestra de esta naturaleza; sin embargo, indica el Tribunal que una cosa es que haya un interés público y otra cosa diferente es que tal interés cualifique el negocio hasta convertirlo en una suerte de actividad prestacional que no existe en la autorización en un bien demanial, como es la vía pública, de una «Muestra de Navidad».

⁴⁰ Sobre el contenido de estas Directivas me remito a: J. M. GIMENO FELIÚ, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014; J. A. MORENO MOLINA, «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 115-163; J. A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, «El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en el libro colectivo *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Cizur Menor, Civitas-Thomson, 2014, pp. 139-164; M. M. RAZQUIN, «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, pp. 97-13. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M. A. BERNAL BLAY, «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 23-42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J. A. MORENO MOLINA, «El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación», en el libro colectivo *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, t. II, Pamplona, Thomson, 2012, pp. 3429 y ss. Una visión crítica sobre los objetivos de estas Directivas puede verse en el estudio del profesor J. SANTAMARÍA PASTOR, «Contratos del sector público y derecho de la Unión», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 83-102.

⁴¹ J. M. GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006, pp. 15-21, *Ibid.*, «Nuevos escenarios de política de contratación pública

conduce, como bien indica T. Medina, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato⁴². De lo que se deduce que no son viables ofertas empresariales que se alejen de la estrategia pública del contrato (ni claro, licitaciones que no protegen dicha estrategia). Hay que insistir en que la finalidad del proceso de adjudicación no es ya conseguir la oferta económicamente más ventajosa (concepto que desaparece del art. 145 LCSP), sino conseguir la mejor oferta que presenta la mejor relación calidad/precio. No todo, y de forma necesaria, se ha de reconducir al principio de precio y lo realmente determinante es la regla anglosajona del *best value for money*⁴³.

La LCSP, por tanto, no puede «leerse» en clave nacional desconociendo (o inaplicando) el derecho europeo (que se caracteriza por el principio de primacía)⁴⁴. Y será necesario, en todo caso, atender a la causa del contrato para determinar la naturaleza de contrato público o contrato patrimonial, respetando la arquitectura jurídica propia de cada negocio jurídico (o como negocio excluido). Así, el Tribunal Supremo, en sentencia núm. 317/2021, de 15 de abril, que deniega el recurso de casación de AENA, señala que no puede calificarse como contrato patrimonial un negocio (de alquiler) donde la arrendadora se reserva, entre otras, las facultades de dirección de la actividad, determinación de productos y comidas, fijando precios máximos y con exigencia de planes financieros⁴⁵. Lo mismo ha sucedido con la sentencia del Tribunal Supremo 863/2023, de 26 de junio (Rec. 3424/2021) que aclara que

en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 50-55. También D. ORDÓÑEZ SOLIS, *La Contratación pública en la Unión Europea*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 162-182; J. A. MORENO MOLINA, «Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo», *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 83, 2009, pp. 37 y ss.; y L. ORTEGA ÁLVAREZ, «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», *Revista Electrónica CEMCI*, núm. 3, 2009. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio. Y es que, como bien advirtiera J. Mestre Delgado, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo —o fomento— para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones —no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas— contempladas en normativas sectoriales, (J. MESTRE DELGADO, «Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 291, 2003, p. 707).

⁴² T. MEDINA, «Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, Civitas, 2011, pp. 43-94. También J. RODRÍGUEZ ARANA, «La contratación del sector público como política pública», en el libro colectivo *Contratación Pública Estratégica*, op. cit., pp. 31-44.

⁴³ J. M. GIMENO FELIÚ, *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017*, Pamplona, Aranzadi, 2019, p. 219.

⁴⁴ El principio de primacía del Derecho de la Unión debe entenderse, como condición de la existencia del ordenamiento jurídico comunitario, que se basa en la propia naturaleza de los Tratados constitutivos, ordenamiento jurídico que prevalece sobre el Derecho nacional. Principio expresamente aplicado, por ejemplo, en la STC 232/2015, de 5 de noviembre.

⁴⁵ Por el contrario, el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 611/2021, de 21 de mayo, inadmite la reclamación contra un contrato de arrendamiento de superficies para alquiler de vehículos en el Aeropuerto de Palma de Mallorca, por considerar que es un negocio patrimonial.

no toda prestación en el ámbito de la adquisición de medicamentos es contrato público. El Tribunal concluye que, con carácter general, no cabe confundir la relación contractual sujeta a la disciplina de la contratación pública y en la que hay un intercambio de bienes o servicios, con el sometimiento de las oficinas de farmacia a las potestades de ordenación y planificación farmacéutica que ejercen las Administraciones. Tal intervención se justifica por tratarse de establecimientos de interés público (art. 1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia) y por ser colaboradores del Sistema Nacional de Salud para la prestación farmacéutica. El argumento del Tribunal Supremo es que, aunque a los referidos depósitos se les suministran medicamentos, en sentido jurídico estricto no hay una relación contractual de suministro entre el centro de quien depende el depósito y la oficina de farmacia vinculada que lo abastece; esa vinculación implica que la oficina de farmacia asume el compromiso de tener abastecido el depósito al que se vincula y a lo que está obligada como oficina de farmacia que es, abastecimiento que como negocio jurídico lo traba con los laboratorios o almacenes mayoristas que le surten de medicamentos, no con la Administración o, en este caso, con el centro social de titularidad pública⁴⁶.

3. EL ALCANCE SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. UNA PERSPECTIVA FUNCIONAL

3.1. El concepto de poder adjudicador y su implicación práctica

Por exigencia europea, la LCSP debe aplicarse a todo poder adjudicador. Esta definición es clara y pretende conseguir la homogeneidad en la aplicación normativa de esta disposición comunitaria europea⁴⁷. Y la interpretación debe ser la que resulta de la jurisprudencia del TJUE, que ha optado por criterios

⁴⁶ Asimismo, precisa (depurando conceptualmente los que es contrato público) que en la atención farmacéutica prestada por los depósitos de centros sociales de titularidad pública con oficinas de farmacia vinculadas, tampoco se advierte una actividad prestacional constitutiva de un servicio público gestionado indirectamente por una oficina de farmacia, ya que esta oficina de farmacia tiene por función cumplir con las obligaciones que integran la atención farmacéutica: estar abastecida de medicamentos, conservarlos, dispensarlos y ser colaboradora del Sistema Nacional de Salud. En definitiva, cada Administración, en el ejercicio de su competencia en materia de atención farmacéutica, podrá establecer el régimen competitivo de selección de la oficina que se vincule al depósito de medicamentos, lo que no es una convocatoria ni adjudicación en el sentido previsto en la normativa de contratos del sector público, sino una elección transparente y no discriminatoria, que estimula la competencia, sujeta al procedimiento especial que se regule y, en lo no previsto, sujeta a la normativa sobre procedimiento administrativo común. Por todos, G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, «Compra pública de medicamentos. Regulación, realidad y alternativas», *Diario La Ley*, núm. 10172, 2022.

⁴⁷ Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el art. 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (*vid.*, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, Comisión/España,

subjetivo-funcionales cuando se cumplen tres requisitos. La reciente STJUE de 5 de octubre de 2017, *LitSpecMet y Vilniaus*, as. C-567/15, recuerda que una entidad adquiere la condición de Poder Adjudicador cuando se cumplen tres condiciones acumulativas, a saber:

a) que dicha entidad haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) que esté dotada de personalidad jurídica; y

c) que su actividad esté mayoritariamente financiada por los poderes públicos o que su gestión esté controlada por parte de estos últimos, o que más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, de dirección o de vigilancia sean nombrados por los poderes públicos. Estas tres condiciones son acumulativas, siendo, en cambio, alternativos los requisitos a los que se refiere la condición expresada en la letra c) ⁴⁸. Y esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta y aplicado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015.

En consecuencia, en los distintos y variados supuestos de descentralización funcional mediante la creación de entes instrumentales, la naturaleza de poder adjudicador dependerá, al margen de su personificación jurídica o privada (indiferente a estos efectos), de las notas de control público y de la satisfacción de una actividad de interés general (aunque esta sea de carácter industrial o comercial), sin que tenga por que existir necesariamente monopolio. Solo cuando el ente contratante realmente se comporte como un auténtico agente económico (desprovisto de funciones administrativas), en condiciones de igualdad y sin prerrogativas propias de un poder público, será legítima -incluso necesaria- la decisión de adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho privado, caracterizadas principalmente por su flexibilidad, lo que justificaría la inaplicación de las reglas de la contratación pública (aunque sí de los principios *ex art. 321 LCSP*). Pretender eludir mediante el argumento de la forma jurídica privada los principios de la contratación pública, es la vuelta al origen «de todos los problemas» que justificaron la condena al Reino de España en la STJUE de 15 de mayo de 2003. La nueva LCSP y sus principios exigen un esfuerzo de aplicación leal, pensando en el interés público que existe en toda utilización de los fondos públicos, donde transparencia, eficiencia e integridad son paradigmas irrenunciables. La flexibilidad o confort en la gestión contractual no son argumentos que puedan justificar la huida de las reglas de la LCSP⁴⁹.

y de 13 de enero de 2007, apartado 27). Y esta interpretación funcional se ha tenido en cuenta y aplicado por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 104/2015.

⁴⁸ En extenso me remito a mi trabajo «Ser o no ser poder adjudicador ¡¡esa no es cuestión!!», en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2017*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 29-55, B. NOGUERA DE LA MUELA, «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de contratos del sector público, compra conjunta y centrales de compra», en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, J. M.^a GIMENO FELIÚ (dir.), Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 233-280 y al estudio de F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «De nuevo sobre el concepto de poder adjudicador. Las entidades del sector público no administración pública», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 198, 2019, pp. 165-188.

⁴⁹ La Sentencia TJUE de 12 de septiembre de 2013, Colegio de Médicos de Westfaliz-Lippe, entendió que este Colegio Profesional no tenía la condición de poder adjudicador, por no cumplir el criterio de financiación mayoritaria por parte de los poderes públicos cuando dicho organismo está mayoritariamente financiado por las cuotas abonadas por sus colegiados, ni tampoco

En definitiva, no existe el dilema que se plantea Hamlet de «ser o no ser» al respecto: se es, o no, poder adjudicador de forma reglada. Y los Estados no tienen margen de discrecionalidad para graduar o inaplicar las consecuencias de esta categoría⁵⁰. Pero obsérvese que el criterio principal que utiliza el TJUE para esta operación no gravita sobre la idea del quién, sino sobre el criterio de una relación contractual donde existe como causa en su prestación un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas y existe financiación pública a tal fin, lo que justifica la aplicación de los principios de transparencia y concurrencia inherentes a la contratación pública.

Una cuestión a resaltar es la «doble faceta» de entes públicos que pueden ser poder adjudicador y operador económico (como las Universidades públicas, o consorcios, entre otros). Y la respuesta exige, al igual que con el concepto de poder adjudicador, una interpretación funcional (y no formal)⁵¹. Y ello porque la normativa europea de contratación no pivota sobre el elemento subjetivo (como ha sido la tradición española), sino sobre el concepto objetivo relativo a la existencia, o no, de un contrato público en sentido estricto.

Y en la distinción es clave la finalidad de la relación jurídica que ocupan. En la primera hay utilización directa de sus fondos públicos para el cumplimiento de sus fines institucionales, mientras que cuando se actúa como operador económico la causa contractual es bien distinta y va directamente relacionada al cumplimiento de lo pactado, como contratista, en ese negocio jurídico y donde prima la relación mercantil frente a la de interés general (lo que explica porque los fondos obtenidos como contratista no computan a efectos de determinar el porcentaje de financiación pública, tal y como declaró el TJUE en la citada sentencia *Universidad de Cambridge*).

Por tanto, un poder adjudicador, cuando actúe en tal condición, deberá aplicar las normas de contratación pública siempre que la prestación, claro, pueda tener la consideración de contrato público. Y ello porque prima el dato funcional de utilización de fondos públicos, siendo indiferente la forma jurídica que se adopte. Por ello no existe vis atractiva de su condición de poder adjudicador sobre las relaciones jurídicas derivadas para cumplir el contrato del que es adjudicataria⁵². Es elocuente lo que afirma el abogado General en las Conclusio-

el criterio relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos ya que no puede considerarse como tal el hecho de que el importe de las citadas cuotas deba ser aprobado por una autoridad de supervisión.

⁵⁰ J. M. GIMENO FELIÚ, «Ser o no ser...», *op. cit.*, p. 47.

⁵¹ Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARÍN («La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...», *op. cit.*, pp. 38-39), la interpretación del Derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del Derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de «excluir» su aplicación.

⁵² Este caso es distinto de cuando un ente formalmente mercantil pero controlado por un ente público se considera poder adjudicador a lo que se refiere la STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96. *Mannesmann*) que indica qué si hay una función de interés general, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse a ese ente sometido a las reglas de contratación pública. La doctrina de esta Sentencia sirve solo para delimitar si el ente es o no poder adjudicador, pero no para decidir que reglas se aplican cuando se actúa en condición de operador económico.

nes del Abogado General Alber presentadas el 11 de mayo de 2000, en el asunto *The Queen contra H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*: «Es preciso *hacer constar que las Directivas se basan en un criterio funcional, que requiere una interpretación amplia. No obstante, en algunos casos puede estar justificada una interpretación teleológica*, como así lo creen también, en definitiva, los Gobiernos neerlandés, austriaco y del Reino Unido. Si las cantidades que aporta una entidad adjudicadora no tienen como consecuencia crear o profundizar una dependencia específica, la finalidad de las Directivas impide entonces calificar dicha prestación de financiación pública, la cual solo se refiere a aquellos supuestos en los que existe un vínculo particularmente estrecho entre el organismo en cuestión y la entidad adjudicadora».

El art. 2 de la Directiva 2014/24 define también el concepto de «operador económico» de forma funcional: «una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios». Precisando también el concepto de «Proveedor de servicios de contratación» como «un organismo público o privado que propone actividades de compra auxiliares en el mercado». Es decir, en la posición de contratista no procede una interpretación formal, pues puede ser que un organismo público, a la vez que en sus relaciones generales propias tiene la consideración de poder adjudicador, en otras, ocupe la posición de contratista, prestando (y no recibiendo) servicios o suministros.

A esta declaración expresa hay que añadir que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede licitar o presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución de ese contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de que opere sistemáticamente en el mercado o solo intervenga con carácter ocasional, o de que esté o no subvencionada con fondos públicos (véanse las sentencias CoNISMa, C-305/08, apartado 42, y, en el mismo sentido, Data Medical Service, C-568/13, apartado 35).

Esto significa, como se recuerda en la STJUE de 15 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari*, que en la medida en que determinadas entidades estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso, aunque sea ocasionalmente, los Estados miembros no pueden prohibirles que participen en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios⁵³. Como se señala en la STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*, los Estados miembros tienen ciertamente la facultad de habilitar o no a determinadas categorías de operadores económicos para realizar determinadas

⁵³ En este sentido, las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, apartado 51, de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa, C-305/08, apartados 47 a 49, y de 19 de diciembre de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11, apartado 27; *vid.*, igualmente en este sentido, en relación con disposiciones equivalentes de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

prestaciones. Pueden regular las actividades de las entidades, como las universidades y los institutos de investigación, que no tienen ánimo de lucro y cuyo objeto se orienta principalmente a la docencia y la investigación. En particular, pueden autorizar o no que tales entidades operen en el mercado en función de si la actividad de que se trate es compatible o no con sus objetivos institucionales y estatutarios. No obstante, en la medida en que tales entidades están habilitadas para ofrecer determinados servicios en el mercado a título oneroso, incluso ocasionalmente, los Estados miembros no pueden prohibirles participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos relativos a la prestación de los mismos servicios⁵⁴.

En consecuencia, un mismo ente público puede tener un doble rol: puede ser poder adjudicador y puede ser operador económico. Y en la distinción es clave la finalidad de la relación jurídica que ocupan. En la primera hay utilización directa de sus fondos públicos para el cumplimiento de sus fines institucionales, mientras que cuando se actúa como operador económico la causa contractual es bien distinta y va directamente relacionada al cumplimiento de lo pactado, como contratista, en ese negocio jurídico y donde prima la relación mercantil frente a la de interés general (lo que explica porque los fondos obtenidos como contratista no computan a efectos de determinar el porcentaje de financiación pública, tal y como declaró el TJUE en la citada sentencia Universidad de Cambridge).

Y esos roles son claramente diferenciados con reglas distintas según sea actúe como poder adjudicador o como operador económico. Y en este último caso las normas comunitarias no exigen que sea imprescindible que esta entidad pública sea capaz de realizar la prestación pactada directamente con sus propios recursos para que pueda ser calificada de contratista, esto es, de operador económico. Basta con que esté en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello (sentencia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C399/98, apartado 90). O lo que es lo mismo, podrá subcontratar prestaciones siempre, tal y como expresamente reconoce el apartado 42 de la sentencia TJUE de 23 de diciembre de 2009, CoNISMa. *Obviamente, siempre que así lo haya habilitado el pliego de la licitación y en las condiciones previstas contractualmente*. Y es que en estos casos no estaremos en presencia, como se explicará, de un contrato público, sino de un negocio jurídico excluido de las Directivas de contratación pública⁵⁵.

La explicación es que, como contratista, no actúa nunca como poder adjudicador (de hecho, aquí no hay actividades de interés general, sino una evidente actuación mercantil, regulada por las reglas de la competencia). Es

⁵⁴ Como recuerda el TJUE en la citada sentencia CoNISMa (apartados 37 y 43), una interpretación restrictiva del concepto de «operador económico» tendría como consecuencia que los contratos celebrados entre entidades adjudicadoras y organismos que no actúan principalmente con ánimo de lucro no serían considerados «contratos públicos», que podrían adjudicarse, por tanto, de común acuerdo, eludiendo las normas del Derecho de la Unión en materia de igualdad de trato y de transparencia, contrariamente a la finalidad de dichas normas.

⁵⁵ Puede recordarse como en el asunto *Humbel* (sentencia de 27 de septiembre de 1988), el Tribunal de Justicia declaró ciertamente que los cursos impartidos en el marco de la enseñanza escolar no constituyen prestaciones de servicios en el sentido de los artículos que así lo regulan en los Tratados.

más, si se entendiera que hay que licitar la subcontratación por «primar» la condición de poder adjudicador del adjudicatario, esta, al ser un contrato público, no se podría fragmentar (sí se podría hacer lotes), por lo que generalmente los umbrales exigirían una publicidad en la Plataforma de Contratos del Sector Público (*ex* art. 347 y 63 LCSP), cuyo incumplimiento viciaría de nulidad los contratos efectuados (art. 39 LCSP). Y, lo que es más grave, se abriría una opción de subcontratación de hecho en cadena, lo que es un resultado prohibido por la normativa. Por ello, la segunda faceta es, por tanto, independiente y no existe vis atractiva de su condición de poder adjudicador sobre las relaciones jurídicas derivadas para cumplir el contrato del que es adjudicataria. Es más, esta conclusión se encuentra reforzada por el hecho de que resultaría indiscutible si esa entidad pública hubiera concurrido como UTE y alguna de las empresas fuera privada⁵⁶.

Este criterio interpretativo, como se ha explicado, se encuentra avalado por jurisprudencia del TJUE (de aplicación en el ámbito de las Directivas 23 y 24 de 2014 de concesiones y contratación pública respectivamente). Así, recordamos como en la citada STJUE de 6 de octubre de 2015, *Consorti Sanitari*, a propósito de la Directiva de contratos públicos de 2004 (que en este punto establece lo mismo que la de 2014), se advierte que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una Administración pública como lo es el Consorcio sanitario (o una Universidad pública) «puede licitar y podrá presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución de ese contrato público, *directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de que opere sistemáticamente en el mercado o sólo intervenga con carácter ocasional*, o de que esté o no subvencionada con fondos públicos» (cursiva nuestra).

Esta interpretación se contiene de forma muy clara en la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos, pues el art. 7 f) indica que son negocios excluidos de dicha Ley «Los contratos de servicios y suministros celebrados por los Organismos Públicos de Investigación que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva». Y esa es la solución que ofrece, quizá no muy claramente, es cierto, la LCSP en el art. 11.4 (en tanto no existe un equivalente al de la legislación navarra, que sí existía, por cierto, en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de Contratos del Sector Público), que excluye de la aplicación de la LCSP «los contratos por los que una entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor

⁵⁶ Criterio explicado en mi opinión «Reglas aplicables a los entes públicos cuando actúan como operadores económicos (contratistas)», publicada en la *Revista electrónica del Observatorio de Contratación Pública* el 17 de diciembre de 2018, disponible en www.obcp.es.

de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato». Este precepto no excluye solo la aplicación de las normas públicas que regulan la preparación y los procedimientos de adjudicación, sino que, en una interpretación literal del mismo, excluye *in totum* el negocio, es decir, este tipo de contratos, tanto su preparación y adjudicación como su ejecución.

Lo que se explica, como pusiera de relieve la STJUE de la Universidad de Cambridge, en el hecho de que cuando se actúa como operador económico no se crea una dependencia estrecha para considerar que existe financiación pública (elemento clave para ser considerado poder adjudicador) en tanto nos encontramos ante un organismo que percibe una remuneración como contraprestación de una actividad que lleva a cabo de la misma manera que una empresa activa en el mercado, compitiendo con las empresas privadas y para atender una demanda concreta de prestación de servicios. En efecto, el organismo en cuestión obtiene un derecho a remuneración en el marco de la reciprocidad. Tales prestaciones se efectúan, cuando se solicitan, en interés del organismo en cuestión, como es el caso de los trabajos de investigación con un objetivo preciso, así como de las tareas de asesoramiento y de organización de conferencias. El derecho a una remuneración no se fundamenta en una decisión de principio de contribuir a la misión de dicho organismo, sino que se trata en este caso de un derecho contractual. Y, al tratarse de una relación excluida de la contratación pública no debe someterse a los principios regulatorios.

De todo lo expuesto se puede concluir, en mi opinión, que la referida dualidad permitida por el Derecho europeo para que un organismo público pueda ser, alternativamente, poder adjudicador u operador económico, refleja dos facetas distintas y «estancas»⁵⁷. Es decir, cuando, por ejemplo, una universidad pública o un consorcio de investigación actúa como poder adjudicador, es indubitado que debe someterse a las previsiones de la contratación pública y aplicar los procedimientos de adjudicación contenidos en dicha regulación. Pero cuando se comporta como operador económico (como contratista que compite con otras empresas para la obtención de un contrato público o cuando ha celebrado un contrato privado), no se debe extender el régimen de «poder adjudicador» a las actuaciones derivadas del contrato del que es adjudicatario. Aquí actúa como operador económico (contratista), y su rol, obligaciones y derechos son los propios de esta caracterización, de tal manera que está obligada, como contratista, a cumplir el contrato y no podrá, por ello, acogerse a las prerrogativas de un poder adjudicador Administración pública (por ejemplo, para la interpretación del contrato). Así, la subcontra-

⁵⁷ Esta dualidad no es nueva. Así sucede, por ejemplo, con las Juntas de compensación cuando actúan ejerciendo funciones públicas, tal y como se puso de relieve en el Informe 21/2011, de 12 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre Naturaleza jurídica de la relación entre las juntas de compensación y la administración municipal, en atención a Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón. Esa es, a mi juicio, la tesis que se encuentra detrás de la argumentación en la STJUE de 12 de julio de 2001 (Scala Milan), que maneja un concepto funcional objetivo de contrato público. *Vid.*, por todos, J.M. GIMENO FELIÚ, «Obras públicas de urbanización y contratación pública: el estado de la cuestión en la jurisprudencia del TJUE», en el *Libro Homenaje al Prof. T. R. Fernández, Administración y Justicia*, vol. II., Cizur Menor Civitas, 2012, pp. 3259-3281.

tación que se realice no tendrá la consideración de contrato público (aunque se encuentre vinculada a la correcta ejecución de un contrato público) pues la causa de este negocio es bien distinta y se entiende que, tras un proceso de licitación, la posterior ejecución no exige que se licite conforme a las normas de contratación pública las prestaciones necesarias que se subcontrataran en tanto, aunque el contratista fuera formalmente un poder adjudicador, ese negocio jurídico no tiene por objeto satisfacer una necesidad propia⁵⁸.

3.2. Los límites objetivos del contrato público

Es también necesaria cierta depuración conceptual para determinar si determinada relación jurídica tiene o no la consideración de contrato público⁵⁹. No todo negocio jurídico es contrato público y existen negocios jurídicos que pueden gestionarse al margen de dicha técnica⁶⁰.

⁵⁸ Y es que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador tiene la consideración de contrato público, como bien ha advertido, insistimos, la citada STJUE de 2 de junio de 2016, *Falk Pharma*, que se declaró que el sistema *open-house* utilizado en Alemania para seleccionar el precio de medicamentos reembolsables sin seleccionar un proveedor único y permitiendo la incorporación posterior de nuevos proveedores que asumiesen las condiciones establecidas, quedaba fuera del ámbito de aplicación de las directivas de contratación, precisamente por su carácter abierto. El sistema de adquisición enjuiciado en el caso *Falk* se basa en admitir como proveedor a todo operador económico que cumpla unos requisitos previamente establecidos. En el supuesto concreto sobre el que se plantea la cuestión prejudicial consistía en un acuerdo entre un seguro de enfermedad y todos los proveedores de medicamentos que aceptasen una rebaja de cuantía predeterminada en el precio, pudiendo adherirse a posteriori nuevos proveedores durante el período de vigencia. El Tribunal de Justicia rechaza expresamente la tesis de que el Derecho de contratación pública sea aplicable siempre que un organismo considerado poder adjudicador adquiriera bienes en el mercado y que dicho Derecho obligue a convocar una licitación, implicando necesariamente la celebración de contratos exclusivos. De acuerdo con la argumentación de la sentencia, no se trata de un contrato público en la medida de que no se selecciona a un único operador (fdo. 36 y 37), ni es un acuerdo marco, puesto que permanece durante toda su vigencia abierto a nuevos operadores (fdo. 41). Como conclusión (fdo. 42): «[...] no constituye un contrato público a los efectos de dicha Directiva un sistema de acuerdos, como el que es objeto del litigio principal, mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de éste». Esta jurisprudencia permite, por ejemplo, que sea posible recurrir para la compra de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, a mecanismos diferentes a los «ordinarios» de contratación pública, conforme a los cuales se fijan condiciones generales, que pueden incluir o no rebajas sobre el precio de financiación a cargo del SNS, abiertas a una pluralidad de proveedores, incluso con la posibilidad de incorporación posterior de otros operadores económicos. Vid. J.M. GIMENO FELIÚ, «La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 202, 2019, pp. 325-340.

⁵⁹ Me remito a mi trabajo «Las fronteras del contrato público: depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 19-60.

⁶⁰ Y es que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador tiene la consideración de contrato público, como bien ha advertido, la STJUE de 2 de junio de 2016, *Falk Pharma*. Como explica, M. FUERTES LÓPEZ, en relación con la sentencia TJUE de 2 de junio de 2016, Dr. Falk Pharma GmbH, asunto C-410/14, no hay que aplicar la normativa de contratación pública cuando no hay problemas de competencia o porque se trata de modalidades contractuales no acogidas todavía en el Derecho europeo, M. FUERTES LÓPEZ, «Contratos excluidos de las Directivas europeas», en *administraciónpublica.com* (junio 2016). Sobre los efectos prácticos de la técnica *open house* reviste interés el trabajo de S. Díez Sastre, «Contratos "open-house": comprar

La normativa europea de contratación pública ha pretendido desde sus inicios conseguir una correcta gestión de los fondos públicos optando por una delimitación objetiva: el contrato público (art.2 Directiva 2014/24). Es decir, existe una clara metodología jurídica de carácter funcional —y no formal—, no solo en el ámbito subjetivo, sino, también, en el plano objetivo, que obliga, en primer lugar, a determinar si un negocio jurídico es, o no un contrato público⁶¹.

Materia que presenta perfiles no suficientemente claros, y donde la inercia dogmática del contrato administrativo puede contaminar la decisión interpretativa extendiendo de forma indebida unas reglas que no son propias para determinados negocios jurídicos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la adquisición pública de medicamentos, donde se observa «cierta confusión» conceptual y de preferencia en la aplicabilidad de las distintas técnicas de intervención del Derecho público⁶².

El concepto de contrato público exige abandonar las premisas de ámbito subjetivo como elemento principal. La perspectiva fundamentalmente subjetiva de nuestra LCSP (que gravita sobre el concepto de sector público y no de contrato público, como prevén las Directivas y las normas de desarrollo de otros países europeos) distorsiona el alcance de los conceptos jurídicos. Así, como la otra cara de la moneda de tratar de huir de las reglas contractuales mediante el subterfugio de personificaciones instrumentales, se observa una inadecuada interpretación de negocios jurídicos como contratos públicos, desvirtuando la propia naturaleza causal de la relación jurídica existente.

Para resolver este fenómeno, derivado de inercias, conviene una depuración conceptual desde las categorías propias del derecho administrativo

sin licitar», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA Nueva Época, núm. 15, 2021; y G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, «Regulación y compra pública de medicamentos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 61-96.

⁶¹ Es lo que sucede, por ejemplo, con la acción concertada. Esta opción ha sido «validada» por las Sentencias TJUE de 11 de diciembre de 2014, *CroceRossa Italiana y otros* (asunto C-113/13) y de 28 de enero de 2016, *CASTA y otros*, Asunto C-50/14, que reconocen incluso la posibilidad de adjudicación directa. Opción que habilita la propia LCSP. Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, 2018, pp. 12-66. También X. LAZO VITORIA, «Prestación de servicios a las personas: ¿concierto social o contrato?», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 20, 2023, pp. 31-46.

⁶² No se alinea bien con la mejor salud el pensamiento economicista vinculado a reducción de precios en la provisión de servicios sanitarios o de medicamentos, pone en riesgo la propia esencia del modelo. Sirva de ejemplo la adquisición de vacunas, donde, por indebida aplicación de principios que guardan mala relación con el bien jurídico superior (como lo es la tensión competitiva) o por la falta de adecuada planificación en un «mercado» imperfecto y limitado de escala mundial que requiere de predictibilidad, se produce un efecto *bumerán*, impidiendo la rápida o completa inmunización de los ciudadanos (vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La adquisición masiva de vacunas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, 2021, pp. 80-88). Se confunde el procedimiento con el fin y se imponen rutinas sin valorar su impacto efectivo sobre la salud real. Lo mismo sucede con la gestión «de la salud», a veces lastrada por falta de cooperación (o con demasiada atomización administrativa en la toma de decisiones, que requieren una escala de mayor nivel), o de la autoconplacencia del «siempre se ha hecho así», que impide migrar hacia nuevas ideas, como la de trabajar en procesos y en modelos que pongan en valor el resultado. Existen ya interesantes experiencias que han validado este nuevo camino que nuestros responsables políticos deberían asumir desde la función de liderazgo que se les presupone.

y su interpretación desde la óptica europea. Lo que obliga a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Como advierte la sentencia TJUE de 22 de diciembre de 2008, *Magoon*, C414/07, apartado 44, «para alcanzar los resultados que el Derecho europeo persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva y dejando sin aplicación, de ser necesario, toda disposición contraria de la ley nacional». Es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCÍA, una interpretación de la norma nacional —y de los conceptos y instituciones— conforme al Derecho europeo. Y, como se expondrá, no toda prestación realizada por un poder adjudicador, aun siendo bilateral y onerosa (o de gasto para la entidad contratante), merece por ello la consideración de contrato público, al ser este un concepto claramente delimitado y con fronteras propias⁶³. Es decir, la interpretación funcional en derecho europeo alcanza al elemento objetivo y no sólo al subjetivo. Si olvidamos, claro, *que en la calificación de un contrato (así como en su diseño) y en la interpretación de la normativa debe estarse a la causa del mismo*.

El considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública de forma clara: «Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público». Para ello la prestación debe estar incluida entre los distintos tipos contractuales: obras, suministros o servicios. Lo que obliga a delimitar las fronteras del contrato público pues no toda relación jurídica bilateral onerosa implica la existencia de contrato público. Y es lo que sucede con la adquisición de medicamentos (o vacunas, aunque estas tienen también ciertas singularidades)⁶⁴ o con los supuestos de cooperación horizontal, donde hay que recordar que el considerando 33 de la Directiva 2014/24 de contratación pública señala que «Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores.

Con el fin de cumplir esas condiciones, la cooperación debe estar basada en un concepto cooperador. Mientras se hayan contraído compromisos

⁶³ Un ejemplo de la incoherencia conceptual lo es la interpretación dada por alguna Administración pública en relación con la compensaciones y dietas. Esta compensación, regulada por el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, determina el derecho de los funcionarios a ser compensados de los gastos realizados por razón del servicio, en las cuantías y condiciones que reglamentariamente se determinen, tiene naturaleza indemnizatoria y, por ello, no resulta de aplicación la normativa de contratación pública (ni los trámites de factura electrónica, al no ser un proveedor el solicitante). Obviamente, en la gestión de dichas compensaciones deben respetarse los principios de simplificación administrativa, eficacia y eficiencia de gestión de los recursos, preservando la equidad compensatoria con unos límites máximos de compensación.

⁶⁴ G. GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, «Regulación y compra pública de medicamentos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, op. cit., pp.61-96.

de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público»⁶⁵.

Los contratos derivados de la explotación patrimonial como lo es la propiedad intelectual tienen la consideración de contratos privados (arts. 5.3 y 9 LPAP y 107.3 LPAP) y se regirán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza (no puede tener nunca consideración de contrato público), y así lo reitera expresamente el vigente art. 36 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI)⁶⁶. La finalidad de este precepto, que debe ser interpretado junto con la previsión del art. 60 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario⁶⁷, es valorizar la generación del conocimiento que proviene de los diferentes organismos públicos de investigación, aclarando que tendrán en todo caso la condición de contrato sometido al derecho privado y se aplicará la normativa patrimonial en tanto propiedad incorporal (negocio excluido de la LCSP *ex* art. 9.2), los contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, suscritos con los organismos públicos de investigación que podrán ser adjudicados de forma directa sin sujeción a los procedimientos de la normativa de contratación pública. Aquí no hay duda interpretativa: si la prestación es, funcionalmente, generadora de conocimiento en los términos que expresa dicho art. 36, no existirá contrato público por el hecho de que la entidad contratante sea un poder adjudicador. Así hay que entender, conforme a los parámetros

⁶⁵ Vid. por todos, R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, «Negocios y contratos excluidos», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 294-306; M. VILLALTA REIXACH, «Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en el libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 325-368; y D. SANTIAGO IGLESIAS, «Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015.

⁶⁶ Como bien señalaba C. AMOEDO SOUTO («La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión», en J. PERNAS (dir.), *Contratación pública estratégica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 392-399), la voluntad del legislador era clara en este aspecto: considerar como contratos sometidos al derecho privado de estos contratos de valorización y transferencia de conocimiento científico.

⁶⁷ Este art. 60, relativo a la colaboración con otras entidades o personas físicas, prevé que los grupos de investigación reconocidos por la universidad, los departamentos y los institutos universitarios de investigación, así como su profesorado tanto a través de los anteriores como a través de los órganos, centros, fundaciones o estructuras organizativas similares de la universidad dedicados a la canalización de las iniciativas investigadoras del profesorado y a la transferencia de los resultados de la investigación, podrán celebrar contratos con personas físicas, universidades o entidades públicas y privadas, además de para actividades específicas de formación, «para la realización de trabajos de carácter científico, tecnológico, humanístico o artístico», trabajos, por tanto, coincidentes parcialmente con los previstos en el art. 36 de la LCTI, referido como se ha visto a los de «carácter científico y técnico». No hay dudas de la voluntad legislativa de excluir, por su singularidad, a estas prestaciones de la normativa de contratación pública porque NO son contratos públicos.

teleológicos y sistemáticos que refiere el art.3 del Código Civil, la previsión del apartado 3 del referido art.36 de la Ley de la Ciencia al indicar que si la prestación, por el objeto, fuera un contrato de servicios y no de conocimiento, el poder adjudicador aplicará, lógicamente, —como se explica en el Informe 32/2019, de la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal— la LCSP (se pretende evitar un fraude interpretativo para evitar una extensión indebida de la excepción). Por ello no podemos compartir la conclusión adoptada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su Informe 34/2023, de 13 de diciembre, relativo «Sujeción a la normativa de contratación pública de un contrato a suscribir por una Administración, que tenga por objeto la transferencia de conocimiento de una universidad pública mediante la redacción de las bases de una ley», pues, en nuestra opinión, aborda la interpretación de forma incorrecta, obviando la finalidad de la regulación de la Ley de la Ciencia y su clara determinación de valorizar la generación de conocimiento como prestación ajena a lo que se considera un contrato público. La actividad de I+D resulta estratégica en el desarrollo económico de cualquier país y, en especial, de la consolidación del modelo de organismos públicos de investigación e innovación (del que forman parte las universidades) y por ello, la Ley de la Ciencia, como norma cabecera y ley especial (que desplaza las reglas de la norma general) excluye, como ya había hecho antes la Ley de Economía Sostenible, a estas prestaciones de generación de conocimiento de las reglas de contratación pública porque no es una actividad de mercado. Por ello, la interpretación de la Junta de Cataluña viene a vaciar de contenido la previsión específica de la Ley de la Ciencia, «corrigiendo» la clara e inequívoca voluntad del legislador lo que, a mi juicio, supone una línea roja que no se debe superar. Pretender considerar toda transferencia de conocimiento a adquirir por un poder público como contrato público es ir más allá del concepto europeo de contrato público, desplazando con dicha interpretación de forma inadecuada y desproporcionada la normativa sectorial aplicable. Interpretación que, además, puede suponer un freno innecesario a la actividad de I+D en España, lastrando la competitividad y la financiación por transferencia de los organismos de investigación.

Resulta, pues, indubitado, que los negocios que celebra un poder adjudicador para solicitar transferencia de conocimiento a una Universidad Pública en tanto tenga por finalidad la creación de propiedad intelectual, como lo es un estudio sobre una materia concreta con una propuesta de regulación jurídica, son contratos privados (y nunca un contrato público) ya que, junto a aun evidente componente personalísimo que justifica la selección de la persona o equipo investigador, tienen, como generador de conocimiento, la consideración de propiedad incorporal y, por ello, *ex* art.9, negocio excluido de las previsiones de la LCSP, lo que permite la selección directa con la Universidad en cuestión, y sin estar sometido a límites de precios (sería más adecuado hablar de retribución por adquisición). En esta categoría, como indica el art.10 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual, se incluyen la emisión de informes, estudios, análisis o validación de datos, etc., que impliquen «creación original» y donde es relevante el elemento cualitativo de quién realiza la actividad (sería conveniente que las universidades ofrecieran un catálogo extenso del tipo de actividad de transferencia que encaja en esta

categoría)⁶⁸. Por supuesto, se podrán realizar tantos contratos privados con una universidad pública como resulten necesarios y convenientes, sin que pueda aplicarse limitación alguna *ex art. 118 LCSP* al no tramitarse, ni poder tramitarse, esta adquisición de conocimiento como contrato menor⁶⁹. La adquisición de conocimiento científico, por tanto, queda al margen de las reglas y procedimientos de la contratación pública al no ser una actividad propia de mercado⁷⁰.

Existen, pues, relaciones jurídicas que van más allá del contrato público, en tanto tiene un fundamento normativo diferente, como bien ha explicado A. Huergo Lora⁷¹. Y se compromete el interés general con una indebida tipificación y «extensión» del régimen jurídico de la contratación pública.

⁶⁸ Avala esta interpretación el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, *sobre el ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, donde, en relación a contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, para su difusión por parte de los organismos de radiodifusión, y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión, consideran que están excluidos del ámbito de aplicación objetivo en tanto son propiedad incorporeal. En este mismo sentido el Informe 11/2009, de 3 de diciembre de 2010, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

⁶⁹ C. AMOEDO SOUTO («La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión», *op. cit.*, pp.402-403) defiende y argumenta sobre la posibilidad de convenios de colaboración para articular esta relación de transferencia de conocimiento. Sin embargo, la redacción del actual art. 6 LCSP, y su clara interconexión con la jurisprudencia TJUE sobre cooperación horizontal, dificultan, en mi opinión, esta opción.

⁷⁰ Conviene hacer referencia al aspecto de la titularidad de los derechos de explotación de esa propiedad intelectual, fruto de la actividad de transferencia realizada por el personal (docente e) investigador. El art. 53 de la Ley de Economía Sostenible (LES), cuando habla de la transferencia de resultados en la actividad investigadora, tras afirmar que «estas disposiciones son aplicables a los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación realizadas como consecuencia del desempeño de las funciones que les son propias, por el personal investigador de las entidades mencionadas en el apartado anterior, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica por la que estén vinculados a ellas (art. 53.2 LES)», asegura que «se considerarán objeto de propiedad industrial y de propiedad intelectual los reconocidos como tales en la legislación vigente al respecto (art. 53.3 LES)», para luego, en el art. 54.2 LES, manifestar que «los derechos de explotación relativos a la propiedad intelectual corresponderán a las entidades en que el autor haya desarrollado una relación de servicios, en los términos y con el alcance previsto en la legislación sobre propiedad intelectual». De lo que se deduce que esos derechos son, en lo que nos ocupa, de la universidad pública y, por ello, la causa de los negocios jurídicos *ex art. 83 LOU*, son realizados por las universidades, en tanto titulares de la propiedad incorporeal en cuestión.

⁷¹ A. HUERGO LORA, «Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA, Nueva Época)*, núm. 8, 2017. Como nos recuerda, en materia de convenio no procede una estricta interpretación «formal» que atienda solo al «objeto», ya que se limitaría de forma indebida. Criterio avalado por la jurisprudencia del TJUE (por todas, sentencias de 4 de junio de 2020 (asunto C429/19) Remondis GmbH, y sentencia de 18 de junio de 2020 (asunto C328/19), Porin kaupunki, donde se advierte que formas de no son admisibles cooperación aparentes, no reales y efectivas.

4. LOS PARÁMETROS DE LA INTERPRETACIÓN: ALCANCE FUNCIONAL Y LÍMITES. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La complejidad normativa de la contratación pública, con diversas fuentes, obligan a una correcta hermenéutica que garantice los fines de la regulación. Lo que exige una visión funcional y horizontal de las normas y principios, para preservar, siempre, el efecto útil⁷².

La correcta aplicación de los principios regulatorios de la contratación exige su interpretación desde la óptica del resultado⁷³. Así, por ejemplo, la publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como se indicaba en la STJUE de 15 de octubre de 2009, (*Acoset*). Desde esa perspectiva habrá que prestar atención a los supuestos donde solo exista un único licitador⁷⁴.

También hay que insistir en que en la interpretación de las decisiones contractuales (y, en especial del interés público cuando es la causa del negocio jurídico) debe respetarse el principio de proporcionalidad. Dicho principio, desde la óptica del Derecho europeo, exige que los actos de los poderes públicos no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Fedesa y otros*, C-331/88, apartado 13, de 5 de octubre de 1994, *Crispoltoni y otros*, C-133/93, C-300/93

⁷² La Comisión europea publicó el 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM(2021) 245 final, referida a su informe *Aplicación y mejores prácticas de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior*. En el Informe se concluye que «*resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE*». El 18 de junio de 2021 se publicó la guía de la Comisión *Adquisiciones sociales — Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas* — 2.ª ed. (2021/C 237/01), en la que se incide en que «*Con el fin de plantar cara a los retos sociales, las autoridades públicas deben redoblar sus esfuerzos para obtener buenos resultados en todos los aspectos de la sostenibilidad (sociales y éticos, medioambientales y económicos)*».

⁷³ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, 1329/2018, de 19 de julio de 2018, rec. 2181/2016, recuerda la importante doctrina del TJUE sobre los principios generales de la contratación pública y cita la STJUE de 16 de diciembre de 2008, en el asunto C-213/07, que estableció que los principios mencionados «*implican, en particular, la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (vid., en este sentido, las sentencias de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C 19/00, apartado 34, y de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C 448/01, apartado 47)*, constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (véanse, en particular, las sentencias *Universale-Bau* y otros, antes citada, apartado 91, y de 19 de junio de 2003, *GAT*, C-315/01, apartado 73); en el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, apartado 81, y de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C-21/03 y C-34/03, apartado 26)».

⁷⁴ Sería un supuesto de *red flag*, como se indicará en el Acuerdo 60/2015 del TACPA.

y C-362/93, apartado 41, y de 5 de mayo de 1998, As. C157/96, *National Farmers' Union y otros*, apartado 60). Aplicado a un procedimiento objeto de Dictamen, debe entenderse que dicho principio obliga al órgano competente a adoptar la decisión más respetuosa y «equilibrada» con los distintos intereses en juego, descartando interpretaciones formalistas contrarias al resultado perseguido por la norma. En este contexto, el principio de proporcionalidad se erige como un parámetro fundamental de fundamentación, primero, y de control, después, de la actuación discrecional de los poderes públicos, que permite examinar la idoneidad, la necesidad y la correcta ponderación de sus decisiones a la luz de la finalidad que con ellas se pretende alcanzar. Este principio brinda un esquema de razonamiento que ha de ser utilizado tanto por la Administración como por los órganos de control, significativamente los órganos jurisdiccionales, a la hora de adoptar o, en su caso, verificar la conformidad a Derecho de un determinado acto o disposición general que suponga una restricción de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

El principio de proporcionalidad se caracteriza por las siguientes notas básicas⁷⁵:

a) Su carácter relacional, por cuanto compara dos magnitudes, el medio y el fin, que deben ser en todo caso lícitas. Si alguna de ellas es ilícita no procedería realizar un examen de proporcionalidad de la potestad discrecional, sino que estaríamos ante una infracción de los elementos reglados y, en consecuencia, sería necesario analizarla a la luz del principio de legalidad. Ello sin perjuicio de que, una vez comprobada la licitud de la magnitud en cuestión, pueda procederse a la verificación de su contenido material a través del principio de proporcionalidad.

b) Su carácter relativo al no desprenderse del mismo prohibiciones abstractas o absolutas, sino vinculadas al caso concreto. La ponderación de los intereses en conflicto debe ceñirse a las circunstancias concurrentes en cada supuesto, de tal modo que tanto el examen de magnitudes como la conclusión de proporción o desproporción a que se arrije han de ser individualizadas y en ningún caso pueden conducir a la proscripción general de un determinado instrumento jurídico.

Lo anterior permite comprender que el principio de proporcionalidad se configure como una herramienta que genera argumentación y fomenta una mayor racionalidad y coherencia en las decisiones adoptadas por los poderes públicos en el ejercicio de las potestades que tienen conferidas.

En síntesis, estamos ante un principio cuya principal virtud consiste en fomentar la argumentación en la toma de decisiones por parte de los poderes públicos y evitar que las posibles restricciones de los derechos e intereses legítimos del ciudadano sean desproporcionadas en relación con la finalidad que se pretende alcanzar. En este proceso de verificación de la racionalidad de las decisiones adoptadas se articula sobre la base de la estructura tripar-

⁷⁵ Por todos, en esta materia, B. GÓMEZ FARÍÑAS, «El principio de proporcionalidad como parámetro de interpretación y control en materia de contratación pública», en libro el colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 387-404. *Ibid.*, en extenso, *El principio de proporcionalidad en la contratación pública*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

tita y escalonada del principio de proporcionalidad, que sirve a los órganos de control como guía en el camino de la argumentación que le conducirá a la resolución sobre la proporción o desproporción de la medida administrativa. En efecto, este principio presenta una estructura lógica compuesta por tres subprincipios o niveles de examen: «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad en sentido estricto».