

DERECHO ADMINISTRATIVO



El régimen de contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración pública

Marta Oller Rubert

*Profesora Contratada, Doctora de Derecho Administrativo
Universitat Jaume I*

Prólogo de

Ricardo García Macho
Catedrático de Derecho Administrativo



COLECCIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TÍTULOS PUBLICADOS

El derecho de acceso a archivos y registros administrativos, *Leonor Ramos Ramos* (2008).

Nuevo marco jurídico del sector ferroviario. Estudio de la Ley del Sector Ferroviario y demás normas de desarrollo, *Juan García Pérez* (2010).

La Contratación del Sector Público tras las reformas de 2010, *Álvaro Canales Gil y Justo Alberto Huerta Barajas* (2010).

La Administración instrumental en el proceso, *Alejandra Boto Álvarez* (2011).

La política de la Unión Europea en materia de turismo y sus repercusiones en la legislación turística española, *Antonio Villanueva Cuevas* (2012).

La terminación anormal del proceso contencioso-administrativo, *Luis M^a Bremond Triana* (2013).

El régimen de contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración pública, *Marta Oller Rubert* (2013).

COLECCIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Director
JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS
Catedrático de Derecho administrativo

EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN DE LOS PODERES ADJUDICADORES QUE NO SON ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

Marta Oller Rubert
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universitat Jaume I

Prólogo de
Ricardo García Macho
Catedrático de Derecho Administrativo



Madrid, 2013

* Esta publicación ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación DER2010-18854 «Derecho administrativo, transparencia e intervención económica: hacia un nuevo modelo de Administración pública», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

DERECHO ADMINISTRATIVO

COMITÉ CIENTÍFICO

Juan Carlos Cassagne

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Buenos Aires

Jean-Pierre Duprat

Catedrático de Derecho Público. Universidad Montesquieu-Bordeaux IV

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad Candido Mendes, Río de Janeiro*

Rafael Gómez Ferrer Morant

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

Afonso Oliveira Martins

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Lusitana de Lisboa

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad CEU-San Pablo de Madrid

Domenico Sorace

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Florencia

Leopoldo Tolivar Alas

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno.: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2013)
ISBN: 978-84-290-1747-2
Depósito Legal: M 27441-2013
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

NOTA PREVIA

La presente publicación fue el segundo ejercicio presentado y defendido para el acceso a una plaza de profesora contratada doctora que se celebró el 28 de junio de 2011 en la Universitat Jaume I de Castellón, y que felizmente obtuve.

Quiero agradecer a todos los miembros de la Comisión: el profesor Ricardo García Macho, catedrático de Derecho Administrativo, al prof. Juan José Díez Sánchez, catedrático de Derecho Administrativo, al prof. José Luis Blasco Díaz, catedrático de Derecho Administrativo, al prof. Ignacio Aymerich Ojeda, profesor titular de Filosofía del Derecho y al prof. Federico Arnau Moya, profesor contratado doctor de Derecho Civil las sugerencias y observaciones realizadas y que han sido incorporadas tras su revisión, con el fin de mejorar el trabajo.

Castellón, 21 de octubre de 2012

A Candela y a Paula

PRÓLOGO

El ámbito de la contratación pública se presenta como un sector que despierta cada vez un mayor interés para el legislador comunitario por ser un coadyuvante en la consecución del Mercado común —la contratación pública en la Unión Europea representó de media en 2008 el 17,2% del PIB y en España el 14,9%, frente al 18,8% del Reino Unido, el 17,5% de Francia o el 16,8% de Alemania¹—, y que ha sido objeto en los últimos años de cambios jurídico-públicos de gran impacto en el Derecho nacional, especialmente en el Derecho español. En efecto, desde el año 1986 hemos asistido a una evolución continua de las normas que regulan la contratación pública en España impulsada básicamente por las condenas contundentes que han recaído sobre nuestro país de mano del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero también, entendemos, por el afán del legislador español de responder a las nuevas exigencias de la sociedad civil que reclaman un mayor control de la actuación pública y una actuación más eficaz y eficiente. Esa es la línea que se sigue en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y que ha introducido avances importantes en el panorama nacional con el fin de aumentar la publicidad y la transparencia en los procedimientos de contratación, así como en materia de control como decíamos, caso por ejemplo, del régimen sobre modificación de contratos y que expresamente vincula —de manera novedosa— a los sujetos objeto de este estudio. Además, las vigentes Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua,

¹ Datos de la Comisión Europea publicados en abril de 2010 en «Public Procurement indicators 2008».

de la energía, de los transportes y de los servicios postales están siendo objeto de estudio de cara a nuevas reformas, sobre la base de los resultados obtenidos en la consulta del Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, publicado por la propia Comisión el 27 de enero de 2011 que sitúa la contratación pública como un medio adecuado para hacer frente a los retos actuales de la sociedad y que dice así: «Obtener los resultados óptimos de la contratación a través de unos procedimientos eficientes es crucial en el contexto de drásticas limitaciones presupuestarias y dificultades económicas imperante en muchos Estados miembros de la UE».

Este interés de adecuación de los procedimientos de selección y de adjudicación de contratistas con el sector público se debe, sobre todo, a las nuevas perspectivas que determinan el Derecho administrativo contemporáneo, y en el que son premisas claves y básicas la transparencia, la publicidad y la información. Y es que asistimos a una potenciación de los llamados sectores de referencia, que está impulsando novedosos planteamientos en los paradigmas del Derecho Administrativo (E. Schmidt-Assmann). Así, por ejemplo, la profesora Marta Oller Rubert se ha ocupado de estos temas en el ámbito de la contratación pública en su trabajo «El procedimiento de contratación pública como garantía de la transparencia» en la obra colectiva editada por quien escribe este prólogo, *Derecho administrativo de la información y Administración transparente* (Marcial Pons, 2010). Bajo estos parámetros la obra presentada por la profesora Oller viene a cubrir un vacío en un tema concreto como es la contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración pública, dentro de una extensa bibliografía dedicada a estudiar la contratación del sector público (entre otros, L. Parejo Alfonso, J. Mestre Delgado, J.M^a Gimeno Feliu, J.A. Moreno Molina, B. Noguera de la Muela, I. Gallego Córcoles, R. García Macho).

El sujeto objeto de examen «poderes adjudicadores que no son Administración pública», son una categoría que ha supuesto no pocos problemas al legislador nacional –por la tendencia seguida en las normas anteriores a permitir una contratación sin garantías y en los que primaba la opacidad y la corrupción- y de la que se pretende la necesaria sujeción al Derecho y a los principios comunitarios. En efecto, precisamente el heterogéneo grupo de entidades y organismos que se encuadran bajo el sintagma de «poder adjudicador, que no es Administración pública» aparece recogido en el Texto Refundido español dentro de su ámbito de aplicación, pero también es cierto que su regulación se reduce a mínimos, apenas 4 artículos de manera expresa se refieren a su régimen jurídico. El amplio tratamiento y

estudio realizado en este libro pretende aclarar esas normas, y tiene como objetivo ofrecer una mayor transparencia, confianza y seguridad jurídica a los ciudadanos, que cada día que pasa desconfían más de la gestión pública. Justamente la categoría subjetiva estudiada aborda una realidad compleja, efectivamente es uno de esos ámbitos que presenta más sombras que luces, pero que como señala M. Oller debe seguir unas normas estrictas, adecuadas a la Constitución, al Derecho europeo y las normas de desarrollo, y que son las propias de un Estado democrático y de derecho, en el que los recursos públicos se utilizan no con fines particulares, sino con el objetivo de satisfacer el interés general.

Se están produciendo mutaciones transcendentales en el Derecho Administrativo que se encuentran íntimamente entrelazadas con las necesidades, en cambio constante, de las sociedades modernas, de una sociedad civil cada día más exigente sobre la base de una mayor formación e información, que además se encuentra sometida a nuevos retos. En este contexto un cambio de paradigma en la contratación del sector público, que mueve tantos intereses económicos, se hacía imprescindible. Sin embargo, este cambio se lleva a cabo con demasiada lentitud, lo que engendra ciertos vicios (opacidad, corrupción, etc...), que impide su completa adecuación a los nuevos desafíos planteados. El trabajo de la profesora M. Oller de manera modesta, pero firme, en una materia apenas trabajada, se dirige en esa dirección de cambio necesario.

Ricardo GARCÍA MACHO

Catedrático de Derecho Administrativo

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. LOS PLANTEAMIENTOS ACTUALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La situación de crisis y renovación en la que está inmerso el Derecho administrativo ha sido objeto de estudio por la doctrina contemporánea². Entre las principales reformas se alude a la necesaria sistematización de la disciplina, a la que también dedica su estudio Schmidt-Assmann³. Una configuración del Derecho Administrativo como sistema que tiene como fin ante «la superabundancia cuantitativa de la información y la escasez cualitativa», el discernimiento entre lo superfluo y lo importante⁴. Entre las finalidades de la acción administrativa, bajo estos nuevos axiomas, se cita la transparencia⁵. Un elemento clave de la actuación pública que se ancla en el principio democrá-

² L. Parejo Alfonso, *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2003, *in totum*; AA.VV, *La transformación del procedimiento administrativo*, J. Barnes (ed.), Global Law Press, Sevilla, 2006 e *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, J. Barnes (ed.), Global Law Press, Sevilla, 2007; S.Cassese «Transformaciones y crisis del Derecho Administrativo», en *Documentación Administrativa*, núm. 250-251, 1998; T.-R. Fernández Rodríguez «Las transformaciones del Derecho Administrativo a resultados de las privatizaciones», en *Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 39, 2000, pp. 105 a 116; O. Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004; E. Desdentado Daroca, *La crisis de identidad del Derecho administrativo, privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999; AA.VV, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios*, C. Chinchilla (dir.), Tecnos, Madrid, 1992.

³ E. Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons INAP, Madrid-Barcelona, 2003, *in totum*.

⁴ *Crisis y renovación en el Derecho Público*, op. cit., p. 54.

⁵ Por todos, la obra colectiva editada por R. García Macho, *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, *in totum*.

tico⁶ y que requiere de una publicidad en sentido amplio —tanto activa, como pasiva— y del fomento de la participación real de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas⁷, en este caso en los procedimientos de contratación⁸, pues es éste un ámbito que merece, según ha manifestado la Comisión Europea en el «Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública en la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente» (2011), de una especial atención en el contexto de la lucha contra las prácticas ilícitas y la corrupción⁹.

En cualquier caso, diversos son los factores que han propiciado las mutaciones en el ámbito público¹⁰: entre ellas, el desbordamiento de la

⁶ E.Schmidt-Assmann, *La teoría general...*, op. cit., p. 99; K.P. Sommermann, «La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho», en *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, op. cit., pp. 11 y ss.

⁷ R. García Macho, «El derecho a la información. Publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público», en *Derecho administrativo de la información...*, op. cit., pp. 31 y ss.

⁸ La transparencia es según la STJUE de 12 de diciembre de 2002 (asunto 470/199) «la obligación de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, un nivel adecuado de publicidad que garantice la competencia y permita conocer, antes de formular las ofertas, los criterios de adjudicación y su ponderación»; por tanto, es un elemento necesario y vinculado con el anterior principio de publicidad, por ser una forma de asegurarla, a la par que implica una mayor objetividad del procedimiento de contratación, favoreciendo el acceso de las empresas a los mismos».

Con todo, debe tenerse presente que el principio de transparencia presenta una serie de límites y así lo ha entendido el Tribunal de Primera Instancia en su pronunciamiento de 28 de enero de 2009 (Asunto T-125/06), cuando afirma que si bien la obligación de transparencia debe garantizar, como se ha dicho, que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades, también, de otro lado, debe proteger las expectativas de los licitadores. Sobre este principio y el de igualdad de trato el TJUE establece que se han de respetar aunque el presupuesto sea inferior al umbral de aplicación de dicha Directiva (STJUE de 21 de febrero de 2008, asunto C-412/04).

⁹ Bruselas, 27.1. 2011 COM (2011) 15 final, p. 54. Precisamente en ese documento la Comisión habla de una mayor eficiencia en la contratación pública y también de una necesaria flexibilización, planteándose incluso la ampliación del uso del procedimiento negociado, aunque eso sí reiterando e incidiendo en la necesaria publicidad, así como en el máximo respeto a los principios de no discriminación y de procedimiento justo (apartado 2.1.1).

También esta vinculación entre contratos públicos y corrupción es estudiada por J.M^a Gimeno Feliu en «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?», en REDA, núm. 147, pp. 522 y ss. Véase asimismo las citas bibliográficas realizadas que tratan sobre el tema y S. de la Sierra, «Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento en la contratación pública», en REDA, núm. 149, 2011. p. 94.

¹⁰ Ampliamente, L. Parejo Alfonso en *Crisis y renovación...*, op. cit., pp. 85 a 108.

Administración y el consecuente replanteamiento de sus funciones, basadas en un nuevo papel de garante¹¹, y que supone, además, una interconexión entre la sociedad y la administración en la realización de la satisfacción de los intereses generales¹². De otro lado, el Derecho Administrativo se encuentra ante dos movimientos de signo contrapuesto: por un lado, y bajo la influencia indiscutible de la globalización, las aportaciones del Derecho europeo no sólo son claves, sino necesarias en el ámbito de integración, al que España se sumó desde mediados de la década de los ochenta, y de otro, está influido por el principio de proximidad de la Administración al ciudadano, que requiere una mayor cercanía con la sociedad¹³.

En este panorama, y vinculado con la idea de los ámbitos de referencia abordada más adelante, el Derecho de la contratación se presenta como el ámbito adecuado en donde se manifiesta la situación actual del Derecho Administrativo y donde se ha reflejado la influencia del Derecho europeo, pues no en balde aquel se refiere a las complicadas relaciones entre el estado y la libre competencia¹⁴. En efecto, el desarrollo de las normas sobre contratos públicos refleja la necesaria flexibilidad y evolución que se está reclamando de la actuación de los poderes públicos, así como el objetivo de conseguir las condiciones óptimas para el afianzamiento de un mercado común europeo¹⁵. Más aun, cuando cada vez es imprescindible una mayor colaboración entre el estado y la sociedad en la consecución del interés general, objetivo que requiere fórmulas cooperativas y un reparto de responsabilidades en la provisión de prestaciones públicas¹⁶,

¹¹ Sobre el tema tratado por la autora, vid. *Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 80 y ss.

¹² Así lo destacan E. García de Enterría y TR. Fernández en *Curso de Derecho Administrativo*, Vol.II, Civitas, 2011, págs. 459 y 460.

¹³ O. Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004.

¹⁴ Vid. R. Näfe, *Das Vergaberecht als Referenzgebiet für die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrecht*, Dr.Kovac, Hamburg, 2008, pp. 45 y 56; AA.VV. «Vergaberecht im Wandel» R.Pitschas/ J.Ziekow, (Hrsg). Ed. Duncker&Humblot, Berlin, 2004, *in totum*.

¹⁵ Vid. R. García Macho, «Las sociedades mercantiles entre los intereses generales y el mercado», en *La contratación pública*, tomo 1, dir. J.C. Cassagne-E. Rivero Ysern, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 210.

¹⁶ Vid. E. Schmidt-Assmann, «La teoría general del Derecho Administrativo como sistema», op. cit., pp. 24, 36 y ss.; L. Míguez Macho, «Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español», en RAP, núm. 175, 2008, pp. 164 y 165; M. Oller Rubert, «Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho Administrativo», op. cit., pp. 60 y ss.

junto con una evolución del papel del estado hacia un rol de garante¹⁷, como ha sido apuntado anteriormente. Estas líneas de inspiración quedaron patentes desde la aprobación en 2007 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y hoy en el Texto Refundido de 2011, por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP¹⁸), significativamente en su Título Preliminar, textos ambos que supusieron y suponen una actualización del Derecho nacional de contratos, en respuesta a la influencia del Derecho de la Unión Europea¹⁹, que aunque inicialmente no se preocupó por la actividad de contratación de forma expresa en los Tratados²⁰, se vio obligado posteriormente, debido a la trascendencia de la actividad contractual en la consecución del mercado interior²¹, a armonizar este ámbito, que debía así respetar las libertades comunitarias²².

¹⁷ J. Barnes Vázquez, «Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la Información y del Conocimiento», en RANAP, núm. 40, 2000, pág. 35. También, E. Schmidt-Assmann, «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo», en *Innovación y reforma...*, op. cit., pág.72.

¹⁸ Un breve, pero detenido estudio de la trascendencia del mismo puede consultarse en J.A. Moreno Molina, «Presentación del nuevo Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 115, 2012, pp. 5 y ss.

¹⁹ Vid. J.M^a. Baño León, «La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en RAP, núm. 151, 2000, pp. 11 a 37; M.Y. Fernández García, «La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo», en RAP, núm. 166, 2005, pp. 281 a 320.

²⁰ Vid. J.L. Piñar Mañas, «El Derecho comunitario como marco de referencia del derecho español de contratos público», en *Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Gómez-Ferrer Morant, R. (Dir.), Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 32 y ss.

²¹ Téngase en cuenta que en el año 2006 la contratación pública representó más de 1.500 millardos de euros del PIB, es decir, el 16% del producto interior bruto (PIB) de la Unión Europea. Fuente: <http://ec.europa.eu/youreurope/nav/es/business/public-procurement/info/index.html>

A nivel nacional, como señala el Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública (2004), *La Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea ha señalado un valor total de los contratos públicos, expresado como porcentaje del PIB, del 13,02 por ciento para España, en el año 2002, con base en las informaciones publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, en los datos proporcionados por el INE a Eurostat para las cuentas nacionales y en sondeos en el ámbito de los «sectores especiales»*. Disponible en: www.meh.es

²² Vid. S. González-Varas Ibáñez, «El contrato administrativo», Ed. Civitas, Cizur Menor, 2003, pp. 38; R. Regler, «Das Vegaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht», Ed. Duncker&Humblot, Berlín, 2007, pp. 38 y ss.

2. EL DERECHO DE CONTRATOS COMO ÁMBITO DE REFERENCIA²³

Anunciaba la Exposición de Motivos de la Ley de Contratos del Sector Público que la causa fundamental de su aprobación era la necesidad de adecuación de la legislación nacional a los requerimientos de las directivas comunitarias²⁴. En efecto, así lo ha intentado el legislador español a lo largo de la más reciente evolución de las normas sobre la materia, como muestra la sucesión de leyes y reformas de las últimas décadas, y más plásticamente la necesidad imperiosa de aprobar un Texto Refundido que recogiera las modificaciones introducidas precisamente por las exigencias europeas, tras apenas 3 años de vigencia de la Ley de 2007. No obstante, debe recordarse, si bien de manera apretada, como la voluntad del legislador no ha sido correspondida con los textos aprobados, razón por la cual España ha sido, a pesar de la anhelada «adecuación a la normativa europea sobre contratación», condenada en reiteradas ocasiones, de manera rotunda, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁵ (en adelante, TJUE).

²³ R. Näfe, *Das Vergaberecht als Referenzgebiet für die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrecht*, op. cit.

²⁴ J.A. Moreno Molina, «Reciente evolución del Derecho comunitario en la contratación pública. Asunto C-214/2000. Comisión contra España», en *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, J.M^a Gimeno Feliu (coord.), Atelier, Barcelona, 2004, pp. 17 y ss. y en «La influencia del Derecho Comunitario en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público», en Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho, núm. 0. 2006, pp. 1 a 10; J.L. Piñar Mañas, «El Derecho comunitario como marco de referencia del derecho español de contratos público», en *Comentario de la Ley de Contratos...*, op. cit., pp. 32 y ss.

Esas normas de Derecho comunitario afectan, incluso, a las normas de Derecho privado a las que se somete la Administración pública, en especial, las reglas relativas a la adjudicación de los contratos públicos, como sucede en el caso de Alemania, y así lo señala E.Schmidt-Assmann, *La Teoría General del Derecho ...*, op. cit., p. 43.

²⁵ Para un mayor abundamiento sobre el tema, vid. E. García de Enterría, «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho administrativo en materia de entes sujetos al Derecho Público y de medidas cautelares contencioso-administrativas. (Sentencia Comisión c. España de 15 de mayo de 2003, As. C-214/00)», en *REDA*, núm. 119, 2003, pp. 471 a 487, y «Una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas», en *REDA*, núm. 120, 2003, pp. 667 a 677; J.M. Díaz Lema, «Contratos públicos y derecho español. Comentario urgente a la STJCE del 15 de mayo de 2003», en *Actualidad Administrativa*, núm. 35. 2003, pp. 850 y ss.; R. García Macho, «Las sociedades mercantiles entre los intereses generales y el mercado», en *La contratación pública*. Op, cit. pp. 207 y 208; B. Noguera de la Muela, «El control

ÍNDICE

Prólogo	11
I. Consideraciones generales	15
1. Los planteamientos actuales del Derecho Administrativo	15
2. El Derecho de contratos como ámbito de referencia	19
3. La presencia y desbordamiento de los poderes adjudicadores que no son administración pública en el ámbito público: el interés de esta figura para garantizar una contratación pública eficiente y eficaz	24
4. El Derecho privado administrativo	26
II. Sobre el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público	29
1. Reflexiones iniciales sobre los antecedentes de la normativa de contratos española	29
2. Un repaso a la normativa vigente. Logros y carencias	31
2.1. Consideraciones formales	32
2.2. La ampliación subjetiva de aplicación de la LCSP	36
2.3. La categoría de los contratos sujetos a regulación armonizada....	37
2.4. La modalidad de colaboración público-privada	39
2.5. Introducción sobre el sistema de recursos y medidas cautelares..	41
2.6. Apuntes sobre el régimen de modificación de los contratos. Remisión.....	47
III. El ámbito subjetivo del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público	51
1. El concepto de poder adjudicador.....	52
2. Los poderes adjudicadores que no son Administración pública. Especial referencia a las entidades públicas empresariales y a las sociedades estatales	55
2.1. Entidades públicas empresariales	60
2.2. Sociedades mercantiles públicas.....	62

IV. La necesaria garantía de los fines comunitarios: régimen aplicable a la contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública	65
1. Naturaleza de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no son Administración Pública	65
1.1. La clasificación como privados de los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública.....	65
1.2. La cuestionable determinación de la jurisdicción competente...	67
2. El procedimiento de contratación de los poderes adjudicadores que no reúnen la condición de Administración pública	70
2.1. Configuración general de la contratación	70
a) Necesidad e idoneidad del contrato	71
b) Duración del contrato.....	72
c) Contenido del contrato	73
d) Formalización del contrato: nuevas consideraciones.....	74
e) Las partes en el contrato: especial referencia a la capacidad para contratar con los entes que no son Administración pública	75
f) La cuantía del contrato: las incidencias en cuanto a la determinación del precio y del valor estimado	76
g) Las garantías.....	80
2.2. La necesaria publicidad y transparencia en la contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública	80
a) La información como forma de control	80
b) La información en el procedimiento de contratación	82
b.1) Contratos sujetos a regulación armonizada.....	83
b.2) Contratos no sujetos a regulación armonizada	86
2.3. Preparación de los contratos	87
2.4. Selección del contratista y adjudicación de los contratos	88
a) Procedimientos de adjudicación	89
a.1) Contratos sujetos a regulación armonizada.....	90
a.2) Contratos no sujetos a regulación armonizada: las peculiaridades Instrucciones.	93
b) Licitación.....	98
b.1) Contratos sujetos a regulación armonizada.....	98
b.2) Contratos no sujetos a regulación armonizada	101
c) Selección del adjudicatario y adjudicación del contrato.....	101
c.1) Contratos sujetos a regulación armonizada	101
c.2) Contratos no sujetos a regulación armonizada.....	104
2.5. Sistema de recursos y medidas cautelares de los contratos	105
a) Contratos SARA	106
a.1) El régimen de nulidad	106
a.2) El recurso especial	107

b) Contratos no SARA.....	110
3. Sobre el régimen de modificación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no son Administración pública.....	111
Conclusiones	117
Bibliografía	119

