LA DIRECTIVA 2014/23/UE RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN*

JOSÉ ANTONIO RAZQUIN LIZARRAGA

Director del Servicio de Asesoría Jurídica del Gobierno de Navarra
Prof. Dr. Asociado de Derecho Administrativo. Universidad de Navarra

RESUMEN. Este trabajo estudia la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Se trata de una regulación armonizada, específica y unitaria de las concesiones de obras y de servicios, que incorpora importantes novedades que tendrán relevante impacto en la legislación española.

PALABRAS CLAVE. Contratos públicos. Concesiones. Concesión de obras. Concesión de servicios. Recursos contractuales.

ABSTRACT. This paper studies the Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts. It is a harmonized, specific and only regulation of works and service concessions, which incorporates important developments that have significant impact on the Spanish legislation.

KEYWORDS. Public contracts. Concessions. Works concession. Services concession. Review procedures.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. UNA DIRECTIVA ESPECÍFICA DE CONCESIONES. 1. Apunte sobre la evolución del régimen comunitario de las concesiones. 2. Una regulación armonizada de las concesiones en un texto separado o independiente. III. EL CONCEPTO DE CONCESIONES. 1. Precedentes normativos. 2. La delimitación de las concesiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. 3. La definición de concesiones en la nueva Directiva: transferencia de un riesgo operacional.

* En homenaje al Profesor Demetrio Loperena Rota, con afecto y reconocimiento.

4. Concesiones y contratos mixtos. IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES. 1. Campo de aplicación. A) Ámbito subjetivo de aplicación. B) Ámbito objetivo: definición de concesiones. Remisión. C) Ámbito económico: umbrales. 2. Exclusiones. A) Exclusiones generales. B) Exclusiones específicas. C) Concesiones a empresas asociadas y conjuntas. D) Concesiones entre entidades del sector público: contratación in house y concertación entre órganos adjudicadores. 3. Situaciones y regímenes especiales. V. DURACIÓN DE LA CONCESIÓN. VI. RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN DE LAS CONCESIONES. 1. Principios generales. 2. Régimen sencillo y flexible: no determinación de procedimientos. 3. Requisitos técnicos y funcionales. 4. Normas de publicidad y transparencia. A) Anuncio de concesión. B) Acceso electrónico a los documentos relativos a las concesiones. C) Plazos de recepción de las solicitudes de participación y ofertas para la concesión. D) Anuncios de adjudicación de concesiones. E) Comunicación a los candidatos y los licitadores. 5. Selección y evaluación cualitativa de los candidatos. A) Capacidad profesional y técnica y solvencia financiera y económica. B) Motivos de exclusión. 6. Criterios de adjudicación de las concesiones. VII. EJECUCIÓN DE LAS CONCESIONES.1. Subcontratación. 2. Modificación de las concesiones. A) Modificación convencional o prevista en la documentación de la concesión. B) Modificaciones para obras o servicios adicionales. C) Modificación por circunstancias imprevisibles. D) Modificación por cambio del concesionario inicial. E) Modificaciones no sustanciales: definición de modificación sustancial. F) Modificaciones menores o por debajo de determinados umbrales. 3. Resolución de las concesiones. VIII. APLICACIÓN A LAS CONCESIONES DE LAS DIRECTIVAS DE RECURSOS. IX. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En el Diario Oficial de la Unión Europea L 94, de 28 de marzo de 2014, se han publicado tres importantes Directivas en materia de contratos: la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE[1].

1. Está en tramitación la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso de los productos y servicios de terceros países al mercado interior de la Unión en el ámbito de la contratación pública, así como sobre los procedimientos de apoyo a las negociaciones para el acceso de los productos y servicios de la Unión a los mercados de contratación pública de terceros países [COM (2012) 124 final].

La mayor novedad de este "paquete normativo" de Directivas de cuarta generación está en la adopción de una específica Directiva de concesiones; pues las otras dos entrañan una revisión o reforma, con la consiguiente sustitución y derogación, de las dos precedentes[2]. Con anterioridad, solo las concesiones de obras públicas estaban reguladas en los sectores clásicos (Directiva 2004/18/CE), pero no las concesiones de servicios en los sectores clásicos ni las concesiones de obras y de servicios en los sectores especiales (Directiva 2004/17/CE), sujetas únicamente a los principios generales del Tratado de la Comunidad Europea [hoy, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)]. Por tanto, se trata de una regulación armonizada de las concesiones, mediante una tercera Directiva separada y específica, que se desgaja de las otras dos quebrando la anterior dualidad de textos normativos (sectores clásicos y sectores especiales)[3], cada uno de ellos acompañado de su respectiva Directiva en materia de recursos cuya aplicación se extiende a las concesiones[4].

Las concesiones son una forma de colaboración público-privada en ámbitos que afectan a la calidad de vida de los ciudadanos (autopistas, aparcamientos, distribución de agua, transporte de viajeros, recogida y tratamiento de residuos) y tienen una gran relevancia económica tanto por el volumen de las inversiones como por no computarse a efectos del déficit y endeudamiento públicos[5]. La mera aplicación de los principios generales, sin una normativa

2. Véase Gimeno Feliú, J. M., "Las nuevas directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", *REDA*, núm. 159, 2013, pp. 39-106.
3. Además, la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE
4. En los sectores clásicos, la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras; y, para los sectores especiales, la Directiva 92/13/CEE del Consejo de 25 de febrero de 1992 relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.
5. EUROSTAT, Decisión 18/2004, de 11 de febrero, New decision of Eurostat on deficit and debt - Treatment of public-private partnerships; y *Manual on Government Deficit and Debt, Implementation of ESA10*, edición de 2013, apartados VI.4.3.1.5 y 6 y VI.3.2, pp. 275-287, que fija los criterios a tal efecto y señala diferencias entre las concesiones y la colaboración público-privada (apartado VI.4), exigiendo para que el gasto de la infraestructura no afecte al déficit público que la empresa asuma el riesgo de construcción y el riesgo de

comunitaria, generaba distorsiones del mercado único e ineficacias económicas, como muestra el incremento de asuntos relativos a las concesiones ante el Tribunal de Justicia, que hacían necesaria su regulación a nivel comunitario.

Los objetivos principales -amén de otros fines- perseguidos por la Directiva 2014/23/UE de adjudicación de contratos de concesión (en adelante, Directiva de concesiones) son los tres siguientes: 1) Seguridad jurídica, adoptándose un texto normativo ante la ausencia de regulación comunitaria clara, con un marco flexible y adecuado, mediante normas sencillas y claras y criterios de simplificación y flexibilización de los procedimientos; 2) Mayor acceso de todas las empresas europeas a estos mercados, con una mayor transparencia y facilitación del acceso de las PYME; y 3) Uso estratégico de la contratación pública, recogiendo el papel clave de la contratación pública en la Estrategia Europea 2020, para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y fomentando al mismo tiempo una mayor eficiencia en el gasto público[6].

Aquí se va a estudiar el régimen jurídico de las concesiones establecido en la Directiva 2014/23/UE, destacando sus novedades más relevantes, con referencia a su repercusión en el Derecho interno[7].

---

disponibilidad o el riesgo de demanda. Por todos, González García, J. V, *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; y Macho Pérez, A. B. y Marco Peñas, E., "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat", *RAP*, núm. 194, 2014, pp. 437-474.. Ello exige una clarificación de las concesiones y su distinción de los contratos públicos, en razón de la inoperancia del contrato de obras para diferir pagos y no computar endeudamiento público, como ejemplifica Arimany Lamaglia, E., "La colaboración pública privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales", *QDL*, núm. 11, 2006, pp. 29-31.

6. Así resulta de la combinación de los objetivos señalados en la propuesta de Directiva presentada por la Comisión [COM (2011) 897 final] y de los tres primeros considerandos de la Directiva.
7. Como es sabido, la actual regulación estatal se contiene en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 154 de noviembre (TRLCSP), que transpone las Directivas 2004/18/CE de sectores clásicos y la Directiva 89/665/CEE de recursos en dicho ámbito; y en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que incorpora la Directiva 2004/17/CE de sectores especiales y la Directiva 92/13/CE de recursos en este ámbito. Asimismo, la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, traspuso la Directiva 2009/81/CE.

II. UNA DIRECTIVA ESPECÍFICA DE CONCESIONES

La primera novedad a destacar consiste en la adopción de un texto normativo específico con una regulación armonizada de las concesiones, lo que exige examinar el objeto y la justificación de la Directiva 2014/23/UE.

1. Apunte sobre la evolución del régimen comunitario de las concesiones

La Directiva 71/305/CEE (obras), primera en la materia, excluyó expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de concesión (art. 3.1); si bien, tras su reforma por la Directiva 89/440/CEE, contempló expresamente los contratos de concesión de obras públicas (art. 1 ter Directiva 71/305), estableciendo la aplicación a ellos de las normas de publicidad establecidas en sus arts. 12, apartados 3, 6, 7 y 9 a 13, y 15 bis. En las Directivas de segunda generación, la Directiva 93/37/CEE sobre los contratos públicos de obras –sustitutiva de la Directiva 71/305- mencionó expresamente la concesión de obras públicas entre los contratos incluidos en su ámbito de aplicación y estableció un régimen específico para las concesiones de obras; pero nada decía respecto de las concesiones la Directiva 93/38/CEE sobre los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; y la Directiva 92/50/CEE relativa a los contratos públicos de servicios tampoco incluyó una definición de concesión de servicios.

En el año 2000 se publicó la "Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario"[8], que destacaba: de un lado, la caracterización de las concesiones por la transferencia o asunción del riesgo de la explotación por el concesionario[9]; de otro, la determinación de la definición y un régimen peculiar de la concesión de obras públicas en la Directiva sobre obras; y, finalmente, la aplicación a las otras formas de concesión, pese

8. Publicada en DOCE C 121, de 29.4.2000. Asimismo, la "Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)" (publicada en DOUE C 91, de 12 de abril de 2008).
9. La concesión de obras y la concesión de servicios se caracteriza por una transferencia de la responsabilidad de explotación, por lo que existe concesión cuando el operador asume el riesgo de la obra o del servicio en cuestión (ejecución de la obra o establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas.

a su falta de consideración explícita en las directivas de contratos públicos, de las normas y principios del Tratado[10].

En la regulación precedente de tercera generación, la Directiva 2004/18/CE (sectores clásicos) fija las definiciones de las concesiones de obras públicas y de servicios (art. 1.3 y 4) y establece normas sobre las concesiones de obras (título III, arts. 56 a 65)[11], pero no se aplica a las concesiones de servicios (arts. 4). Por su parte, la Directiva 2004/17/CE (sectores especiales) define también tales conceptos [art. 1.3.a) y b)], pero no se aplica a las concesiones de obras o de servicios que sean adjudicadas por las entidades adjudicadoras que ejercen alguna de las actividades comprendidas en su ámbito de aplicación, cuando estas concesiones se adjudiquen para desarrollar dichas actividades (art. 18).

Ante este escaso y ambiguo marco jurídico ha cobrado un destacado papel la jurisprudencia del TJUE, que, con ocasión de numerosos procesos sobre concesiones, ha fijado un concepto de concesión y declarado la sujeción, con carácter general, de las concesiones que revistan un interés transfronterizo cierto a las normas y principios del TFUE[12].

2. Una regulación armonizada de las concesiones en un texto separado o independiente

La Directiva de concesiones pretende clarificar el anterior régimen general de las concesiones mediante su regulación armonizada, que aporta seguridad jurídica a los operadores económicos y también a los poderes y entidades adjudicadores, superando distorsiones e ineficacias y propiciando una mejora de los servicios y precios para los ciudadanos.

La adopción de la Directiva de concesiones es doblemente novedosa por su objeto y por su forma. En el primer aspecto, regula de manera conjunta

10. A decir de esta Comunicación, el régimen jurídico de las concesiones es dual: con carácter general, las normas y los principios del Tratado que rigen todas las formas de concesión (igualdad de trato, transparencia, proporcionalidad, reconocimiento mutuo y protección de los derechos de los particulares); y, en particular, las normas específicas que la Directiva de obras –luego de sectores clásicos- prevé para las concesiones de obras públicas, que también están comprendidas en la correlativa Directiva de recursos (89/665/CEE).
11. Moreno Molina, J. A., "La regulación comunitaria europea de las conexiones de obras públicas", en Puerta Seguido, F. (dir.), *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 29-72.
12. Por todas, STJUE de 10 de marzo de 2011 (Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, § 49).

las concesiones de obras y las concesiones de servicios, tanto en los sectores clásicos como en los sectores especiales[13]. Esta regulación comunitaria obedece a su relevancia económica: permiten la aportación de financiación y conocimiento por el sector privado, especialmente en una situación de crisis económica y ante una cierta mutación del papel de la Administración desde una función gestora a otra garante, con clara incidencia en los servicios públicos locales[14]. Una cuestión compleja en cuanto a los servicios públicos, como se puso de manifiesto en el proceso de elaboración de la Directiva respecto de la inclusión de las concesiones de servicios[15].

Por ello, la Directiva de concesiones incorpora una específica salvedad relativa al principio de libertad de administración de las autoridades públicas, que entraña, de un lado, la libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos, pudiendo optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos (art. 2.1); y, de otro, la libertad para elegir entre las plurales modalidades para la ejecución de

13. Como muestran su ámbito de aplicación subjetivo (poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras) y objetivo (determinados sectores en concordancia con la Directiva de sectores especiales) y el uso de una denominación común -concesión de obras- con supresión del adjetivo "públicas" incluido en la anterior definición en la Directiva 2004/18/CE.
14. Así el Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda PITVI (2012-2024) dice: "Por ello el cambio necesario se traduce en que las Administraciones Públicas evolucionan de ser un proveedor directo a ser un comprador y regulador de servicios, con el objetivo no de realizar una serie de obras o prestar una serie de servicios directamente, sino de garantizar que éstos sean ejecutados y prestados en las mejores condiciones posibles" (p. 235). Véanse Villalba Pérez, F. "La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de los contratos de concesión", *REALA*, núm. 2, 2014, que enmarca la Directiva como una de las medidas europeas ante las dificultades económicas provocadas en el actual contexto de crisis que pretenden incrementar los mejores resultados en términos de relación calidad/precio, considerando la creciente privatización de los servicios públicos y las disfunciones en la concesión de servicios públicos por la crisis económica; y Arimany Lamaglia, E., "Los servicios públicos locales en tiempo de crisis", *Anuario de Derecho Local*, 2011, pp. 147-171, quien alude a la crisis e insuficiencia de la remuneración con apelación continúa al equilibrio económico de la concesión.
15. Véase Lazo Vitoria, X., "El futuro del mercado concesional en Europa", *Revista CEFLEGAL*, núm. 154, 2013, pp. 137-174, que refiere el debate acerca de la necesidad de una regulación armonizada de las concesiones; y de la misma autora, "Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 129, 2014, pp. 44-55.

obras públicas y los distintos modos de gestión directa o indirecta de los servicios públicos; y los regímenes de propiedad de los Estados miembros y, en particular, no requiere la privatización de empresas públicas que presten servicios al público (art. 2.2).

Y en cuanto a la forma, se trata de un texto normativo específico y separado, que se desgaja de las otras dos Directivas, en particular de la Directiva 2014/24/CE, ya que las concesiones de obras públicas estaban reguladas por normas específicas en la anterior Directiva 2004/18/CE (sectores clásicos).

La Comunicación interpretativa de la Comisión de 2000 trató de distinguir las concesiones de los contratos públicos (apartado I.6) y la Directiva 93/37/CEE, aunque definió la concesión de obras a partir del contrato público de obras, aludía en uno de sus considerandos a la naturaleza específica de la concesión de obras públicas. Por su parte, la Directiva 2004/18/CE conservó esa definición a partir del contrato público de obras, sin referirse al carácter peculiar de la concesión de obras públicas, y fijó normas específicas para las concesiones de obras públicas. En cambio, la calificación de las concesiones en la jurisprudencia del TJUE se ha realizado por contraposición a los contratos públicos.

Pues bien, la Directiva de concesiones se justifica en la fijación de una normativa especial y flexible para las concesiones, en razón de sus peculiaridades (duración, complejidad, etc.), con una clara separación y distinción respecto de la regulación de los contratos públicos[16]. Se apunta una diversidad y contraposición entre los contratos públicos y los contratos de concesión, como muestra la nueva definición de "concesiones" que tiene carácter completo y no se formula sobre la base de los contratos públicos[17]. La regulación conjunta de ambas concesiones, de obras y de servicios, pese a su dispar

16. Como señala el considerando 2 de la Directiva, las normas deben reflejar adecuadamente la especificidad de las concesiones en relación con los contratos públicos.
17. Esta separación entre concesiones y contratos públicos es destacada por Lazo Vitoria, "El futuro...", cit., pp. 143-144, que se refiere a una vocación rupturista, pues los contratos de concesión no son contratos públicos y requieren un andamiaje conceptual de nuevo cuño; Pflueger Tejero, E., "La propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión: aspectos principales", en *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013, p. 71; Vázquez Del Rey Villanueva, R., "Proyecto de Directiva de concesiones", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 32/2012, p. 56; y Villalba Pérez, *op. cit.*, que alude a la mayor complejidad de la relación entre el poder o entidad adjudicador y el concesionario.
18. Según el considerando 8 de la Directiva, se establece una coordinación mínima de los procedimientos nacionales basada en los principios del TFUE, a fin de garantizar la apertura de las concesiones a la competencia y una seguridad jurídica adecuada.

objeto, responde a su idéntica naturaleza derivada de una misma nota distintiva y delimitadora respecto de los otros contratos.

Sin embargo, la Directiva de concesiones sigue en buena medida a las otras dos Directivas, con alguna variación sistemática y, sobre todo, con un nivel de armonización menor o coordinación mínima, sin procedimientos formalizados de adjudicación[18]. En cambio, en materia de recursos se ha utilizado otro criterio al incluir las concesiones en las dos Directivas de recursos existentes para los sectores clásicos y para los sectores especiales.

Por tanto, se trataría más bien de un desglose de esta regulación de las anteriores Directivas, con una base común en torno a su carácter de contratos y a la aplicación de los mismos principios y normas de los Tratados, que ha exigido -como se irá desgranando- la reiteración de preceptos ya contemplados en las otras Directivas, con la fijación de un régimen especial, menos denso y más flexible para las concesiones en atención a sus peculiaridades.

III. EL CONCEPTO DE CONCESIONES

El concepto de concesión, aunque explicitado en las precedentes Directivas, ha generado numerosos conflictos tanto a nivel europeo como interno, especialmente por la necesidad de distinguir las concesiones de servicios de los contratos públicos de servicios en razón de la exclusión de aquellas del ámbito de las Directivas[19]. De ahí que la Directiva 2014/23/UE, en razón de

18. Según el considerando 8 de la Directiva, se establece una coordinación mínima de los procedimientos nacionales basada en los principios del TFUE, a fin de garantizar la apertura de las concesiones a la competencia y una seguridad jurídica adecuada.
19. Como señala la Sentencia de 15-10-2009 (Acoset, C-196/08), "Según el artículo 17 de la Directiva 2004/18, dicha Directiva no es aplicable a las concesiones de servicios, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en su artículo 3. Del mismo modo, el artículo 18 de la Directiva 2004/17 impide aplicar esta última a las concesiones de servicios otorgadas por entidades adjudicadoras que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en sus artículos 3 a 7, cuando estas concesiones se adjudiquen para ejercer dichas actividades" (apartado 44); "Pese a que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas 2004/18 y 2004/17, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad" (apartado 46); y "Entre las disposiciones del Tratado específicamente aplicables a las concesiones de servicios públicos cabe destacar los artículos 43 CE y 49 CE" (apartado 47).
Pueden consultarse Razquin Lizarraga, J. A., "La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012, pp. 171-190; Gallego Córco-

su finalidad de aclarar el régimen de las concesiones, establezca una definición más completa y acabada de ellas en aras de la seguridad jurídica. Para verificar su novedad es precisa una breve referencia a los precedentes tanto normativos como jurisprudenciales.

1. Precedentes normativos

En las Directivas de segunda generación, únicamente la Directiva 93/37/CEE "obras" fijaba una mínima regulación de las concesiones de obras públicas (arts. 3, 11, 15 y 16), que definía como "el contrato que presente los caracteres contemplados en la letra a) (contrato público de obras), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio" [art. 1.d)].

La "Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en Derecho comunitario" de 2000 delimitó los conceptos de concesiones de obras públicas y de servicios en el sentido siguiente:

- Concesión de obras públicas: de su definición en la Directiva 93/37 se deriva que su principal característica es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio. El criterio de la explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de obras: 1) El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto período de tiempo, de modo que la duración de la concesión constituye, por tanto, un elemento importante

---

les, I., "Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios", *Contratación Administrativa Práctica* núm. 111, 2011, pp. 56-61 y núm. 112, 2011 pp. 68-75; Montoya Martín, E., *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Serie Claves del Gobierno Local, 9, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, pp. 111-128; Razquin Lizarraga, M. M., "El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)", en García de Enterría Martínez-Carande, E. y Alonso García, R. (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, vol. 2, pp pp. 3549-3573 y Gimeno Feliú, J. M., "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP", *REDA*, núm. 156, 2012, pp. 17-58.

de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación sino que obtiene de éste el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas; 2) El derecho de explotación implica también la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra; y 3) Por tanto, en una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario. En cambio, se trata de contratos públicos cuando el coste de la obra vaya a cargo principalmente del órgano de contratación y el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios de la obra; así como cuando los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo.

- Concesión de servicios: pese a la diferencia de objeto con la concesión de obras, también el criterio de explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de servicios, por lo que existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas. La concesión de servicios, del mismo modo que la concesión de obras, se caracteriza por una transferencia de la responsabilidad de explotación. La concesión de servicios incide normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado y para las cuáles pueden existir derechos exclusivos o especiales.

- Delimitación entre concesión de obras y concesión de servicios: Si el contrato se refiere principalmente a la construcción de una obra por cuenta del concedente, se trata de una concesión de obras; y, en cambio, un contrato de concesión que implique la realización de obras sólo con carácter accesorio, o que se refiera solamente a la explotación de una obra existente, se interpreta como concesión de servicios.

Las Directivas de tercera generación incluyen la definición tanto de la concesión de obras públicas como de la concesión de servicios [arts. 1.3 y 4 Directiva 2004/18/CE y 1.3. a) y b) Directiva 2004/17/CE], con el tenor siguiente:

> *"3. La «concesión de obras públicas» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente*

en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.
4. La «concesión de servicios» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio."[20]

Se trata, por tanto, de dos conceptos específicos y no contrapuestos frente a los contratos públicos, puesto que añaden a las características de éstos, un rasgo o nota especial que los delimita o distingue, consistente en que la contrapartida sea el derecho de explotación de la obra o servicio o dicho derecho acompañado de un precio.

2. La delimitación de las concesiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia se ha ocupado en numerosos asuntos de la distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios, por resultar una cuestión clave para seleccionar la normativa de aplicación, pues las concesiones de servicios están excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas de contratos públicos, si bien les son de aplicación los principios y normas de los Tratados. A tal fin, ha fijado una consolidada jurisprudencia[21], que puede sintetizarse del modo siguiente:

20. El texto transcrito corresponde a la Directiva 2004/18/CE. Como señala la STJUE de 10 de noviembre de 2011 (C-348/10, Norma-A SIA), las definiciones del «contrato público» y de la «concesión de servicios» en las Directivas 2004/18 y 2004/17 son esencialmente análogas, por lo que se aplican los mismos criterios a la hora de interpretar los conceptos de contrato de servicios y de concesión de servicios en los respectivos ámbitos de aplicación de ambas Directivas (apartado 39 y 40).
21. La distinción se aborda por el Tribunal de Justicia en las siguientes sentencias: *Teleaustria* de 7-12-2000 (C-324/98: concesión para la elaboración y edición de listas de abonados al servicio telefónico, impresas y en formato electrónico (guías telefónicas) se califica como concesión de servicios); *Coname* de 21-7-2005 (C-231/03: Concesión para la gestión del servicio público de distribución de gas parte de tal calificación como concesión); *Parking Brixen* de 13-10-2005 (C-458/03: gestión de aparcamiento público de pago es una concesión de servicios); *ANAV* de 6-4-2006 (C-410/04: Servicio de transporte público local calificados como concesión de servicios); *Comisión/Italia* de 18-7-2007 (C-382/05: convenios relativos al tratamiento de residuos urbanos se califican como contratos de servicios, y no como concesión de servicios); *Comisión/Italia* de 13-9-2007 (C-260/04: concesiones para la gestión y recogida de apuestas hípicas sin procedimiento de licitación se consi-

- La cuestión de si una operación debe calificarse o no de concesión de servicios o de contrato público de servicios ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario.

- La diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios, mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.

- El modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, pero además la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. La inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre. Cuando la remuneración del prestador procede exclusivamente de terceros, la transferencia de un riesgo de explotación "muy limitado" por parte de la entidad adjudicadora es suficiente para que pueda considerarse que existe una concesión de servicios.

---

deran como concesión de servicios); *Comisión/Irlanda* de 8-12-2007 (C-532/03: servicios de transporte en ambulación se califican como concesión de servicios); *Frigerio Luigi & C* de 18-12-2007 (C-357/06: contrato de gestión del servicio de limpieza urbana se califica como contrato de servicios); *Coditel Brabant* de 13-11-2008 (C-324/07: Concesión relativa a la explotación de una red municipal de teledistribución se considera concesión de servicios); *Hans & Christophorus Oymanns* de 11-6-2009 (C-300/07: Fabricación y suministro de calzado ortopédico adaptado individualmente a las necesidades de los pacientes se considera como contrato de servicios (acuerdo marco), y no concesión de servicios); *Eurowaser* de 10-9-2009 (C-206/08: Servicio público de suministro de agua potable y de tratamiento de aguas residuales se califica como concesión de servicios); *Acoset* de 15-10-2009 (C-196/08: selección del socio privado minoritario en la sociedad de economía mixta adjudicataria directa del servicio integrado de aguas parte de que se trata de una concesión de servicios); *Wall* de 13-4-2010 (C-91/08: concesión de servicios relativa a la explotación y al mantenimiento de algunos aseos públicos en el territorio de dicha ciudad se parte de su calificación como concesión de servicios); *Comisión/Alemania* de 29 de abril de 2010 (C-160/08: adjudicación de servicios públicos de socorro consistentes en el transporte sanitario de urgencia y transporte especial de enfermos); *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler* de 10 de marzo de 2011 (C-274/09: adjudicación de contratos de prestación de servicios en el ámbito de los servicios de socorro); y *Norma-A SIA* de 10 de noviembre de 2011 (C-348/10: concesión de servicios de transporte colectivo en autobús en una ciudad y en una comarca).

- El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios.

- Por tanto, cuando el adjudicatario no soporta una parte significativa del riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, tal operación debe calificarse como contrato de servicios, y no de concesión de servicios.

Estos criterios son trasladables a la distinción entre los contratos públicos de obras y las concesiones de obras públicas; por lo que cuando el adjudicatario no asume los riesgos relacionados con la gestión de la obra, el contrato debe calificarse como contrato de obras públicas y no como una concesión de obras públicas[22]. Por otra parte, es preciso distinguir entre ambas concesiones, de obras públicas y de servicios, en razón a su dispar régimen en la Directiva de sectores clásicos[23]; en concreto, en las concesiones de obras públicas deben cumplirse las normas al respecto establecidas en la Directiva de sectores clásicos[24].

22. Como declara la STJUE de 13 de noviembre de 2008 (Comisión/Italia, C-437/08, apartados 30 y 32 a 35); lo que se recuerda en la STJUE de 10-9-2009 (Eurawaser, C-206/08, apartado 68).
23. Así la STJUE de 15-10-2009 (Acoset, C-196/08) señala: "Por otra parte, consta que la ejecución de las obras conexas a la gestión en exclusiva del servicio integrado de aguas del que se trata en el litigio principal tiene carácter accesorio respecto del objeto principal de la concesión en cuestión, que es la prestación de dicho servicio, por lo que dicha concesión no puede calificarse de «concesión de obras públicas» (véanse en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Rec. p. I-1329, apartados 26 a 28, y el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2004/17)" (apartado 45).
24. La STJUE de 22 de abril de 2010 (Comisión/España, C-423/07) califica una concesión de autopista de peaje como concesión de obras públicas (apartado 52) y condena a España por incumplir los arts. 3, apartado 1, y 11, apartados 3 y 6, de la Directiva 93/37/CEE al haber adjudicado a la concesionaria la construcción de nuevos carriles de circulación sin que estas obras se mencionaran en el objeto del contrato de concesión de obras públicas, tal como se describía en el anuncio publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y en el pliego de condiciones.

3. La definición de concesiones en la nueva Directiva: transferencia de un riesgo operacional

La Directiva de concesiones fija un concepto más preciso y acabado de concesiones (Considerando 11), con el tenor siguiente (art. 5.1):

> *"1) «concesiones»: las concesiones de obras o de servicios con arreglo a las definiciones contempladas en las letras a) y b):*
> *a) «concesión de obras»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago;*
> *b) «concesión de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.*
> *La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable".*

Por tanto, la nota distintiva de las concesiones de obras y de servicios es la contrapartida que consiste en el derecho a explotar las obras o servicios o este mismo derecho en conjunción con un pago e implica necesariamente la asunción de un riesgo operacional por el concesionario[25]. La trascendental

25. Como añade el considerando 11 de la Directiva de concesiones, "Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores,

diferencia respecto de las Directivas precedentes[26] estriba en la explicitación en la nueva Directiva de la noción de riesgo operacional (último párrafo del art. 5.1 común a ambas definiciones), con la que, atendiendo a la jurisprudencia del TJUE (según indica el Considerando 18) y en aras de la seguridad jurídica, se pretende clarificar el significado del rasgo identificador de las concesiones que consiste en la transferencia de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios.

Este concepto de concesión, así como la inseparable y clave noción de riesgo operacional[27], pueden desentrañarse, conforme a la motivación expresada en los considerandos de la propia Directiva, del modo siguiente:

a) *Delimitación negativa*: es preciso comenzar diferenciando la concesión de otras figuras distintas. No son concesiones: por su naturaleza, la financiación mediante subvenciones (Considerando 12), los regímenes donde todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a realizar una determinada tarea sin selectividad alguna -tales como los sistemas de elección por el cliente y de bonos de servicios- (Considerando 13) y las autorizaciones o licencias a cuyo través se fijan las condiciones para el ejercicio de una actividad económica que por lo general se otorgan a petición del operador económico y no por iniciativa del poder adjudicador o entidad adjudicadora (Considerando 14); por su objeto, no se consideran concesiones a efectos de la Directiva las concesiones referidas a bienes y demaniales (Considerando 15), ni los derechos o servidumbres de paso por inmuebles públicos (Considerando 16); y por su carácter, tampoco se aplica la Directiva a los contratos que no conllevan pagos al contratista y en los que éste recibe su retri-

pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios". Cfr. art. 2.1.5 del Directiva 2014/24/UE de contratación pública o sectores clásicos.

26. Se aprecian otras diferencias respecto de las definiciones en las precedentes Directivas de 2004, como son respecto de la Directiva 2004/18/CE las siguientes: 1) En la denominación de la concesión de obras, se suprime el adjetivo "públicas" por integrar también a la Directiva de sectores especiales; 2) En cuanto a la naturaleza y objeto del contrato, la novedad estriba en la formulación directa de tal definición, frente a la anterior que era por remisión a la de los contratos públicos de obras o de servicios, respectivamente, así como la precisión en las concesiones de servicios de que su objeto consiste en la encomienda de la prestación y la gestión de servicios; pero realmente no se altera ni la naturaleza (un contrato oneroso como los contratos públicos) ni el objeto (obras o servicios), si bien en la concesión de servicios se añade la referencia a la "gestión" amén de la prestación; y 3) La característica distintiva sigue siendo la contrapartida, respecto de la que se mantiene con ligeros cambios gramaticales la redacción precedente, con el añadido de la definición de la noción de riesgo operacional.

27. Sobre esta destacada noción, Lazo Vitoria, "El futuro...", cit., pp. 152-156; Pflueger Tejero, *op. cit*., pp. 73-76; Villalba Pérez, *op. cit*.; y Blanco López, F., "La Directiva 23/2014 de contratos de concesión. El «riesgo operacional»", *Revista Derecho y Salud*, vol. 24, Extra, 2014, pp. 88-94.

bución de acuerdo con tarifas reglamentadas que cubren la totalidad de los costes e inversiones soportados para prestar el servicio (Considerando 17).

b) *Caracterización esencial de las concesiones*: la característica principal de la concesión es el derecho a explotar las obras o los servicios, que implica la traslación al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda y/o el de suministro (párrafo último del art. 5.1 y considerando 18). Por tanto, no se trata de una concesión cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensan las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato (Considerando 19).

El origen de los fondos es un elemento significativo de la concesión, pero no es determinante, pues el derecho de explotación puede ir en conjunción de un pago o acompañado de un precio, de suerte que el poder o entidad adjudicador puede asumir parcialmente el coste de la explotación a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario (por ej., "precios sociales")[28]. Incluso se admite la calificación como concesión de ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder o entidad adjudicador si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios (Considerando 18).

c) *Definición de riesgo operacional*: concurre un riesgo operacional cuando no está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión; esto es, la posibilidad de que el concesionario no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento (párrafo último del art. 5.1 y considerando 18). Así pues, el concesionario está expuesto a una posible pérdida de la inversión realizada.

El riesgo operacional debe derivar de factores que escapan al control de las partes, esto es, el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado. Un riesgo debido a factores imprevisibles e inciertos que puede relacionarse con la demanda o el suministro o con ambos: el "riesgo de demanda" es aquel que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato; y el "riesgo de oferta" se refiere al suministro de las obras o servicios objeto del contrato,

28. Según se indicaba en la Comunicación interpretativa de la Comisión de 2000.

en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda[29]. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario (Considerando 20).

En cambio, no tienen este carácter los riesgos vinculados a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión (Considerando 18).

d) *Alcance del riesgo operacional a transferir*: la traslación no ha de referirse necesariamente a la totalidad del riesgo, ya que una parte puede seguir asumiéndose por el poder o entidad adjudicador, lo que remite a la crucial cuestión del reparto de los riesgos entre el concedente y el concesionario. Ahora bien, la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable (párrafo último del art. 5.1 y considerando 18). Por tanto, ha de concurrir una asunción significativa del riesgo operacional a ponderar más en términos cualitativos -realidad de la asunción del riesgo- que cuantitativos -volumen de riesgo asumido- atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes de cada caso[30].

---

29. La propuesta de la Comisión contemplaba dos tipos de riesgo económico: el riesgo de demanda y el riesgo de disponibilidad (art. 2.2, párrafo segundo); por lo que COYLE, C., "Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿Excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 884, 2014, pp. 5, considera que la Directiva parece apuntar a la exclusión del concepto de concesión de aquellas concesiones basadas en la transferencia al concesionario del riesgo de disponibilidad. Véase Lazo Vitoria, "El futuro...", cit., pp. 152-156. La aversión al riesgo del sector privado especialmente en una situación de crisis económica ha motivado el recurso al riesgo de disponibilidad en la contratación del sector público [Plan de Infraestructuras, Transporte y Vivienda PITVI (2012-2024)], apuntándose distintas fórmulas de reparto de riesgos, como reflejan, entre otros, Baeza Muñoz, M. A., Ortega Hortelano, A., y Vassallo Magro, J. M., "Reparto de riesgos en concesiones de infraestructuras ante la crisis económica", en *Transporte innovador y sostenible de cara al siglo XXI: X Congreso de Ingeniería del Transporte: celebrado del 20 al 22 de junio de 2012, en Granada*, Universidad de Granada, Granada, 2012; y Sánchez Soliño, A., "Optimización de la transferencia de riesgos en los Contratos de Infraestructuras y Servicios Públicos", *Hacienda Pública Española*, núm. 201, 2012, pp. 67-91.

30. Téngase en cuenta que se ha eliminado el adjetivo "sustancial" que calificaba el riesgo operacional en el art. 1.2 de la propuesta de Directiva presentada por la Comisión. No obstante, según reiterada jurisprudencia del TJUE, "si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre" (por todas, SSTJUE de 10 de marzo de 2011, Privater Ret-

Por ello, pueden calificarse como concesión los contratos donde el riesgo esté limitado desde el inicio, como ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor (Considerando 19). Y, en cambio, no se trata de una concesión si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato (Considerando 18).

Estas precisiones incorporadas a la definición de las concesiones en la nueva Directiva, que vienen a codificar la reseñada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tienen claro impacto en el Derecho interno, especialmente para las concesiones de servicios. El TRLCSP define y regula específicamente la concesión de obras públicas caracterizándola por la contraprestación consistente en el derecho a la explotación solo o acompañado de un precio y por su ejecución en todo caso a riesgo y ventura del concesionario (art. 7 TRLCSP)[31]; y, en cambio, la concesión de servicios es un subtipo de una categoría contractual, el contrato de gestión de servicios públicos (arts. 8 y 275 TRLCSP), más compleja y sin réplica en el Derecho comunitario, "por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura" [art. 277.a)

---

tungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, § 29; y de 10 de noviembre de 2011, Norma-A SIA, C-348/10, §§ 45 y 50). Por otra parte, Pflueger Tejero, *op. cit*., p. 75, tras referirse a la propuesta del Comité de las Regiones de eliminar el término "sustancial", señala que en la Directiva el concesionario debe asumir de forma muy amplia el riesgo de la actividad, ya sea de demanda o de disponibilidad, que son los rasgos que exige la normativa SEC 95 para que no se compute como deuda; y Lazo Vitoria, "El futuro…", *cit*., p. 135, señala que el concesionario debe asumir una parte sustancial o relevante del riesgo aunque ello no implica que deba asumirlo todo.

31. Pueden consultarse, entre otros, Embid Irujo, A. y Colom Piazuelo, E., *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas: Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003; Bernal Blay, M. A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*, Civitas, Madrid, 2010, que señala la ejecución de una obra pública como objeto de la concesión y la explotación económica como presupuesto del contrato (pp. 173-200); Sanz Gandasegui, F., "El concepto de contratos de concesión de obras públicas", en Menéndez Hernández, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 114-132; y Morcillo Moreno. J., "El contrato de concesión de obra pública", en Moreno Molina, J. A. (dir.), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Madrid, 2008, pp. 369-418.

TRLCSP][32]. Ello exigirá una adaptación de los tipos y definiciones contractuales del TRLCSP a la Directiva, clarificando al tiempo la disyuntiva y conflictividad también existente en el ámbito interno entre concesiones de servicios y contratos de servicios[33].

Además, la Directiva de concesiones no expresa o recoge el principio de equilibrio económico[34] y, por otra parte, tipifica como modificación sustancial la alteración del equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo no previsto en la concesión inicial [art. 43.4.c)][35].

En cambio, el principio de equilibrio económico constituye un elemento distintivo y caracterizador de las concesiones en el Derecho interno. En la concesión de obras la ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del concesionario (art. 242 TRLCSP), pero éste tiene derecho, no sólo a explotar la obra pública y percibir la retribución económica pactada bien de los usuarios o de la Administración [arts. 245.a) y 253 a 256 TRLCSP], sino también al ajuste o restablecimiento del equilibrio económico en caso de modificación del proyecto o de la obra pública [arts. 243 y 250 TRLCSP] y al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión [arts. 245.b) y 258 TRLCSP][36],

32. Es destacable la exigencia de que la obra sea susceptible de explotación económica (por todos, Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 70/2004, de 11 de marzo de 2005, sobre contrato de concesión de obra pública para la construcción de un edificio, en un solar municipal, destinado a usos sociales y culturales, para, una vez construido, ceder el uso al Ayuntamiento) o de que el servicio público sea susceptible de explotación por particulares (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 22/09, de 25 de septiembre de 2009, sobre diversas cuestiones sobre un contrato de gestión de servicio público para recogida selectiva de residuos). Véanse, entre otros, Blanquer Criado, D., *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 192-215, que señala como caracterizador el riesgo de demanda, pero no el riesgo de disponibilidad (pp. 228-230).
33. Esta necesaria clarificación se ha llevado a cabo por las Juntas Consultivas y por el TACRC. Sobre ello, entre otros, Razquin Lizarraga, "La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios... ", citado. Como señala Lazo Vitoria, *op. cit*., pp. 142-143, las mayores diferencias se aprecian en la delimitación conceptual y regulación de la concesión de servicios.
34. Según Lazo Vitoria, "El futuro...", cit., pp. 171-172, se trata de un silencio consciente en claro contraste con la legislación española que lo recalca.
35. Pflueger Tejero, *op. cit*., p. 76, considera que ello parece decir que el concesionario no tiene derecho al equilibrio económico financiero.
36. En cuanto a la concesión de obras públicas, Ortega Alvarez, L., "El régimen común de equilibrio económico del contrato de concesión de obras públicas predicable de los diferentes supuestos de riesgo y ventura existentes en las distintas fases de la dicha concesión", en *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., pp. 213-225; y Martín Puerta, P., "Régimen económico de la concesión y equilibrio económico del contrato", en *Instrumentos españoles*..., cit., pp. 255-270. Y respecto de la concesión de servicios, Blanquer Criado, *op. cit*., pp. 1250-1330.
La STS de 12 de mayo de 2008 (Recurso de Casación núm. 478/2007) señala que "El riesgo

así como al abono por la Administración, en caso de resolución (sin excepción), del importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, para lo que se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero (art. 271.1 TRLCAP)[37]. Y la concesión de servicios, en la que la gestión del servicio se lleva a cabo a riesgo y ventura del concesionario [art. 277.a) TRLCSP], tiene también como rasgo básico el mantenimiento del equilibrio económico-financiero, a restablecer en caso de modificación contractual (art. 282 TRLCSP)[38]. Nótese, finalmente, que el principio de riesgo y ventura es una

concesional es inherente al contrato y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha de respetar los cauces legales"; y la STS de 9 de mayo de 2014 (Recurso de Casación núm. 1457/2013) declara: "Y resaltar que lo resultante de esa regulación que acaba de transcribirse son estas dos consecuencias: (i) el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras públicas tiene tasadas sus causas en esas que enumera el precepto; y (ii) el mecanismo legalmente previsto para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato no consiste en el reconocimiento al concesionario de un necesario o invariable derecho a ser indemnizado en una suma económica que compense el desequilibrio producido, sino en que la Administración adopte esas específicas medidas que contempla el apartado 3 del precepto que acaba de transcribirse; unas medidas, debe añadirse, que están en línea con la naturaleza de esta especial modalidad de contrato administrativo y son acordes con la contraprestación principal reconocida al contratista (el derecho a la explotación de la obra)". Distintas SSTS (por todas, STS de 8 de octubre de 2012, Recurso de Casación núm. 1405/2009) declaran la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico-financiero en una concesión de autopista a causa de la declaración judicial de improcedencia de la aplicación de bonificación del 95 por 100 de la base imponible del Impuesto de Bienes Inmuebles que se venía aplicando por la Administración por tratarse de un riesgo imprevisible sobrevenido. La STS de 16 de mayo de 2011 (recurso contencioso-administrativo 566/2008) estima parcialmente la petición de restablecimiento del equilibrio económico en una concesión de autopista, por falta de construcción de otra autopista continuación de la anterior, pese a no estar prevista en la documentación de aquella. Y las SSTS de 25 de enero de 2013 (recurso contencioso-administrativo 4887/2011) y de 4 de febrero de 2014 (recurso contencioso-administrativo 486/2011) rechazan la petición de restablecimiento del equilibrio económico en una concesión de obra por considerar que el desarrollo o mejora de la red de transporte no constituye un acontecimiento extraordinario que rompa tal equilibrio, estando previsto en la documentación concesional.

37. Sobre la adecuación de esta previsión a la Directiva de concesiones, González de Olano, G. y Navarro Manich, J. A., "Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión", *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 37/2014, p. 47.
38. Así resulta de reiterada jurisprudencia. La STS de 6 de marzo de 1999 (Recurso de Apelación núm. 1900/1992) señaló que "a diferencia de los contratos administrativos, que se rigen por el principio de riesgo y ventura del contratista, las concesiones lo hacen por el del equilibrio financiero", añadiendo que "Naturalmente ello será así cuando el equilibrio financiero sólo pueda conseguirse mediante la elevación de tarifas, de suerte que la autofinanciación es un objetivo que debe asegurarse cuando se señalan al establecerse

característica general de la ejecución de los contratos administrativos (art. 215 TRLCSP).

Es precisa, por tanto, una revisión seria y ponderada de tales previsiones para ajustarlas a las exigencias del Derecho comunitario y, en particular, a la nueva definición de concesiones y a la noción de riesgo operacional, sin que el riesgo transferido al concesionario pueda asimilarse al general asumido por el contratista[39]. La traslación del riesgo operacional al concesionario no tiene que ser completa o absoluta, sino que puede ser limitada o parcial, debiendo atenderse a los criterios de retribución adecuada y reparto de riesgos entre el concedente y el concesionario, con la posibilidad de abonos por el propio poder o entidad concedente[40]. Se trata de aplicar un criterio de proporcionalidad entre la asunción de un riesgo real y significativo de la explotación por el concesionario y el hecho de hacer atractiva la colaboración privada en actividades que comportan importantes inversiones, con una efectiva traslación de riesgos al concesionario y evitando que el riesgo termine recayendo en la entidad pública concedente[41].

4. Concesiones y contratos mixtos

Las concesiones mixtas son aquellas que tienen por objeto tanto obras como servicios y también servicios de distinto régimen (art. 20.1 Directiva de concesiones) y los contratos mixtos se caracterizan por incluir tanto elementos de las concesiones como de otros contratos regulados en otras Direc-

---

la concesión, a fin de que las elevaciones que forzosamente hayan de producirse sean las normales y no encuentren su origen en una gestión desafortunada, imputable a la propia concesionaria, por haber actuado más allá de las normas razonables de explotación económica".

39. El concesionario debe asumir, como en el contrato de obras, el riesgo de la construcción y, también y sobre todo, el riesgo operacional de la concesión. Así se deriva de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones, lo apuntó Sanz Gandasegui, *op. cit.*, p. 115, y también el Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En cambio, para González de Olano y Navarro Manich, *op. cit.*, p. 46 y 57, el concepto de «riesgo operacional» de la Directiva se ajusta, en líneas generales, al tradicional concepto de riesgo y ventura que ya viene rigiendo en el ámbito de la contratación pública española y de las concesiones.
40. Como indica Villalba Pérez, *op. cit.*, la suficiencia tarifaria es la regla general, que admite excepciones.
41. Como advirtiera Ruiz Ojeda, A., *La concesión de obra pública*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 520-549.

tivas. La cuestión reside en determinar el régimen jurídico que les resulta aplicable[42].

La Directiva de concesiones sigue el criterio de absorción en las concesiones mixtas de obras y servicios, que se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de concesión predominante en el objeto principal del contrato (art. 20.1, párrafo primero); y en las concesiones mixtas de servicios sociales y del anexo IV con otros servicios, ya que el objeto principal se determinará en función de los servicios de mayor valor económico (art. 20.1, párrafo segundo).

En los contratos mixtos (concesiones y otros contratos) ha de tenerse en cuenta si las diferentes partes del contrato son o no objetivamente separables: en primer lugar, si las partes del contrato son separables, se puede optar bien por la combinación mediante la adjudicación de contratos separados para las partes separadas sometidos en cada caso al régimen jurídico correspondiente a las características de la parte separada de que se trate[43]; o bien por la adjudicación de un único contrato con aplicación de la Directiva de concesiones al contrato mixto resultante (art. 20.3), salvo cuando el contrato mixto contiene elementos de concesiones y también de contratos sometidos a las Directivas de sectores clásicos o de sectores especiales, que se adjudicará con arreglo a las disposiciones de éstas (art. 20.4)[44]. Y en segundo lugar, en el supuesto de imposible separación de las partes del contrato, se aplica el criterio de absorción, ya que el régimen jurídico aplicable se determinará en función del objeto principal de ese contrato (art. 20.5)[45]. Además se fijan reglas específicas, en

42. En el Derecho Comunitario europeo, los precedentes normativos y jurisprudenciales muestran la aplicación del criterio de absorción. La STJCE de 19 de abril de 1994 (Gestión Hotelera Internacional) aplicó el criterio de la absorción, declarando que un contrato mixto de obras y cesión de bienes no está incluido si la ejecución de obras tiene carácter accesorio respecto de la cesión de bienes. Aunque no hay una regla explícita, los preceptos de la Directiva 2004/18 siguen el criterio de la absorción (como señala el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 58/03, de 12 de marzo de 2004).
43. A la separación de las prestaciones se refiere la STJUE de 22 de diciembre de 2010 (Mehiläinen Oy, C-215/09).
44. Este precepto es correlativo al art. 3.4, párrafo tercero de la Directiva 2014/24/UE, a cuyo tenor "Cuando se trate de contratos mixtos que contengan elementos de contratos de suministro, obras y servicios y de concesiones, el contrato mixto se adjudicará de conformidad con la presente Directiva, siempre que el valor estimado de la prestación propia de un contrato regulado por la presente Directiva, calculado con arreglo al artículo 5, sea igual o mayor al umbral correspondiente establecido en el artículo 4."
45. Se sigue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a cuyo tenor en el caso de un contrato mixto cuyas distintas estipulaciones están ligadas inseparablemente y forman, por lo tanto, un todo indivisible -con arreglo a lo indicado en el anuncio de licitación-, la operación en cuestión debe examinarse en su conjunto de forma unitaria a efectos de su calificación jurídica y debe valorarse con arreglo a las normas por las que se rige la esti-

línea con los anteriores criterios generales, para los contratos mixtos que contienen aspectos relativos a la defensa y seguridad (art. 21), para los contratos relativos a actividades enumeradas en el Anexo II y otras actividades (art. 22) y para las concesiones relacionadas con actividades a que se refiere el Anexo II y relacionadas con aspectos de defensa y seguridad (art. 23).

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES

Un aspecto capital de la Directiva de concesiones es la determinación de su ámbito de aplicación, que exige abordar tres aspectos: 1) El campo de aplicación o delimitación positiva de su radio de acción; 2) Las exclusiones o delimitación negativa de su campo aplicativo; y 3) Los regímenes y situaciones especiales. Por otra parte, la aplicación de la Directiva se ajustará al artículo 346 del TFUE (art. 1.3).

1. Campo de aplicación

La Directiva de concesiones establece las normas aplicables a los procedimientos de contratación por parte de poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras por medio de una concesión, de un valor estimado igual o superior a los umbrales establecidos en el art. 8 (art. 1.1). Por tanto, su ámbito de aplicación resulta de la aplicación conjunta de tres criterios: subjetivo, objetivo y económico[46].

A) Ámbito subjetivo de aplicación

En razón del aludido carácter conjunto de la Directiva de concesiones, su ámbito subjetivo de aplicación se corresponde con el fijado tanto en la Directiva de sectores clásicos como en la Directiva de sectores especiales. Sin

pulación que constituye el objeto principal o elemento preponderante del contrato (por todas, STJUE de 6 de mayo de 2010, Club Hotel Loutraki, C-145/08 y C-149/08, ap. 48).

46. Desde la perspectiva temporal, la Directiva de concesiones no se aplica a la adjudicación de concesiones ofrecidas o adjudicadas antes del 17 de abril de 2014 (art. 56, párrafo segundo), por lo que no afectará a las actuales concesiones y a las licitadas con anterioridad a tal fecha.

embargo, en vez de remitirse a las otras dos Directivas, la Directiva de concesiones ha optado por fijar directamente su ámbito subjetivo de aplicación, que comprende dos tipos de sujetos:

a) *Poderes adjudicadores* [art. 1.2.a)]: son el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público distintos de aquellos que desarrollen alguna de las actividades recogidas en el anexo II[47] y adjudiquen una concesión para la realización de una de esas actividades (art. 6.1). Además, se explicitan las nociones de autoridades regionales (art. 6.2) y de autoridades locales (art. 6.3), así como de organismos de derecho público (art. 6.4). Se traslada así a las concesiones el campo de aplicación y sus definiciones de la Directiva 2014/24/UE (sectores clásicos).

b) *Entidades adjudicadoras siempre que las obras y servicios estén destinadas a realizar actividades del anexo II* [art. 1.2.b)]: son aquellas que desarrollan una actividad recogida en el anexo II y adjudican una concesión para la realización de una de esas actividades, con tres grupos: 1) Las autoridades estatales, regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por una o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público; 2) Las empresas públicas que se definen en el apartado 4 del propio precepto; y 3) Las entidades distintas de las anteriores, pero que funcionan sobre la base de derechos especiales o exclusivos, concedidas por las autoridades competentes de un Estado miembro para el ejercicio de una de las actividades contempladas en el anexo II, salvo que tales derechos especiales o exclusivos se les hayan otorgado mediante un procedimiento que haya sido objeto de una publicidad adecuada y sobre la base de criterios objetivos (art. 7). Con ello, se viene a trasladar a las concesiones el campo de aplicación y la definición de empresa pública de la Directiva 2014/25/UE (sectores especiales). El primer grupo de entidades adjudicadoras [art. 7.1.a) Directiva 2014/23/UE] se corresponde con la noción de poderes adjudicadores de la Directiva 2014/24/UE y a dicho grupo se refieren específicamente algunas de las previsiones de la Directiva de concesiones (cfr. arts. 10.1, párrafo primero, 17, 38.4 y 38.5).

Este ámbito subjetivo tiene relevante impacto en la legislación española de las concesiones de servicios, ya que se extiende a entidades que en este

47. El Anexo II enumera tales actividades por referencia a los sectores siguientes: gas y calefacción; electricidad; transporte; instalaciones aeroportuarias o portuarias; servicios postales; y explotación en una zona geográfica para extracción de petróleo o gas y prospección o extracción de carbón u otros combustibles sólidos. En correspondencia con los arts. 8 a 14 de la Directiva 2014/25/UE de sectores especiales.

momento carecen de la competencia para celebrar contratos de gestión de servicios públicos y, por ello, de concesiones[48], pues dicho contrato solo puede realizarse por una Administración Pública o una Mutua (art. 8 TRLCSP)[49].

B) Ámbito objetivo: definición de concesiones. Remisión

La Directiva de concesiones se aplica a las concesiones de obras y de servicios, de acuerdo con definición que se ha reflejado más atrás, si bien es apreciable la diferencia entre las definiciones positivas y más precisas de ejecución de obras y de obras (art. 5, apartados 7 y 8) y la delimitación negativa e imprecisa del objeto de la concesión de servicios por referencia a "la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en el apartado a) [art. 5.1.b)]. Destaca la inclusión de los servicios sociales y otros específicos del Anexo IV, si bien con una armonización mínima (art. 19).

Por tanto, la Directiva de concesiones no se aplica a los contratos con una naturaleza distinta a la concesión, como son los contratos públicos regulados en la Directiva 2014/24/UE y los contratos en los sectores especiales regulados en la Directiva 2014/25/UE. Y tampoco afecta -al igual que la Directiva 2014/24/UE- a la distribución de poderes o funciones entre las instituciones públicas sin previsión de una retribución por contrato por ser un asunto de organización interna del Estado (art. 1.4) y tampoco a la libertad de los Estados miembros para definir los servicios de interés económico general (art. 4.1), quedando, además, fuera de su ámbito de aplicación los servicios de interés general no económicos (art. 4.2). En cambio, se aplica a la adjudicación de concesiones en los ámbitos de la seguridad y la defensa a que se refiere la Directiva 2009/81/CE, a excepción de determinados supuestos (art. 10.6).

C) Ámbito económico: umbrales

La Directiva de concesiones se aplica a las concesiones de un valor igual o superior a 5.186.000 euros (art. 8.1). Así pues, establece un mismo umbral para ambos tipos de concesiones, de obras y de servicios, tomando como referente el criterio económico fijado para los contratos de obras[50], lo que se

48. Como señalan Villalba Pérez, *op. cit.*; y González de Olano y Navarro Manich, *op. cit.*, p. 49.
49. Blanquer Criado, *op. cit.*, pp. 1202-1205, indica las Administraciones públicas que pueden otorgar concesiones de servicios.
50. Como señala el art. 9 de la Directiva de concesiones, este umbral se corresponde con el fijado para las concesiones de obras en el Acuerdo de la Organización Mundial de Comer-

separa de la diferencia de umbrales entre los contratos de obras y los contratos de servicios en las otras Directivas (arts. 4 Directiva 2014/24/UE y 15 Directiva 2014/25/UE)[51].

En razón de la relevancia del valor de la concesión, se fijan reglas para su determinación. Son las siguientes:

a) *Valor de la concesión*: será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios, que se determinará en un momento inicial del procedimiento, si bien se corregirá en el caso de que el valor en el momento de la adjudicación supere en más de un 20% su valor estimado (art. 8.2).

b) *Método de cálculo*: el valor estimado de la concesión se calculará empleando un método especificado en los documentos relativos a la concesión, teniendo en cuenta: el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión; la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora; los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública; el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión; la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión; el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios; y las primas o pagos a los candidatos o licitadores (art. 8.3). La elección del método para su cálculo no puede servir para excluirla del ámbito de aplicación de la Directiva, si bien se admite la subdivisión de la concesión por

---

cio sobre Contratación Pública («ACP»).

51. Así el art. 4 de la Directiva 2014/24/UE (sectores clásicos) fija los umbrales siguientes: 5.186.000 EUR en los contratos públicos de obras; 134.000 EUR en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales y los concursos de proyectos organizados por estos; 207.000 EUR en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos; y 750.000 EUR, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV.

razones objetivas pero se prohíbe cuando su objetivo es eludir la aplicación de la Directiva (art. 8.4).

c) *Valor en caso de lotes separados*: si es posible la adjudicación de las concesiones en forma de lotes separados, se tendrá en cuenta el valor total estimado de todos los lotes, de suerte que si el valor acumulado de los lotes iguala o supera el umbral establecido, la Directiva se aplica a la adjudicación de cada lote (art. 8.5 y 6)[52].

Con ello se trata de que dicho cálculo sea objetivo y global atendiendo al valor total –recursos, opciones y tiempo- de la concesión, en correspondencia con los criterios previstos en las otras dos Directivas (arts. 5 Directiva 2014/24/UE y 16 Directiva 2014/25/UE).

Además, se autoriza a la Comisión para revisar de forma bianual el umbral fijado en línea con las modificaciones del umbral para las concesiones de obras en el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio sobre Contratación Pública («ACP») (art. 9); en correlación nuevamente con lo previsto en las otras dos Directivas de sectores clásicos y de servicios especiales (art. 6 y 17, respectivamente).

2. Exclusiones

El ámbito de aplicación se delimita también de forma negativa, mediante una amplia lista de exclusiones o supuestos a los que la Directiva no es aplicable.

A) Exclusiones generales

La Directiva de concesiones no se aplica a las siguientes concesiones adjudicadas por poderes y entidades adjudicadores:

- Concesiones de servicios adjudicadas a un poder adjudicador o a una entidad adjudicadora del primer grupo, ni a una asociación de tales poderes o entidades, sobre la base de un derecho exclusivo (art. 10.1, párrafo primero)[53].

- Concesiones de servicios adjudicadas a un operador económico sobre la base de derecho exclusivo con arreglo a la legislación nacional y ajustada al

52. A decir de Lazo Vitoria, "El futuro...", cit., pp. 160-161, se trata de una "contratación única", una nueva figura para evitar la elusión de la aplicación del Derecho comunitario.
53. Esta exclusión se corresponde con las exclusiones previstas en los arts. 11 de la Directiva 2014/24/UE y 22 de la Directiva 2014/25/UE, con la adición de la publicidad del anuncio de adjudicación.

TFUE o normas comunitarias que establecen normas comunes de acceso al mercado aplicables a las actividades del anexo II (art. 10.1, párrafo segundo). Cuando la legislación sectorial de la Unión no prevea obligaciones de transparencia sectoriales, se exige la publicación de anuncio de la adjudicación (art. 10.2, párrafo primero); y cuando se conceda a un operador económico un derecho exclusivo para las actividades del Anexo II deberá informarse a la Comisión (art. 10.2, párrafo segundo).

- Concesiones con legislación comunitaria específica, como son las relativas a servicios de transporte aéreo y a servicios públicos de transporte de viajeros (art. 10.3).

- Concesiones adjudicadas con arreglo a normas internacionales (art. 10.4 Directiva)[54].

- Concesiones en los ámbitos de la defensa y seguridad que cuenten con normas específicas de procedimiento por un acuerdo, régimen u organización internacional (art. 10.5).

- Excepciones a la aplicación de la Directiva de concesiones en los ámbitos de la seguridad y la defensa a que se refiere la Directiva 2009/81/CE (art. 10.6); así como a las no cubiertas por estos motivos de exclusión en la medida en que la protección de los intereses esenciales de seguridad de un Estado miembro no pueda garantizarse con medidas que supongan una menor injerencia (art. 10.7).

- Concesiones de servicios en materia de inmuebles; relativos a programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica; servicios de arbitraje y de conciliación; determinados servicios jurídicos; servicios financieros ligados a la emisión, la compra, la venta o la transmisión de títulos u otros instrumentos financieros; préstamos; servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos que sean prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro[55]; servicios para campañas políticas cuando sean adjudicados por un partido político en el contexto de una campaña electoral (art. 10.8)[56].

- Concesiones de servicios para los servicios de lotería adjudicadas por un Estado miembro a un operador económico sobre la base de un derecho exclusivo (art. 10.9)[57].

---

54. En correlación con los arts. 9 de la Directiva 2014/24/UE y 20 de la Directiva 2014/25/UE.
55. Así los servicios de ambulancia están excluidos cuando se prestan por una organización no lucrativa y, en cambio, están incluidos cuando se gestionan por una empresa.
56. Ello se corresponde con las exclusiones específicas relativas al contrato de servicios (art. 10 Directiva 2014/24/UE).
57. Por otra parte, como señala su considerando 35, la Directiva de concesiones "no debe

- Concesiones adjudicadas por entidades adjudicadoras para el ejercicio de sus actividades en un tercer país, en condiciones que no supongan la explotación física de una red o de una zona geográfica dentro de la Unión (art. 10.10).

B) Exclusiones específicas

La Directiva de concesiones fija también exclusiones específicas en determinados ámbitos o actividades, como son las siguientes:

a) *Exclusiones específicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas*: la Directiva de concesiones no se aplica a aquellas concesiones cuyo objeto principal sea permitir a los poderes adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones, o el suministro al público de uno o más servicios de comunicaciones electrónicas (art. 11)[58].

b) *Exclusiones específicas en el sector del agua*: en razón de sus especiales características (Considerando 40), la Directiva no se aplica a las concesiones adjudicadas para la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable o el suministro de agua potable a dichas redes (art. 12.1), ni a las concesiones relacionadas con el supuesto anterior que se refieran a proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20% del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje, o eliminación o tratamiento de aguas residuales (art. 12.2)[59].

c) *Exclusión de actividades sometidas directamente a la competencia*: la Directiva de concesiones no se aplica a las concesiones adjudicadas por entidades adjudicadoras cuando, en el Estado miembro donde vayan a desarrollarse, quede probado que la actividad está sometida a la competencia (art. 16), en correlación con los arts. 34 y 35 de la Directiva 2014/25/UE.

---

afectar a la libertad de los Estados miembros para escoger, de acuerdo con el Derecho de la Unión, los métodos de organización y control del funcionamiento de los juegos de azar y apuestas, inclusive mediante autorización".

58. En correspondencia con el art. 8 de la Directiva 2014/24/UE.
59. En cambio, a los contratos en ambos supuestos se aplica la Directiva 2014/25/UE (arts. 10.1 y 2).

C) Concesiones a empresas asociadas y conjuntas

No se aplica la Directiva a las concesiones adjudicadas a una empresa asociada (art. 13) ni a las concesiones adjudicadas a una empresa conjunta o a una entidad adjudicadora que forme parte de una empresa conjunta (art. 14), con obligación de información a la Comisión (art. 15)[60].

D) Concesiones entre entidades del sector público: contratación *in house* y concertación entre órganos adjudicadores

La Directiva de concesiones excluye de su aplicación las concesiones entre entidades del sector público, recogiendo tanto la contratación *in house* como la concertación entre poderes o entidades adjudicadores. Esta novedad, también contemplada en iguales términos en las otras dos Directivas (arts. 12 Directiva 2014/24/UE y 28 Directiva 2014/25/UE), codifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia[61], aportando mayor claridad y transparencia.

a) *Concesiones internas o in house*: siguiendo la doctrina de la Sentencia *Teckal*[62] se recogen los denominados contratos *in house* con tres modalidades:

- Operación interna (control por un único poder o entidad adjudicador): la primera modalidad se refiere al control directo o indirecto por un poder adjudicador o entidad del primer grupo de las entidades adjudicadoras a otra persona jurídica de Derecho privado o de Derecho público, siempre que concurran forma acumulativa los tres requisitos siguientes: 1) El concedente u otra persona por él controlada deberá tener sobre el concesionario un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, entendiéndose por tal la influencia decisiva tanto en los objetivos estratégicos como en las decisiones fundamentales de la persona jurídica controlada; 2) La realización por la per-

60. Ello se corresponde con iguales exclusiones y obligación informativa establecidas en los arts. 29, 30 y 31 de la Directiva 2014/25/UE.
61. Sobre esta polémica y conflictiva cuestión existen numerosas sentencias del TJUE, así como abundante bibliografía. Entre otros, Pernas García, J. J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008; Razquin Lizarraga, J. A., "Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación Foral de Navarra de contratos públicos de Navarra: contraste con el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 47, 2009, pp. 39-86; y Montoya Martín, E., *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, citado.
62. STJCE de 18 de noviembre de 1999 (Teckal, C-107/98), reiterada en otras posteriores, como la más reciente STJUE de 19 de junio de 2014 (Centro Hospitalar de Setúbal y SUCH, C-574/12).

sona jurídica de la parte esencial de sus actividades, que se cifra en el 80%, con el poder o entidad adjudicador que la controla u otras personas controladas por éstos[63]; y 3) La ausencia de participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada –no en los poderes o entidades adjudicadoras-, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada (art. 17.1).

- Operación interna horizontal (control conjunto por varios poderes o entidades adjudicadores): la segunda modalidad, sujeta a iguales requisitos que la precedente, se caracteriza por el hecho de que el control análogo es ejercido, no por un poder adjudicador o entidad del primer grupo de entidades adjudicadoras, sino por varios de ellos de forma conjunta[64], entendiéndose que existe este control conjunto cuando concurran todas las condiciones siguientes: 1) La integración de los órganos decisorios de la persona jurídica controlada por representantes de todos los poderes o entidades adjudicadores participantes, pudiendo representar cada representante a varios poderes o entidades adjudicadores participantes o a todos ellos; 2) El ejercicio conjunto por esos poderes o entidades adjudicadores de una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada; y 3) La no contradicción de intereses de la persona jurídica controlada y de los poderes o entidades adjudicadores que la controlan (art. 17.3).

- Operación interna inversa (concesión por persona controlada al poder o entidad adjudicador): la tercera modalidad contempla la situación inversa, cuando una persona jurídica controlada, que es un poder adjudicador o entidad del primer grupo de entidades adjudicadoras, adjudica una concesión a su poder adjudicador o entidad adjudicadora de control, o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder o entidad adjudicadora, con la exigencia de que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se ha adjudicado la concesión, con excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por disposiciones legales nacionales, de

63. La propuesta de Directiva de la Comisión señalaba un 90%.
64. A este supuesto se refieren las SSTJUE de 29 de noviembre de 2012 (Econord, C-182/11 y C-183/11) y de 8 de mayo de 2014 (Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13).

conformidad con los Tratados y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada (art. 17.2).

b) *Concertación entre poderes o entidades adjudicadores*: siguiendo aquí la doctrina de la sentencia *Servicios de tratamiento de residuos de Hamburgo*[65], se recoge la exclusión relativa a la concertación entre poderes o entidades adjudicadoras del primer grupo, al excluir de su ámbito de aplicación los contratos celebrados exclusivamente entre dos o más poderes o entidades adjudicadores, cuando concurran todas las condiciones siguientes: 1) que el contrato establezca o lleve a cabo una cooperación entre las entidades o poderes adjudicadores participantes con el fin de garantizar que los servicios públicos que han de realizar se prestan con miras a alcanzar los objetivos que tienen en común; 2) que la aplicación de dicha cooperación se base únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público; y 3) que las entidades o poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto, menos del 20% de las actividades de que se trate mediante la cooperación (art. 17.4).

Para ambas exclusiones se perfila, en aras de la seguridad jurídica, el requisito consistente en el porcentaje o umbral de actividades (80%) a realizar por la persona jurídica adjudicataria con el poder o entidad que las controla. A tal fin, se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total o una medida basada en una actividad alternativa adecuada, tales como los costes soportados por la persona jurídica, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora en relación con servicios, suministros y obras en los tres años anteriores a la adjudicación de la concesión; y, en el caso que, por tratarse de la creación, inicio o reorganización de las actividades, no se disponga de los datos o criterios antes señalados, será suficiente mostrar que el cálculo de la actividad es verosímil, en especial mediante proyecciones de actividades (art. 17.5).

3. Situaciones y regímenes especiales

Por su especificidad, para las concesiones relativas a servicios sociales u otros servicios específicos del anexo IV se fija un régimen especial de mínima exigencia, ya que únicamente les son de aplicación las obligaciones de los

65. STJCE de 9 de junio de 2009 (C-480/06, Comisión/Alemania)- Asimismo, las SSTJUE de 19 de diciembre de 2012 (Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11) y de 13 de junio de 2013 (Piepenbrock, C-386/11).

arts. 31.3 (anuncios de concesión con el contenido del anexo VI), 32 (anuncio de adjudicación de las concesiones) y 46 y 47 (recursos (art. 19)[66].

Y como situaciones específicas se contemplan las concesiones reservadas (art. 24) y los servicios de investigación y desarrollo (art. 25), en correspondencia con los arts. 20 y 14, respectivamente, de la Directiva 2014/24/UE.

V. DURACIÓN DE LA CONCESIÓN

La duración o plazo de vigencia constituye un elemento medular de las concesiones en razón de su conexión con la contrapartida[67]; y por su mayor extensión es un factor diferenciador con los contratos públicos. La Directiva de concesiones regula la duración, sin fijar un período máximo, con las reglas siguientes para su determinación:

a) Carácter temporal o limitado de la concesión: las concesiones tendrán duración limitada (art. 18.1, primer inciso), lo que proscribe la duración indefinida.

b) Criterio para fijar el plazo concesional: el período concesional se determinará caso por caso en función de las obras o servicios solicitados (art. 18.1, segundo inciso), con indicación en los documentos de la concesión, pudiendo ser un elemento de la negociación en cuanto el plazo puede ser un criterio de adjudicación a fijar en el proceso competitivo[68].

c) Fijación de plazos superiores a cinco años: la duración máxima de la concesión, cuando sea superior a cinco años, no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos, computándose para ello

66. En correlación con los arts. 74-77 de la Directiva 2014/24/UE y 38 y 32 de la Directiva 2014/25/UE.
67. Como señala la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones, "El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto período de tiempo. La duración de la concesión constituye, por tanto, un elemento importante de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación sino que obtiene de éste el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas".
68. Así en el ámbito interno los licitadores deben indicar en sus proposiciones la duración de la concesión [art. 131.c).3º TRLCSP].

tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión (art. 18.2); lo que exigirá una justificación expresa.

Así pues, la duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia, de modo que un largo plazo solo está justificado si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas y obtenga además un beneficio (Considerando 52). A tal fin, se establece una fórmula en principio abierta y ligada a las características de la concesión objeto de adjudicación, sin perjuicio de apuntar un límite general de cinco años, cuyo exceso requiere de una especial motivación en cada caso.

En el ámbito interno, además de una regla general para fijar la duración de los contratos de sector público (art. 23 TRLCSP), existen varias normas específicas para las concesiones. Respecto de las concesiones de obras, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se expresará el contenido de las proposiciones, que deberá hacer referencia, al menos, a la duración de la concesión [art. 131.c).3º TRLCSP], pudiendo reducirse o ampliarse el plazo concesional para el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión (art. 258.4 TRLCSP), con un plazo máximo de 40 años con carácter general y de 75 años para las obras hidráulicas [arts. 268 TRLCSP y 134.1.a) TRLA]. Y para las concesiones de servicios, se dispone su duración temporal o limitada, al prohibirse que el contrato de gestión de servicios públicos tenga carácter perpetuo o indefinido, y se establecen unos plazos totales amplios: 50 años cuando comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, que se amplía a 60 años para mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal; 25 años para la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios; y 10 años para la explotación de servicios sanitarios, salvo que, por incluir la ejecución de obras, se incluya en la primera de tales reglas con un plazo superior (art. 278 TRLCSP), que pueden ser recortados o ampliados para restablecer el equilibrio económico del contrato (art. 282.5 TRLCSP). Por otra parte, se incluyen reglas especiales para los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años: recurso precontractual [art. 40.1.c) TRLCSP], publicidad de la formalización de los contratos (art. 154.2 TRLCSP) y posible uso del procedimiento negociado [art. 172.b) TRLCSP].

En consecuencia, será preciso adaptar estas previsiones internas a las nuevas exigencias de la Directiva de concesiones, que, en síntesis, señala

como criterio primordial para fijar el plazo concesional la consideración de las obras o servicios y en particular la recuperación de las inversiones junto a un rendimiento del capital invertido, apunta a períodos máximos más reducidos a determinar caso por caso y exige una justificación expresa en caso de superar los cinco años.

VI. RÉGIMEN DE ADJUDICACIÓN DE LAS CONCESIONES

1. Principios generales

Como se ha indicado, las concesiones, aún en ausencia de regulación en el Derecho derivado, estaban sometidas a los principios del TFUE, como ahora recuerdan los arts. 3 y 30.2 de la Directiva de concesiones, reiterando la aplicación de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia tanto al procedimiento de adjudicación como a la ejecución de la concesión.

La Directiva de concesiones establece unos principios generales de la adjudicación, en línea con similares previsiones de la Directiva 2014/24/UE. Son los siguientes:

- Operadores económicos: se prohíbe rechazarlos por el mero hecho de que la legislación nacional exija que sean personas físicas o personas jurídicas operadores económicos cuando estén habilitados para prestar el servicio con arreglo a la legislación del Estado miembro de establecimiento (art. 26.1). Y, además, se autoriza la participación de agrupaciones de operadores económicos, incluidas las asociaciones temporales, pudiendo exigírseles asumir una forma jurídica determinada únicamente cuando se les haya adjudicado el contrato y en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del contrato, pero no para presentar una oferta o una solicitud de participación (art. 26.2 y 3).

- Nomenclaturas: se remitirá al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) (art. 27).

- Confidencialidad: la no divulgación de la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas (art. 28).

- Normas de comunicación: a diferencia de las otras Directivas, salvo el envío de anuncios a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea y el acceso electrónico a los documentos relativos a las concesiones (arts. 33.1 y 34), se pretende que los medios electrónicos sean el método habitual para cualquier comunicación o intercambio de información, pero no se impone su obligatoriedad, sin perjuicio de que puedan establecerla los Estados miembros (arts. 29.1 y considerando 74).

- Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de interés: se impone a los Estados miembros la obligación de exigir a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que tomen las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores. A tal fin, el concepto de «conflicto de intereses» abarcará al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder o entidad adjudicador que participen en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de una concesión o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o particular que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de adjudicación de la concesión. Y en lo relativo a los conflictos de interés, las medidas adoptadas no irán más allá de lo estrictamente necesario para impedir posibles conflictos de interés o eliminar los conflictos detectados (art. 35)[69].

2. Régimen sencillo y flexible: no determinación de procedimientos

Siguiendo la regulación anterior de las concesiones de obras públicas, la Directiva de concesiones, a diferencia de lo previsto para los contratos públicos, no determina procedimientos de adjudicación, sino un régimen más sencillo y flexible con normas específicas[70]. En efecto, se deja libertad al poder o entidad adjudicador para organizar el procedimiento conducente a la elec-

69. Ello se corresponde en buena medida con el art. 24 de la Directiva 2014/24/UE sobre conflictos de intereses.
70. Lazo Vitoria, "El futuro...", cit., p. 166, alude a un alto grado de flexibilidad.

ción del concesionario cumpliendo las exigencias de la Directiva (art. 30.1), así como respetando los principios generales, en particular la prohibición de facilitar información de forma discriminatoria que pueda dar ventajas a determinados candidatos o licitadores con respecto a otros (art. 30.2)[71].

A tal fin, la Directiva establece unas garantías procedimentales (art. 37), que entrañan para los poderes o entidades adjudicadores las siguientes obligaciones:

a) Otorgar las concesiones con arreglo a los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con el art. 41, siempre que el licitador cumpla los requisitos mínimos consignados (en particular técnicas, físicas, funcionales y jurídicas) y las condiciones de participación en el procedimiento y no esté excluido de participar.

b) Facilitar en el anuncio de concesión una descripción de la concesión y de las condiciones de participación; y en el anuncio de concesión, en la invitación a presentar una oferta o en otros documentos de la concesión, una descripción de los criterios de adjudicación y, en su caso, los requisitos mínimos que deben cumplirse.

c) Comunicar a todos los participantes la descripción de la organización prevista del procedimiento y un plazo de ejecución aproximado, así como cualquier modificación a todos los participantes y, en la medida en que afecte a los elementos descritos en el anuncio de concesión, a todos los operadores económicos.

d) Garantizar un registro adecuado de las etapas del procedimiento según los medios que juzgue oportunos, cumpliendo la confidencialidad prevista.

En línea con el reseñado criterio de libertad o flexibilidad procedimental, se confiere una doble autorización a los poderes o entidades adjudicadores: de un lado, pueden limitar el número de candidatos o licitadores a un nivel adecuado, a condición de que lo hagan de forma transparente y sobre la base de criterios objetivos, si bien su número deberá ser suficiente para garantizar una competencia real (art. 37.4); y, de otro, pueden celebrar negociaciones con los candidatos y licitadores, pero sin modificar el objeto de la concesión, los criterios de adjudicación y los requisitos mínimos (art. 37.6)[72].

71. Por otra parte, debe recordarse que la concesión de servicios sociales y otros servicios específicos está sujeta a un régimen especial todavía menos riguroso, que se ciñe al anuncio previo, al anuncio de adjudicación y a los recursos (art. 19).

72. Según González de Olano y Navarro Manich, *op. cit.*, p. 53, se trata de una novedad consistente en la posibilidad con carácter general de negociar con los licitadores en todos los procedimientos.

3. Requisitos técnicos y funcionales

En razón de la apertura a la competencia, se regulan los requisitos técnicos y funcionales, que se contendrán en los documentos de la concesión e incluirán las características obligatorias de los trabajos o servicios objeto de la concesión, pudiendo referirse también al proceso específico de producción o prestación de las obras o servicios, siempre que estén vinculados a la materia objeto del contrato y sean proporcionados a su valor y sus objetivos, así como incluir, por ejemplo, los niveles de calidad, los niveles de comportamiento ambiental y climático, el diseño para todas las necesidades (incluida la accesibilidad de los discapacitados) y la evaluación de la conformidad, el rendimiento, la seguridad o las dimensiones, la terminología, los símbolos, los ensayos y métodos de ensayo, el marcado y etiquetado o instrucciones de uso (art. 36.1).

Se prohíbe, en cambio, salvo que lo justifique el objeto del contrato y de modo excepcional acompañada del adjetivo "equivalente", que tales requisitos hagan referencia a una fabricación o una procedencia determinada, a un procedimiento concreto que caracterice los productos o servicios ofrecidos por un operador económico determinado, a marcas, patentes o tipos, ni a una producción determinada con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos (art. 38.2); por lo que no podrá rechazarse una oferta por no ajustarse a los requisitos técnicos u funcionales a los que han hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador pruebe, por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos técnicos y funcionales (art. 38.3).

4. Normas de publicidad y transparencia

En aras de la transparencia, la Directiva de concesiones prevé determinadas obligaciones de publicidad e informativas, ampliando las anteriores previsiones limitadas a los anuncios de concesión de obras públicas y los plazos (arts. 58 y 59 Directiva 2004/18/CE); destacadamente, la obligación de publicar un anuncio de concesión.

A) Anuncio de concesión

Los poderes y entidades adjudicadores están obligados a publicar un anuncio de concesión dando a conocer su propósito de adjudicar una con-

cesión, con la información mínima exigida y cualquier otra que se estime conveniente, mediante los formularios normalizados (arts. 31.1 y 2, y 33 y Anexo V); con la especialidad de las concesiones de servicios sociales u otros servicios específicos donde se publicará un anuncio de información previa con la información señalada en el anexo VI y en la forma señalada en el art. 33 (arts. 31.3).

La mayor novedad en este punto estriba en la determinación de supuestos en los puede prescindirse de esta publicación, como son los siguientes: 1) Cuando exista un único operador económico determinado por tratarse de la creación o la adquisición de una obra de arte o representación artística única, por la ausencia de competencia por razones técnicas, por la existencia de un derecho exclusivo y por la protección de derechos de propiedad intelectual y de derechos exclusivos distintos de los definidos en el art. 5.10, si bien las tres últimas excepciones se aplican únicamente cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de adjudicación de la concesión (art. 31.4)[73]; y 2) Cuando no se haya presentado ninguna solicitud de participación u oferta o ninguna oferta adecuada o ninguna solicitud de participación adecuada en respuesta a un procedimiento de concesión previa, siempre que las condiciones iniciales del contrato de concesión no se modifiquen sustancialmente y que se envíe un informe a la Comisión cuando se solicite, definiéndose la noción de oferta no adecuada (art. 31.5).

B) Acceso electrónico a los documentos relativos a las concesiones

La Directiva prevé el acceso electrónico a los documentos relativos a la concesión, que será directo, completo, gratuito y sin restricciones con indicación de la dirección de Internet para su consulta, a partir de la fecha de publicación del anuncio de licitación o, cuando el anuncio de licitación no incluya la convocatoria de ofertas, a partir de la fecha de envío de esta última (art. 34.1). Esta obligación puede excepcionarse respecto de determinados documentos, en circunstancias debidamente justificadas, por motivos de seguridad excepcionales o razones técnicas o debido a la naturaleza especialmente sensible de la información comercial que requiere un alto nivel de protección, debiendo indicarse en el anuncio o en la invitación a presentar

73. González de Olano y Navarro Manich, *op. cit*., pp. 52-53, aluden a la ampliación de la exención de la obligación de publicar anuncio de concesión en supuestos en los que no es posible promover la concurrencia.

una oferta que la documentación de la concesión en cuestión se transmitirá por otros medios que no sean electrónicos y que se prolonga el plazo para la recepción de ofertas (art. 34.2). Además, los poderes y entidades adjudicadores o los servicios competentes, si se solicita con la debida antelación, facilitarán a todos los candidatos o licitadores participantes en el procedimiento de adjudicación de concesión información adicional sobre los documentos relativos a la concesión, a más tardar seis días antes del plazo de recepción de ofertas (art. 34.3)[74].

C) Plazos de recepción de las solicitudes de participación y ofertas para la concesión

La Directiva de concesiones señala un criterio y unos plazos mínimos de recepción de las ofertas o solicitudes de participación. Su determinación atenderá, especialmente, a la complejidad de la concesión y el tiempo necesario para su preparación (art. 39.1).

Los plazos mínimos, que podrán reducirse en cinco días en caso de presentación por vía electrónica, son los siguientes (art. 39.3, 4 y 5):

- 30 días para la recepción de las solicitudes incluyan o no licitaciones para la concesión, a contar a partir de la fecha de envío del anuncio de concesión[75].

- 22 días para la recepción de ofertas iniciales, cuando el procedimiento se desarrolle en etapas sucesivas, a partir de la fecha en que se envíe la convocatoria de ofertas.

En el caso en que sea necesaria la previa visita sobre el terreno o una consulta *in situ* de documentos adjuntos a la documentación de la concesión, los plazos serán superiores a estos mínimos (art. 39.2).

D) Anuncios de adjudicación de concesiones

El poder o entidad adjudicador publicará un anuncio con el resultado del procedimiento de adjudicación de la concesión, que se enviará a más tardar a los 48 días de la adjudicación. No obstante, para los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV, dichos anuncios podrán

74. En igual sentido se prevé la disponibilidad electrónica de los pliegos de la contratación en los arts. 53 de la Directiva 2014/24/UE y 73 de la Directiva 2014/25/UE.

75. Esta duración es igual a la de los plazos mínimos previstos para los procedimientos de adjudicación, salvo el abierto (35 días), en los arts. 27.31 de la Directiva 2014/24/UE y 45-49 de la Directiva 2014/25/UE.

agruparse trimestralmente. Estos anuncios de adjudicación contendrán la información del anexo VII y para las concesiones de servicios sociales y otros servicios específicos la información del anexo VIII, publicándose de conformidad con el art. 33 (art 32).

E) Comunicación a los candidatos y a los licitadores

Se establece la obligación de inmediata información a los candidatos y los licitadores de las decisiones tomadas en relación con la adjudicación de la concesión, incluidos los nombres de los licitadores seleccionados, las razones por las que se haya desestimado su solicitud de participación o su oferta, así como las razones por las que, en su caso, haya decidido no adjudicar un contrato que había sido anunciado o reiniciar el procedimiento. Asimismo, los licitadores que hayan presentado una oferta admisible podrán solicitar que se les informe por escrito sin demora, y en todo caso dentro de los 15 días a partir de la recepción de una solicitud, de las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada. Pueden excluirse de esta información aquellos datos cuya difusión pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público, perjudicar los intereses comerciales legítimos de operadores económicos públicos o privados, o perjudicar la competencia leal entre ellos (art. 40)[76].

5. Selección y evaluación cualitativa de los candidatos

Siguiendo a las otras dos Directivas, la Directiva de concesiones fija de forma más abreviada las reglas de selección y evaluación cualitativa de los candidatos, esto es, la verificación de la capacidad y aptitud de los participantes en el procedimiento de adjudicación de una concesión.

A) Capacidad profesional y técnica y solvencia financiera y económica

La Directiva de concesiones dispone unas reglas generales respecto de las condiciones referidas a la capacidad profesional y técnica y a la solvencia financiera y económica de los licitadores o candidatos, que son las siguientes:

76. En correlación con los arts. 55 de la Directiva 2014/24/UE y 75 de la Directiva 2014/25/UE.

a) Carácter no discriminatorio y proporcional al objeto de la concesión: las condiciones deber ser no discriminatorias y guardarán una relación y una proporción con la necesidad de garantizar la capacidad del concesionario de ejecutar la concesión, teniendo en cuenta el objeto de la concesión y la finalidad de garantizar una competencia real (art. 38.1).

b) Fijación en el anuncio de licitación: especificarán los requisitos para acreditar el cumplimiento de tales condiciones (art. 38.1).

c) Comprobación: estas condiciones de participación se verificarán sobre la base de las declaraciones de los participantes, la referencia o referencias que se presenten como prueba de conformidad con los requisitos especificados en el anuncio de licitación (art. 38.1).

d) Posible recurso a terceros o participantes en una agrupación: para cumplir estas condiciones de participación el operador económico podrá, si procede, y para una concesión determinada, basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, acreditando la disponibilidad de los recursos necesarios durante todo el período de la concesión, por ejemplo mediante la presentación del compromiso asumido por dichas entidades a tal efecto, si bien en cuanto a la solvencia financiera podrá exigirse la asunción de una responsabilidad conjunta para la ejecución del contrato (art. 38.2). Igualmente, las agrupaciones de operadores económicos podrán recurrir a las capacidades de los participantes en las agrupaciones o de otras entidades (art. 38.3).

B) Motivos de exclusión

La Directiva de concesiones fija las causas de exclusión de los operadores económicos para participar en el procedimiento de adjudicación de una concesión (prohibiciones de contratar)[77], que pueden agruparse en tres bloques:

a) Exclusión obligatoria por los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras del primer grupo[78] cuando un operador económico o un miembro del órgano de administración, de dirección o de vigilancia o que tenga poderes de representación, decisión o control en el mismo haya sido condenado por sentencia firme por alguno de los siguientes motivos: participación en una

77. En clara correspondencia con los motivos de exclusión del art. 57 de la Directiva 2014/24/UE, al que remite el art. 80 de la Directiva 2014/25/UE.
78. Según resulta de los arts. 38.4, párrafo segundo, 38.6 y 44.b) y del Considerando 69 ("No deben adjudicarse concesiones..."), pese al término "podrán" del inciso inicial del párrafo primero del art. 38.4. Su incumplimiento constituye causa de resolución de la concesión [art. 44.b)].

organización delictiva; corrupción; fraude; delito de terrorismo o delito ligado a actividades terroristas; blanqueo de capitales o financiación del terrorismo; y trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos (art. 38.4, párrafos primero y segundo). Esta exclusión obligatoria, que puede aplicarse por las entidades adjudicadoras distintas de las mencionadas en el art. 7.1.a) (art. 38.4, tercer párrafo), puede exceptuarse, con carácter excepcional, por razones imperiosas de interés general como la salud pública o la protección del medio ambiente (art. 38.6, párrafo primero).

b) Exclusión obligatoria por los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras del primer grupo cuando una resolución judicial o administrativa firme, con autoridad de cosa juzgada, establezca que un operador económico ha incumplido el pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o las del Estado miembro del poder adjudicador o entidad adjudicadora (art. 38.5, primer párrafo). Además, se prevé la posibilidad de exclusión cuando tales poderes o entidades adjudicadores puedan demostrar que un operador económico ha incumplido las obligaciones relativas al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social (art. 38.5, párrafo segundo). Este apartado no se aplica cuando el operador económico ha cumplido sus obligaciones mediante el pago o mediante un acuerdo vinculante con vistas al pago de los impuestos o las cotizaciones a la seguridad social adeudadas, cuando así proceda con los intereses devengados o las sanciones impuestas (art. 38.5, párrafo tercero). Y tal exclusión obligatoria admite dos excepciones: 1) Con carácter excepcional, por razones imperiosas de interés general como la salud pública o la protección del medio ambiente (art. 38.6 párrafo primero); y 2) Cuando su aplicación resulte claramente desproporcionada, en particular por referirse a pequeñas cuantas o no haberse podido cumplir tales con tales pagos antes de la expiración del plazo de presentación de su solicitud en razón del momento en que se informó de la cantidad exacta debida después del incumplimiento de sus obligaciones (art. 38.6, párrafo segundo).

c) Asimismo, se otorga a los poderes y entidades adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores no fiables (Considerando 70) por estar incursos en alguna de las situaciones siguientes: 1) Haber sido sancionado por incumplimiento en la ejecución de contratos de concesión de las obligaciones establecidas legalmente en materia medioambiental, laboral o social; 2) Haber quebrado o estar sometido a un procedimiento de insolvencia o liquidación, si sus activos están siendo administrados por un liquidador o por un tribunal, si se halla en concurso de acreedores, si sus actividades empresariales han sido suspendidas o se encuentra en cualquier situación análoga resultante de

un procedimiento de la misma naturaleza en virtud de disposiciones legales y reglamentarias nacionales; pudiendo excepcionarse esta exclusión cuando el operador económico pueda llevar a cabo la concesión, teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables y las medidas sobre la continuación de los negocios en el caso de las situaciones anteriores; 3) Haber incurrido en falsedad profesional grave, que hace cuestionable su integridad; 4) Concurrir un conflicto de intereses que no se puede subsanar con eficacia por ninguna otra medida menos intrusiva; 5) Haber llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia, cuando se disponga de indicadores convincentes de tal conclusión; 6) Haber mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de cualquier requisito de fondo en el marco de una concesión anterior o de un contrato anterior con un poder adjudicador o con una entidad adjudicadora, que hayan dado lugar a la rescisión anticipada del contrato anterior, a daños y perjuicios o a otras sanciones comparables; 7) Haber sido considerado gravemente culpable de hacer declaraciones falsas al proporcionar la información exigida para verificar la inexistencia de motivos de exclusión o el cumplimiento de los criterios de selección, haya retenido dicha información o no pueda presentar los documentos justificantes de dicha información; 8) Haber intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder o entidad adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas en el procedimiento de adjudicación de la concesión, o proporcionar por negligencia información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación; y 9) En las concesiones en los ámbitos de la seguridad y la defensa carecer de la fiabilidad necesaria para descartar los riesgos para la seguridad del Estado miembro (art. 38.7).

La aplicación de los motivos de exclusión está sujeta a las siguientes reglas:

a) No aplicación automática de determinadas exclusiones: todo operador económico afectado por una de las prohibiciones de los apartados 4 y 7 del art. 38 puede presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad y, en caso de considerarse suficientes, no quedará excluido del procedimiento, con la salvedad de las exclusiones por sentencia firme de participar durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en los Estados miembros en que la sentencia es efectiva. A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha compensado o se ha comprometido a compensar cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaus-

tiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y personales concretas que resulten apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas. Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico interesado recibirá una exposición de motivos de dicha decisión (art. 38.9).

b) Aplicación continuada de las exclusiones: las exclusiones pueden aplicarse en cualquier momento del procedimiento, con referencia a los actos cometidos u omitidos antes o durante el procedimiento (art. 38.8).

c) Remisión a la legislación de los Estados miembros: los Estados miembros precisarán las condiciones de ejecución del presente artículo; en concreto, determinarán el período de exclusión máximo, en caso de que el operador económico no adopte las medidas que se señalan en el apartado 9, para demostrar su fiabilidad; si bien cuando una sentencia firme no haya establecido el período de exclusión, este no podrá exceder de cinco años a partir de la fecha de la condena por sentencia firme en los casos contemplados en el apartado 4 y de tres años a partir de dicha fecha en los casos contemplados en el apartado 7 (art. 38.10).

6. Criterios de adjudicación de las concesiones

Frente al silencio de la Directiva 2004/18/CE para las concesiones de obras públicas, la Directiva de concesiones regula los criterios de adjudicación, con un régimen también más flexible que los previstos para los sectores clásicos y especiales[79], contemplando los siguientes aspectos:

a) *Caracteres de los criterios de adjudicación*: deben cumplir los principios generales de igualdad de trato, no discriminación y transparencia; ser objetivos; asegurar una competencia efectiva en la evaluación de las ofertas de modo que se pueda determinar la ventaja económica global para el poder adjudicador o la entidad adjudicadora; vinculación al objeto de la concesión[80]; y no pueden conferir una libertad de elección absoluta o ilimitada, lo que autoriza a *sensu contrario* un margen de apreciación. Entre tales criterios

79. Cfr. arts. 67-69 de la Directiva 2014/24/UE y 82-84 de la Directiva 2014/25/UE, que además contemplan el cálculo del coste de ciclo de vida y las ofertas anormalmente bajas.
80. Los criterios pueden referirse a factores de índole no económica, pero que incidan en el valor de una licitación desde el punto de vista del poder adjudicador y le permitan determinar que existe una ventaja económica global (considerando 73).

podrán incluirse los medioambientales, sociales o relacionados con la innovación (art. 41.1 y 2, párrafo primero)[81].

b) *Indicación por rango decreciente*: los criterios que se fijen deberán enumerarse en orden de importancia decreciente (art. 41.3, párrafo primero)[82].

c) *Transparencia*: se facilitará una descripción de los criterios de adjudicación en el anuncio de anuncio de concesión, en la invitación a presentar una oferta o en otros documentos de la concesión [art. 37.2.b)]; así como deberán ir acompañados de requisitos que permitan que la información proporcionada por los licitadores se verifique efectivamente (art. 41.2, párrafo segundo).

d) *Comprobación de su cumplimiento por las ofertas*: el poder o entidad adjudicador deberá verificar si las ofertas cumplen adecuadamente los criterios de adjudicación (art. 41.2 párrafo tercero).

e) *Inmodificabilidad de los criterios de adjudicación, pero modificabilidad de su orden de clasificación*: los poderes y entidades adjudicadoras no pueden, ni en las negociaciones con los candidatos y licitadores (art. 37.6), modificar los criterios de adjudicación (art. 37.6). En cambio, como novedad destacada -no contemplada en las otras dos Directivas-, se autoriza la modificación del rango u orden de clasificación de tales criterios que se sujeta a las reglas siguientes: el presupuesto de hecho consisten en que el poder o entidad adjudicador reciba una oferta que proponga una solución innovadora con un nivel excepcional de rendimiento funcional que no pudiera haber previsto un poder o entidad adjudicador diligente, para tener en cuenta dicha solución innovadora; tiene carácter excepcional; la reapertura del plazo de presentación de ofertas mediante la información a todos los licitadores de tal modificación y la emisión de nueva invitación a presentar ofertas, dentro del respeto de los plazos mínimos establecidos en el art. 39.4, y la publicación de un nuevo anuncio de concesión si en él se habían incluido los criterios de adjudicación dentro del respeto de los plazos mínimos previstos en el art. 39.3; y tal modificación no podrá dar lugar a discriminación (art. 41.3)[83].

81. Los considerandos 64 y 65 de la Directiva aluden a la integración de las consideraciones sociales y medioambientales mediante criterios de adjudicación o condiciones de ejecución.
82. En cambio, las Directivas 2014/24/UE (art. 67.5) y 2014/25/UE (art. 82.5) exigen fijar la ponderación relativa de cada criterio mediante una banda de valores con una amplitud máxima adecuada y, si ello no fuera posible por causas objetivas, un orden decreciente de importancia de los criterios.
83. Destacan también esta novedad González de Olano y Navarro Manich, *op. cit*., p. 54-55.

VII. EJECUCIÓN DE LAS CONCESIONES

Una de las novedades sobresalientes de la Directiva de concesiones, al igual que en las otras dos Directivas, es la regulación de la fase de ejecución. Frente a las anteriores previsiones relativas a la subcontratación y a la adjudicación de obras complementarias al concesionario en la concesión de obras públicas (arts. 60 y 61 Directiva 2004/18/CE), la nueva Directiva de concesiones extiende el régimen comunitario a la ejecución contractual, contemplando la subcontratación, la modificación y la resolución de las concesiones (Título III)[84].

Con carácter previo, conviene recordar tanto la aplicación de los principios generales en la fase de ejecución contractual (art. 3), como la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de contratos de concesión, los operadores económicos cumplan con las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia medioambiental, laboral y social, por la legislación nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional en materia medioambiental, social y laboral (art. 30.3)[85].

1. Subcontratación

La Directiva 2004/18/CE permitía al poder adjudicador imponer al concesionario de obras públicas la subcontratación a terceros de un porcentaje mínimo del 30 % del valor global de las obras, que podía ser incrementado por los candidatos, o bien invitar a los candidatos a que indicasen en sus ofertas el porcentaje del valor global de las obras que sería subcontratado (art. 60)[86].

La Directiva de concesiones, que regula la subcontratación en línea con las previsiones de las otras dos Directivas[87], recoge únicamente aquella

84. No se incluyen, en cambio, normas aplicables a los contratos adjudicados por los concesionarios que sean poderes adjudicadores (arts. 62 a 65 Directiva 2004/18/CE), sin perjuicio de su sujeción, cuando proceda, a las Directivas de contratos.
85. Ello se corresponde con los arts. 18.2 y 70 de la Directiva 2014/24/UE y 36.2 y 87 de la Directiva 2014/25/UE, que establecen la obligación de los Estados miembros y autorizan a los poderes y entidades adjudicadores para fijar tales condiciones.
86. Previsión transpuesta en el art. 273 TRLCSP. En cambio, en el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias (art. 289 TRLCSP).
87. En correlación con los arts. 71 de la Directiva 2014/24/UE y 87 Directiva 2014/25/UE, si bien la Directiva de concesiones no recoge la posibilidad de disposiciones internas sobre pagos directos del poder adjudicador a los subcontratistas por los trabajos realizados

segunda opción sin fijar porcentaje mínimo alguno, ya que en el pliego podrá preverse que el licitador o el solicitante indique en la oferta la parte de la concesión que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos; sin que ello prejuzgue la cuestión de la responsabilidad del concesionario principal (art. 42.2).

Además, reiterando la obligación general del art. 30.3, pretende una mayor supervisión y transparencia, asegurando el cumplimiento por los subcontratistas de las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia medioambiental, laboral y social, por la legislación nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional en materia medioambiental, social y laboral (art. 42.1)[88]. A tal fin, la Directiva de concesiones prevé algunas medidas informativas y de responsabilidad:

a) Información: en el caso de los contratos de obras y respecto de los servicios que deban prestarse in situ bajo la supervisión directa del poder o entidad adjudicador, el concesionario o directamente el contratista, tras la adjudicación de la concesión y, a más tardar, cuando se inicie la ejecución de esta, debe comunicar al adjudicador el nombre, los datos de contacto y los representantes legales de los subcontratistas que intervengan en las obras o servicios en cuestión, siempre que se conozcan en ese momento; así como el contratista principal debe notificar cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso de la concesión, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas a los que asocie ulteriormente a la obra o servicio en cuestión; lo que no se aplica a los suministradores (art. 42.3, párrafo primero, segundo y tercero). Estas obligaciones podrán hacerse extensivas a las concesiones de servicios que no se refieran a servicios que deban prestarse in situ bajo la supervisión directa del poder o entidad adjudicador, o a los suministradores que participen en concesiones de obras o de servicios; y a los subcontratistas de los subcontratistas del concesionario o a los subcontratistas que ocupen un lugar más alejado dentro de la cadena de subcontratación (art. 42.3 párrafo cuarto). Tales medidas serán concretadas en la legislación interna, que podrá limitar los supuestos de su aplicación, por ejemplo respecto de determinados tipos de contrato o determinadas categorías de poderes adjudicadores, entidades adjudicadoras u operadores económicos o a partir de ciertos importes (art. 42.6).

---

para el concesionario (cfr. art. 71, apartados 3 y 7, segunda parte, Directiva 2014/24/UE). Téngase en cuenta que normalmente el origen de la remuneración de las concesiones no procede directamente de la entidad adjudicadora, sino de terceros.

88. Villalba Pérez, *op. cit.*, señala que la práctica de la cadena de subcontratación ha dado lugar a casos de explotación y a contratos de menor calidad.

b) Régimen de responsabilidad y supervisión: se prevén dos concretas medidas para asegurar el cumplimiento por el contratista de aquellas obligaciones: de un lado, la aplicación de un mecanismo de responsabilidad conjunta entre los subcontratistas y el concesionario si está previsto en el Derecho nacional; y, de otro, la verificación de si, en aplicación de los supuestos de prohibición para contratar, concurren motivos para excluir a algún subcontratista, con exigencia de la sustitución del subcontratista que haya incurrido en causas de exclusión obligatoria o la posibilidad de exigir la sustitución cuando el subcontratista que haya incurrido en motivos de exclusión no obligatoria (art. 42.4). Los Estados podrán establecer normas más estrictas de responsabilidad en virtud del Derecho nacional (art. 42.5).

2. Modificación de las concesiones

En línea con igual novedad en las Directivas 2014/24/UE (art. 72) y 2014/25/UE (art. 89), también la Directiva de concesiones regula la modificación de las concesiones, pretendiendo fijar límites en aplicación de los principios generales[89] y siguiendo en cierta medida la jurisprudencia del TJUE[90]. Se trata de una cuestión relevante, ya que la modificación en las concesiones suele ser frecuente en razón de su mayor duración y complejidad que las someten a los vaivenes de las circunstancias (considerando 75).

La modificación de las concesiones consiste en la alteración de las condiciones contractuales sin la necesidad de una nueva adjudicación; por lo que en otro caso deberá iniciarse un nuevo procedimiento de adjudicación para cambiar las disposiciones de una concesión durante su período de vigencia (art. 43.5)[91]. Se prevén seis supuestos de modificación concesional, uno con-

89. Véanse Gimeno Feliu, J. M., "La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable", en *La contratación pública: problemas actuales*, cit., pp. 135-142, que alude a la transformación del *ius variandi* en un contexto de eficiencia e integridad; Pardo García-Valdecasas, J. J., "El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual", en *La contratación pública: problemas actuales*, cit., pp. 147-162; y Calvo Ruata, P., "La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?", *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, núm. 3, 2012, pp. 369-441.

90. Entre otras las SSTJCE de 29 de abril de 2004 (C-496/99 P, CAS Succhi di Frutta/Comisión), de 19 de junio de 2008 (C-54/06, Pressetext Nachrichtenagentur), de 13 de abril de 2010 (Wall AG, C-91/08) y de 22 de abril de 2010 (Comisión/España, C-423/07). Como señala, Gimeno Feliu, "La modificación...", cit., p. 126, la propuesta de Directiva supone cierta innovación sobre la doctrina del TJUE en la materia.

91. La modificación de una concesión fuera de los motivos tasados del art. 43 supone una nueva adjudicación, constituyendo su incumplimiento una causa de resolución de las

vencional y los restantes no convencionales, que tienen carácter tasado. Son los siguientes[92]:

A) Modificación convencional o prevista en la documentación de la concesión

El primer supuesto de modificación concesional concurre cuando la modificación está ya prevista en la documentación de la concesión mediante cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, en las que esté predeterminado el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que se puede recurrir a ellas. Este supuesto no tiene límite cuantitativo, pero las modificaciones u opciones previstas no puedan alterar el carácter global de la concesión. Uno de los ejemplos expresamente previsto son las cláusulas de revisión de precios [art. 43.1.a)].

B) Modificaciones para obras o servicios adicionales

El segundo supuesto se refiere a las modificaciones no previstas en el contrato original para obras o servicios adicionales, a cargo del concesionario original, requiriéndose las siguientes condiciones: 1) El carácter necesario de tales obras o servicios adicionales; 2) La imposibilidad de cambio del concesionario por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, servicios o instalaciones adquiridos en el marco de la concesión inicial, o bien por generar tal cambio inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder o entidad adjudicador; y 3) Límite cuantitativo, en las concesiones de los poderes adjudicadores para el ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II -no de las entidades adjudicadoras-, consistente en que el posible aumento de valor de cada modificación no supere el 50% del valor de la concesión original; sin que las modificaciones consecutivas puedan perseguir la elusión de la Directiva [art. 43.1.b)]. Para el cálculo de tal valor, se tomará el precio actualizado que será el valor de referencia si la concesión incluye una cláusula de indexación y, en otro caso,

concesiones [art. 44.a)].

92. Nótese que se ha modificado la propuesta de la Comisión que partía de la noción de "modificación sustancial"; como sigue apareciendo en los considerandos de la Directiva, que comienzan con tal supuesto (considerando 75). De ahí que no estemos ya ante un principio general -prohibición de modificación sustancial- y otros supuestos de modificación.

se calculará teniendo en cuenta la inflación media en el Estado miembro del poder adjudicador o la entidad adjudicadora (art. 43.3).

En este supuesto es obligatoria la publicación de un anuncio de la modificación en el Diario Oficial de la Unión Europea, con la información establecida en el anexo XI y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33 (art. 43.1, último párrafo).

C) Modificación por cincunstancias imprevisibles

En aras de la flexibilidad para adaptar la concesión a nuevas circunstancias exteriores no previsibles[93], se autoriza la posible modificación cuando concurran los tres requisitos siguientes: 1) La aparición de circunstancias imprevisibles que exijan la modificación[94]; 2) La modificación no altere el carácter global de la concesión; y 3) Límite cuantitativo, en las concesiones para el ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo II, consistente en que el posible aumento de valor de cada modificación no supere el 50% del valor de la concesión original; sin que las modificaciones consecutivas puedan perseguir la elusión de la Directiva [art. 43.1.c)]. Para el cálculo de tal valor, se tomará el precio actualizado que será el valor de referencia si la concesión incluye una cláusula de indexación y, en otro caso, se calculará teniendo en cuenta la inflación media en el Estado miembro del poder adjudicador o la entidad adjudicadora (art. 43.3).

También en este supuesto es obligatoria la publicación de un anuncio de la modificación en el Diario Oficial de la Unión Europea, con la información establecida en el anexo XI y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33 (art. 43.1, último párrafo).

D) Modificación por cambio del concesionario inicial

La sustitución o cambio del concesionario inicial constituye una modificación concesional, que no precisa de nueva adjudicación, en tres casos: 1)

93. Como indica Lazo Vitoria, "El futuro...", cit., p. 169, se recoge una solución pragmática para las situaciones imprevistas.
94. Según el considerando 76, "El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible".

Cuando sea consecuencia de una opción o cláusula de revisión prevista de forma inequívoca en la documentación de la concesión; 2) La sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva; y 3) La asunción por el propio poder o entidad adjudicador de las obligaciones del concesionario principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional [art. 43.1.d)].

E) Modificaciones no sustanciales: definición de modificación sustancial

También es posible la modificación de la concesión cuando se trate de modificaciones que, con independencia de su valor, no sean sustanciales [art. 43.1.e)]. A tal efecto, una modificación concesional se considera sustancial cuando tenga como resultado una concesión materialmente diferente, en cuanto a su carácter, de la celebrada en un principio y, en particular, cuando se cumpla una de las condiciones siguientes: 1) Nuevas condiciones que, de haber figurado en el procedimiento inicial de adjudicación de la concesión, habrían permitido la selección de solicitantes distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de adjudicación de la concesión; 2) Alteración del equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario en un modo que no estaba previsto en la concesión inicial; 3) La ampliación considerable del ámbito de la concesión; 4) La sustitución del concesionario inicial por otro nuevo fuera de los casos antes previstos (art. 43.4).

F) Modificaciones menores o por debajo de determinados umbrales

Finalmente, no es preciso un nuevo procedimiento de adjudicación cuando se trate de pequeñas modificaciones o por debajo de los umbrales *de minimis* siguientes: cuando el valor de la modificación o del acumulado de las modificaciones sucesivas sea inferior a 5.186.000 euros (umbral de aplicación de la Directiva) y no supere el 10% del valor inicial de la concesión; con el límite de que nunca se altere la naturaleza global de la concesión (art. 43.2). Para el cálculo de tal valor, se tomará el precio actualizado que será el valor de referencia si la concesión incluye una cláusula de indexación y, en otro

caso, se calculará teniendo en cuenta la inflación media en el Estado miembro del poder adjudicador o la entidad adjudicadora (art. 43.3).

En suma, la Directiva establece un régimen de modificación concesional de supuestos tasados y limitados, si bien apunta a una flexibilización[95], destacando el límite infranqueable de la modificación contractual consistente en la no alteración del carácter global de la concesión, esto es, un nuevo concepto jurídico indeterminado, que no es precisado y tendrá que concretarse en cada caso.

Esta regulación también afecta a la legislación interna, que prevé un régimen de aplicación general con dos bloques: las modificaciones convencionales previstas en el contrato y las modificaciones no previstas en el contrato [arts. 105 a 108 y 219.1 TRLCSP, a los que remiten los arts. 243, 249.1.b) y 250 para las concesiones de obras públicas y 282.1 para el contrato de gestión de servicios públicos]; sin perjuicio de los supuestos de sucesión del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, así como de la posibilidad de realizar obras complementarias directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante su vigencia cuando concurran el supuesto específico de procedimiento negociado del art. 171.b) TLCSP en el contrato de obras (art. 250 TRLCSP)[96].

3. Resolución de las concesiones

La Directiva de concesiones, también en correlación con las otras dos Directivas[97], prevé tres motivos de resolución de la concesión, que son los siguientes: 1) Que la modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, esto es, no se ajuste a los supuestos de modificación permitidos en el art. 43; 2) La adjudicación de la concesión a una persona incursa en alguna de las exclusiones previstas en el art. 38.4; y 3) El incumplimiento declarado por

95. Calvo Ruata, *op. cit.*, p. 347.
96. La actual regulación interna procede de la reforma operada por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, para ajustarse a los principios comunitarios y a la doctrina del TJUE. Sobre ello, entre otros, Razquin Lizarraga, J. A., "El nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público tras la ley de economía sostenible", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2011, pp. 179-205 (BIB 2011\1669); y Vázquez Matilla, J., "Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible", *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 37/2010, pp. 317-351; y Gimeno Feliu, "La modificación de los contratos...", cit., pp. 135-142.
97. Arts. 73 de la Directiva 2014/24/UE y 90 de la Directiva 2014/25/UE, que bajo el título rescisión de contratos acogen las mismas tres causas. La propia Directiva 2014/23/UE alude al término "rescisión" en su considerando 80.

el TJUE consistente en la adjudicación de una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o la Directiva de concesiones (art. 44). Se trata de causas de resolución contractual imputables al poder o entidad adjudicador y no al concesionario[98], dirigidas a cumplir con obligaciones derivadas del Derecho comunitario en materia de concesiones (considerando 80), que deben ser incorporadas al Derecho interno, lo que evitará disfunciones que impidan o dificulten la cabal ejecución de las sentencias del TJUE[99].

VIII. APLICACIÓN A LAS CONCESIONES DE LAS DIRECTIVAS DE RECURSOS

La última de las novedades a destacar se refiere a la aplicación a las concesiones del régimen de recursos. A tal fin, la Directiva de concesiones modifica las Directivas 89/665/CEE (recursos en sectores clásicos) y 92/13/CEE (recursos en sectores especiales) para incorporar las concesiones de obras y de servicios al régimen de recursos, precontractual y contractual, previstos en ellas, así como para actualizar las referencias normativas con mención de las nuevas Directivas (arts. 46 y 47, respectivamente). Por tanto, las concesiones de obras y de servicios cubiertas por la Directiva 2014/23/UE, esto es, de valor igual o superior a 5.186.000 euros, también se incluyen en el ámbito de aplicación de las Directivas de recursos.

98. En igual sentido, Lazo Vitoria, "El futuro...", cit., p. 170.
99. En este sentido puede traerse a colación el caso de las concesiones de servicios de transporte de pasajeros en la ría de Vigo. Por Sentencia del TJUE de 9 de marzo de 2006 (C-323/03, Comisión/España) se condenó a España por mantener en vigor una normativa que permite conceder los servicios de transporte marítimo de pasajeros en la ría de Vigo a un único operador durante un período de veinte años y que incluye como criterio de adjudicación de dicha concesión la experiencia de transporte en la citada ría, que permite someter a obligaciones de servicio público los servicios de transporte estacionales con las islas o los servicios de transporte regulares entre puertos continentales y queque nunca fue objeto de consulta con la Comisión de las Comunidades Europeas antes de su aprobación, por infringir preceptos del Reglamento (CEE) Nº 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo). Para su ejecución, la Junta de Galicia declaró la nulidad de pleno derecho de la concesión del servicio público del transporte de personas en la ría de Vigo y entre ésta a las islas Cíes. Y dicha revisión de oficio fue anulada por STS de 23 de mayo de 2012 (recurso de casación n.º 7113/2010) por considerar que el cauce utilizado era inadecuado, lo que no supone la inexistencia en nuestro sistema de otras medios de poner fin al derecho del concesionario por parte de la Administración, que no le corresponde indicar.

Estas modificaciones contrastan con la legislación estatal básica. Así, habrá de adaptarse el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratación (recurso precontractual) en cuanto a las concesiones de servicios, ya que ahora está referido a los contratos de gestión de servicios públicos de cuantía superior a 500.000 euros y de duración superior a cinco años [art. 40.1.c) TRLCSP]; y también el ámbito de los supuestos especiales de nulidad (recurso contractual) que ahora no contempla las concesiones de servicios a fin de incluir éstas (art. 37 TRLCSP). Asimismo, es preciso modificar el campo de los recursos en la Ley 31/2007, incorporando las concesiones tanto de obras como de servicios, hasta ahora excluidas -en sintonía con la Directiva comunitaria transpuesta- del ámbito de aplicación de dicha Ley[100].

IX. CONCLUSIÓN

Frente a la larga tradición concesional en España, la nueva Directiva de concesiones constituye la primera regulación armonizada unitaria de las concesiones de obras y de servicios, que se desgaja de las Directivas de sectores clásicos y de sectores especiales. Como se ha examinado, incorpora importantes novedades como son las siguientes: 1) La definición más clara y completa de concesiones en torno a la noción de "riesgo operacional", sobre la base de la jurisprudencia del TJUE; 2) Su aplicación a las concesiones de obras y las concesiones de servicios de valor igual o superior a 5.186.000 euros, tanto en los sectores clásicos como en los sectores especiales, regulando la exclusión de la contratación *in house* y de la concertación entre poderes o entidades adjudicadoras, también mediante la codificación de la jurisprudencia del TJUE; 3) La regulación de la duración de la concesión; 4) Un régimen específico, suave y flexible de adjudicación, sin determinar procedimientos, estableciendo ciertas garantías, la publicación de anuncios de concesión y algunas pautas sobre los criterios de adjudicación; 5) La extensión del régimen comunitario a la ejecución contractual, contemplando la subcontratación, modificación y resolución de las concesiones; y 6) La aplicación a las concesiones del régimen de recursos, mediante la modificación de las dos Directivas de recursos.

100. Véase Razquin Lizarraga, M. M., "Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)", REDA, núm. 161, 2014, pp. 37-74.

Todas estas novedades inciden en la legislación interna[101], con dos impactos sobresalientes. Así, es mayor la repercusión de la Directiva respecto de las concesiones de servicios, hasta ahora huérfanas de regulación comunitaria y encuadradas en el ámbito interno en la categoría de los contratos de gestión de servicios públicos, que será preciso revisar[102]. Y, sobre todo, destaca el impacto del nuevo concepto de concesiones -que incluye la noción de riesgo operacional- en la legislación interna caracterizada por el principio de equilibrio económico de la concesión, ya que el riesgo del concesionario es el elemento central de la concesión que no puede eliminarse por razón del equilibrio económico[103], de suerte que la distribución de los riesgos se erige en factor trascendental para las concesiones[104]. Las concesiones suponen una

101. No solo en la legislación básica estatal, según se ha reflejado, sino también en el caso de Navarra en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (objeto de ulteriores modificaciones). Esta Ley Foral contempla ambas concesiones como contratos públicos y, a diferencia del TRLCSP, no contempla el contrato de gestión de servicios públicos, sino que tipifica como una categoría propia la concesión de servicios públicos (arts. 4 y 4.5), por considerar –a decir de su exposición de motivos- que "la incorporación de la figura de la concesión de servicios conlleva la desaparición del denominado contrato de gestión de servicios públicos al repartirse su objeto entre el contrato de asistencia y la concesión de servicios. Por tanto, de acuerdo con la normativa comunitaria europea, la prestación de servicios a la colectividad a través de un empresario únicamente podrá adoptar, por un lado, la forma de contrato de asistencia cuando el empresario perciba su retribución de la entidad pública, de acuerdo con las prestaciones que realice y, por otro, la de concesión, cuando el empresario perciba su retribución de los usuarios, al menos en una parte, incluyendo formas de retribución similares al denominado «peaje en la sombra». Asimismo, la Ley Foral 6/2006 contempla las concesiones con sociedades de capital mixto (art. 8 bis) y caracteriza tanto la concesión de obras como la de servicios como contratos administrativos (art. 31.2), sujetas por tanto al régimen de éstos –LFCP y disposiciones reglamentarias- (art. 32), con normas específicas en línea con la normativa estatal, contemplando el mantenimiento del equilibrio económico del contrato (entre otros, arts. 140-166 para la concesión de obras públicas; y 167 para la concesión de servicios). Véase Alenza García, J. F., "Las clases de contratos. Contratos de obras, concesión de obras públicas y concesión de servicios públicos", en Alli Aranguren, J. C. (coord.), *Comentarios a la Ley foral de contratos públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2007, pp. 457-538.
102. Blanco López, *op. cit*., p. 94.
103. González García, J. V., "El riesgo del concesionario como elemento central de las concesiones de obra pública", en Falcón y Tella, R., García-Herrera Blanco, C. y Grau Ruiz, M. A. (coords.), *Análisis jurídico de los mecanismos de financiación de las infraestructuras públicas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008, pp. 341-362; y del mismo autor, "Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011", en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, cit., vol. 1, pp. 1130-1331, señala que la excesiva preocupación por la viabilidad económica de la concesión puede eliminar cualquier elemento aleatorio de la misma.
104. Como señala Lazo Vitoria, "El futuro...", cit., p. 154, la distribución de los riesgos condiciona muy significativamente el funcionamiento del mercado concesional. Por su parte, Vázquez del Rey Villanueva, *op. cit*., pp. 58-61, alude a la dificultad de trasladar al con-

movilización de capital privado y de experiencia e innovación que complementa los recursos públicos y permite nuevas inversiones en infraestructuras y servicios públicos sin incremento de la deuda pública, por lo que la interpretación y aplicación de la noción de riesgo operacional será crucial para la colaboración de las empresas y la obtención de financiación privada, especialmente en una situación de crisis económica.

La Directiva de concesiones no se aplica a la adjudicación de concesiones ofrecidas o adjudicadas antes del 17 de abril de 2014 (art. 54, párrafo segundo)[105]. Y los Estados miembros tienen un plazo de dos años para su transposición, que fina el 18 de abril de 2016 (art. 51.1).

En suma, se ha pasado de una falta de regulación de las concesiones a nivel comunitario -salvo la concesión de obras públicas en los sectores clásicos- a su regulación mediante un texto normativo específico, lo que va a requerir no sólo su transposición fiel, completa y temporánea a la normativa interna, sino también la adaptación de los poderes y entidades adjudicadores, así como de las propias empresas, a los cambios derivados de esta nueva norma europea.

BIBLIOGRAFÍA

ALENZA GARCÍA, J. F., "Las clases de contratos. Contratos de obras, concesión de obras públicas y concesión de servicios públicos", en ALLI ARANGUREN, J. C. (coord.), *Comentarios a la Ley foral de contratos públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2007.

ARIMANY LAMAGLIA, E., "La colaboración pública privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales", QDL, núm. 11, 2006.

- "Los servicios públicos locales en tiempo de crisis", *Anuario de Derecho Local*, 2011.

BAEZA MUÑOZ, M. A., ORTEGA HORTELANO, A., y VASSALLO MAGRO, J. M., "Reparto de riesgos en concesiones de infraestructuras ante la crisis eco-

cesionario el riesgo de demanda, recomendando introducir matizaciones o limitaciones en el riesgo de demanda que haya de asumir el concesionario.

105. Según Vázquez del Rey Villanueva, *op. cit.*, p. 56, no afectará a las actuales concesiones.

nómica", en *Transporte innovador y sostenible de cara al siglo XXI : X Congreso de Ingeniería del Transporte: celebrado del 20 al 22 de junio de 2012, en Granada*, Universidad de Granada, Granada, 2012.

BERNAL BLAY, M. A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales*, Civitas, Madrid, 2010.

BLANCO LÓPEZ, F., "La Directiva 23/2014 de contratos de concesión. El «riesgo operacional»", *Revista Derecho y Salud*, vol. 24, Extra, 2014.

BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

CALVO RUATA, P., "La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?", *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, núm. 3, 2012.

COYLE, C., "Nueva Directiva sobre Adjudicación de Concesiones: ¿Excluye las basadas en la transferencia del riesgo de disponibilidad?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 884, 2014.

EMBID IRUJO, A. y COLOM PIAZUELO, E., *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas: Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

GALLEGO CÓRCOLES, I., "Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios", *Contratación Administrativa Práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 111, 2011.

GIMENO FELIÚ, J. M., "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP", REDA, núm. 156, 2012.

- "La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable", en *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013.
- "Las nuevas directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública", REDA, núm. 159, 2013.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V, *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

- "El riesgo del concesionario como elemento central de las concesiones de obra pública", en FALCÓN Y TELLA, R., GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. y GRAU RUIZ, M. A. (coords.), *Análisis jurídico de los mecanismos de financiación de las infraestructuras públicas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2008.
- "Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011", en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.

GONZÁLEZ DE OLANO, G. y NAVARRO MANICH, J. A., "Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión", *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 37/2014.

LAZO VITORIA, X., "El futuro del mercado concesional en Europa", *Revista CEFLEGAL*, núm. 154, 2013.

- "Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 129, 2014.

MACHO PÉREZ, A. B. y MARCO PEÑAS, E., "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda públicos: análisis de los criterios de Eurostat", RAP, núm. 194, 2014.

MARTÍN PUERTA, P., "Régimen económico de la concesión y equilibrio económico del contrato", MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2010.

MONTOYA MARTÍN, E., *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Serie Claves del Gobierno Local, 9, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009.

MORCILLO MORENO. J., "El contrato de concesión de obra pública", en MORENO MOLINA, J. A. (dir.), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Madrid, 2008.

MORENO MOLINA, J. A., "La regulación comunitaria europea de las conexiones de obras públicas", en PUERTA SEGUIDO, F. (dir.), *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.

ORTEGA ALVÁREZ, L., "El régimen común de equilibrio económico del contrato de concesión de obras públicas predicable de los diferentes supuestos de riesgo y ventura existentes en las distintas fases de la dicha concesión", en PUERTA SEGUIDO, F. (dir.), *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.

PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J. J., "El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual", en *La contratación pública: problemas actuales, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*, Madrid, 2013.

PFLUEGER TEJERO, E., "La propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión: aspectos principales", en *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2013.

PERNAS GARCÍA, J. J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., "Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación Foral de Navarra de contratos públicos de Navarra: contraste con el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 47, 2009.

- "El nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público tras la Ley de Economía Sostenible", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2011.
- "La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012.

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., "El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (Comentario a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)", en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, vol. 2.

- "Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)", REDA, núm. 161, 2014.

RUIZ OJEDA, A., *La concesión de obra pública*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

SÁNCHEZ SOLIÑO, A., "Optimización de la transferencia de riesgos en los Contratos de Infraestructuras y Servicios Públicos", *Hacienda Pública Española*, núm. 201, 2012.

SANZ GANDASEGUI, F., "El concepto de contratos de concesión de obras públicas", en MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, A. (dir.), *Instrumentos españoles de colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2010.

VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, R., "Proyecto de Directiva de concesiones", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 32/2012.

VÁZQUEZ MATILLA, F. J., "Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37, 2010.

VILLALBA PÉREZ, F. "La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de los contratos de concesión", REALA, núm. 2, 2014.