

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA POR DEBAJO DEL UMBRAL EUROPEO EN ESPAÑA Y ALEMANIA. EL PROBLEMA DE LAS INSTRUCCIONES INTERNAS *

SILVIA DÍEZ SASTRE

Profesora Contratada. Doctora de Derecho Administrativo, UAM. Becaria postdoctoral de la Fundación Alexander-von-Humboldt, Universidad Osnabrück (Alemania)

Este trabajo ha obtenido el 2.º Premio *Estudios Financieros 2010* en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

LA transposición de las Directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos públicos (en especial, la Directiva 2004/18/CE), ha producido una partición en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros. Es el caso de España y Alemania. El régimen jurídico de los contratos que caen bajo el ámbito de aplicación de las Directivas difiere sustancialmente del aplicable a aquellos contratos regulados por el Derecho nacional. En Alemania, estos contratos se regulan por las denominadas «Verdingungsordnungen»; disposiciones aprobadas por la Administración con una más que dudosa eficacia vinculante. En España, la nueva Ley de Contratos del Sector Público introduce una nueva figura: las instrucciones internas de contratación que debe aprobar cada ente del sector público que no es Administración. El legislador no define sus efectos jurídicos. Este trabajo analiza, desde un punto de vista sistemático y comparado, las distintas hipótesis que podrían justificar su eficacia vinculante para el sector público.

Palabras clave: contratación pública, derecho comparado, contratos por debajo del umbral europeo, instrucciones internas.

* Este trabajo se realizó durante una estancia de investigación en el *European Legal Studies Institute* de la Universidad de Osnabrück (Alemania), que se desarrolló en el marco de una beca postdoctoral de la Fundación Alexander-von-...

PUBLIC AWARDING OF SUB-THRESHOLD CONTRACTS IN SPAIN AND GERMANY. THE PROBLEM OF INTERNAL REGULATIONS

SILVIA DíEZ SASTRE

*Profesora Contratada Doctora. de Derecho Administrativo,
UAM. Becaria postdoctoral de la Fundación Alexander-
von-Humboldt, Universidad Osnabrück (Alemania)*

Este trabajo ha obtenido el 2.º Premio *Estudios Financieros 2010* en la modalidad de **DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Abstract:

THE implementation of the directives on public procurement (especially the Consolidated Directive on public procurement 2008/14/EC) has divided the legal systems of some Member States. This is the case in Spain and Germany. The awarding of contracts above the financial thresholds is governed by europeanized rules, which are substantially different from the national rules on the award of sub-thresholds contracts. In Germany, these below-thresholds contracts are regulated by the so called «Verdingungsordnungen», guidelines and regulations passed by the Administration, whose binding force is more than doubtful. In Spain, the new Act on Contracts of the Public Sector introduces a new instrument: the so called «instrucciones internas» (internal regulations), which must be approved by each contracting authority of the public sector that is not Public Administration in the sense defined by certain provisions. The legislator does not determine the legal effects and the possible binding force of these regulations. Therefore this essay analyzes the different hypotheses that could justify their binding force through a systematic and comparative approach.

Keywords: public procurement, comparative law, sub-threshold contracts, internal regulations.

.../...

Humboldt bajo la dirección del profesor Jens-Peter Schneider, a quien agradezco sus valiosos consejos en el transcurso de la investigación.

Sumario

- I. Introducción.
- II. El Derecho europeo de la contratación pública.
 1. El proceso de europeización del Derecho de adjudicación de los contratos públicos.
 2. Los efectos de la europeización.
 - 2.1. La ampliación del concepto de ente adjudicador.
 - 2.2. El reforzamiento de los mecanismos de tutela de los licitadores.
 - 2.3. La europeización asimétrica del Derecho nacional de contratación pública.
- III. La adjudicación de los contratos no sometidos a la armonización europea.
 1. El modelo alemán: las «Verdingungsordnungen».
 - 1.1. La aplicación de las «Verdingungsordnungen» a los contratos situados por encima de los umbrales europeos.
 - 1.2. La aplicación de las «Verdingungsordnungen» a los contratos situados por debajo de los umbrales europeos.
 2. El modelo español: las instrucciones internas de contratación.
 - 2.1. Las instrucciones internas en la LCSP.
 - 2.2. El ámbito de aplicación subjetivo.
 - 2.3. El ámbito de aplicación objetivo.
 - 2.4. El procedimiento de elaboración y la publicidad.
 - 2.5. El contenido.
 - 2.5.1. La garantía de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y del mandato de no discriminación.
 - 2.5.2. La adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa.
 - 2.6. La eficacia jurídica.

IV. La posible eficacia vinculante de las instrucciones internas de la LCSP.

1. Eficacia vinculante *ad intra*.
2. Eficacia vinculante *ad extra*: hipótesis.
 - 2.1. Eficacia normativa.
 - 2.1.1. Planteamiento.
 - 2.1.2. Mandato legal de autovinculación.
 - 2.1.3. Repetición de normas imperativas.
 - 2.1.4. Realización de los mandatos legales.
 - 2.2. Eficacia contractual.
 - 2.3. Eficacia indirecta a través de los principios generales del Derecho.
 - 2.3.1. Principio de igualdad.
 - 2.3.2. Principio de buena fe o de protección de la confianza.

V. Recapitulación.

VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN *

En las cuatro últimas décadas el régimen jurídico de la contratación pública ha sido objeto de profundas transformaciones de la mano de las instancias europeas ¹. Este proceso se explica, fundamentalmente, por dos razones: la progresiva expansión del Derecho de la UE y la importancia estratégica de los contratos públicos en la realización del Mercado Interior. El volumen económico de la contratación de los entes públicos en la UE se acerca al 16 por 100 del Producto Interior Bruto del conjunto de los Estados miembros ². Sin embargo, ha sido habitual que la adjudicación de estos contratos beneficiara a las empresas patrias. Con el fin de evitar esta conducta se ha promovido una intensa actividad jurisprudencial y legislativa a nivel europeo, que tiene como objetivo esencial la mejo-

* Abreviaturas utilizadas: art.: artículo; arts.: artículos; As.: asunto; BGB: Bundesgesetzbuch (Código Civil Alemán); BOE: Boletín Oficial del Estado; BVerfG: Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemán); BVerfGE: Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (Decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán); CC: Código Civil; CE: Constitución española de 1978/ Comunidad Europea; CEE: Comunidad Económica Europea; CIC: culpa in contrahendo; cit.: citado; coord.: coordinador; coords.: coordinadores; D.A.: Disposición Adicional; dir.: director; dirs.: directores; DÖV: Die öffentliche Verwaltung; ed.: edición/editor; EPE: entidad pública empresarial; EPEs: entidades públicas empresariales; EuZWR: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; FJ: fundamento jurídico; GG: Grundgesetz (Ley Fundamental de Bonn de 1949); GWB: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley Alemana de Defensa de la Competencia); INAP: Instituto de Administración Pública; JZ: Juristenzeitung; LA: Ley 18/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos; LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; LCSE: Ley 31/2007, de 30 de octubre, de Contratos en los Sectores Excluidos; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; LF: Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; LOFAGE: Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; LPAP: Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; núm.: número; NZBauRu.VgR: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht; NZVw: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht; p.: página; párr.: párrafo; pp.: páginas; RAP: Revista de Administración Pública; R.D.: Real Decreto; REDA: Revista Española de Derecho Administrativo; Rgto.: reglamento; s.: siguiente; S.A.: sociedad anónima; ss.: siguientes; SSTJUE: sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STJUE: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TCE: Tratado de la Comunidad Europea; TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; TRLSA: Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; TRLSA: Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; TUE: Tratado de la Unión Europea; UE: Unión Europea; VerwArch: Verwaltungsarchiv; VgR: Vergaberecht; VgV: Vergabeverordnung (Reglamento alemán de adjudicación de contratos públicos); VO: Verdingungsordnung (Regla de adjudicación); WiVerw: Wirtschaft und Verwaltung.

¹ Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el pasado 1 de diciembre de 2009 desaparece la Comunidad Europea. Por ello se ha sustituido el adjetivo «comunitario» por «europeo» con la finalidad de adaptarse a esta nueva realidad.

² Más información en el portal de contratación pública de la UE: http://simap.europa.eu/index_es.html.

ra de las condiciones de la competencia entre los licitadores que compiten por la concesión de un contrato público en cualquier Estado miembro. El resultado ha sido la creación de un novedoso complejo normativo, que ordena la adjudicación de estos contratos. Su impacto en los ordenamientos jurídicos nacionales ha sido espectacular.

El Derecho europeo disciplina de forma sustantiva únicamente el otorgamiento de los contratos celebrados por algunas entidades («poderes adjudicadores» y ciertos sujetos privados), con determinados objetos (obras, suministros y servicios, principalmente), cuando superan ciertas cuantías (los denominados «umbrales»)³. Esos contratos «armonizados» o, mejor dicho, su adjudicación, tiene un sustrato jurídico común en toda la UE. Más allá de estas prescripciones rigen las normas de los Estados miembros. Los contratos que se celebran por otros sujetos, con objetos distintos o que no alcanzan las cuantías prefijadas se sitúan «por debajo del umbral de regulación europea»⁴ y siguen gobernados por el Derecho nacional –sin perjuicio de que también se vean afectados en alguna medida por las exigencias de las instancias europeas, como se verá a lo largo de este trabajo–. Así que puede producirse una partición del régimen de contratación pública a nivel interno, cuando el legislador nacional opta por establecer un régimen distinto al europeo para la adjudicación de estos contratos. Eso es precisamente lo que sucede en España y Alemania. El legislador español ha establecido un nuevo régimen básico de la contratación pública que va más allá de la mera transposición de las Directivas europeas. La adjudicación de los contratos no sometidos a la reglamentación europea no se ordena directamente en la ley sino en las «instrucciones internas» de contratación que aprueben las distintas entidades. La eficacia vinculante de estas instrucciones frente a terceros plantea muchos interrogantes. En Alemania, se ha mantenido el régimen tradicional de ordenación de la selección del adjudicatario para los contratos no sometidos a la armonización europea. El resultado es la ordenación de los procedimientos de adjudicación básica mediante las denominadas *Verdingungsordnungen*, que también suscitan problemas desde el punto de vista de sus efectos jurídicos.

El objeto de la investigación consiste en el estudio del régimen jurídico de los contratos que no se sujetan a la regulación sustantiva europea en España y Alemania, con una finalidad: determinar la medida en que las instrucciones internas previstas en la LCSP tienen eficacia jurídica *ad extra* y, por tanto, pueden invocarse por los licitadores ante los tribunales. La comparación del Derecho alemán resulta de gran interés para la consecución de este propósito, ya que comparte algunos problemas esenciales con el Derecho español. La estructura de la exposición se articula en torno a cuatro puntos centrales: en primer lugar, se analiza brevemente el Derecho europeo de la contratación pública (II), en concreto, cuál es su alcance y sus principales consecuencias. A continuación se exponen los regímenes de la contratación por debajo del umbral de regulación europea en España y Alemania (III). Tras estas consideraciones generales, se analizan diversas hipótesis en torno a la eficacia vinculante

³ Los umbrales se regulan en la actualidad en el Reglamento 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de febrero de 2008. Este Reglamento modifica las cuantías establecidas previamente en el Reglamento 1874/2004, reduciéndolas. En el caso de los contratos de colaboración público-privada no se aplican los umbrales, siempre se consideran sujetos a las reglas europeas.

⁴ Cuando se hace referencia a los contratos por debajo del umbral europeo (en singular) en el título de este trabajo no sólo se alude, por tanto, a aquellos contratos que no alcanzan las cuantías fijadas por la Comisión, sino a los contratos que quedan fuera del ámbito de aplicación del Derecho sustantivo de contratación pública europea.

de las instrucciones internas de contratación (IV) y se formulan unas reflexiones finales sobre el funcionamiento del modelo de adjudicación de contratos públicos más allá de las Directivas (V).

II. EL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. El proceso de europeización del Derecho de adjudicación de los contratos públicos.

El Derecho de los contratos públicos tiene una larga historia en Europa. Conforme a la cultura jurídica de cada país se han decantado dos modelos tradicionales de regulación:

- a) Conforme al primero, la Administración se sujeta a las reglas jurídico-privadas que disciplinan la contratación entre particulares, aunque se reconocen ciertas facultades y reglas especiales en normas administrativas y en las cláusulas de los contratos. En concreto, se establecen disposiciones sobre la adjudicación de los contratos en las normas presupuestarias para evitar la corrupción y controlar el buen uso de los fondos públicos. El ordenamiento jurídico que tradicionalmente representa este sistema es el alemán ⁵. También en el Reino Unido las reglas de *procurement law* suponen una modulación del Derecho privado para los contratos de las autoridades públicas ⁶.
- b) El segundo modelo se caracteriza por la creación de una categoría distinta del contrato privado, celebrado entre particulares, para los contratos en los que la Administración es parte: se trata del concepto de «contrato administrativo». En torno a esta idea se crea un Derecho de la contratación pública independiente del Derecho privado –que sólo será de aplicación subsidiaria en algunos casos–. Este modelo se gestó en el ordenamiento jurídico francés. Posteriormente, se asumió también en el español ⁷. La sustracción de la regulación del *iter* de estos contratos al Derecho privado se justifica tradicionalmente por la necesidad de racionalizar el gasto público, eligiendo al contratista más capacitado para llevar a cabo una actuación eficaz; o por la garantía de que la ejecución del contrato sea adecuada para el interés público –lo que permite el *ius variandi* de la Administración–. Todo ello justifica una densa regulación de la fase de ejecución de los contratos.

A pesar de los diferentes puntos de partida, en ambos casos la legislación de contratación pública estaba orientada a una finalidad de ordenación presupuestaria y eficiencia económica de la ejecución de los contratos; así como de prevención de la corrupción. Pero desde 1971 esta regulación nacional ha sufrido el impacto de una legislación europea cada vez más intensa. La importancia eco-

⁵ Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17.ª ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 360 y ss.

⁶ José Luis MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, 1.ª ed., Iustel, Madrid, 2008, p. 72.

⁷ *Ibidem*, p. 14; y Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 568.

nómica de la contratación pública ha llevado a las instituciones europeas a desarrollar desde hace décadas un cuerpo normativo que ordenase esta actividad. El objetivo que persiguen es la realización del Mercado Interior mediante la garantía de las libertades europeas de circulación de mercancías, establecimiento y prestación de servicios. Por ello, el Derecho europeo sólo se fija en las reglas de preparación y adjudicación de los contratos, superando la distinción entre los clásicos «contratos administrativos» y los contratos privados. Lo que importa es que se garanticen ciertas reglas y principios derivados del Mercado Interior cuando el contrato se celebra por entes vinculados a los intereses públicos⁸. Esto se traduce en que las empresas de los Estados miembros pueden licitar libremente en todos los países de la UE con la esperanza real de ser adjudicatarias. Por supuesto, esta nueva orientación de las reglas de contratación pública no significa que desaparezcan los objetivos de control presupuestario y eficiencia económica propios de los Derechos nacionales, sino que se suman otros, principalmente, la protección de la competencia y, de forma secundaria, la consecución de fines sociales y medioambientales.

El Derecho europeo de la contratación pública se ha conformado a través de diversos elementos. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) –que ha sido especialmente activo en este ámbito– ha jugado un papel fundamental en el desarrollo de los principios que han de regir la adjudicación de los contratos públicos; también la Comisión, mediante actos vinculantes o no –como Reglamentos y Comunicaciones interpretativas–. Pero, sin duda, la pieza clave en el proceso de europeización de los contratos públicos ha sido la Directiva. Desde los años setenta se han aprobado diversos actos jurídicos de este tipo para la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras, servicios y suministros, y de los contratos en los servicios excluidos del agua, la energía, el transporte, las telecomunicaciones (hasta 2004) y los servicios postales (desde ese mismo año)⁹. Su eficacia se ha reforzado, además, gracias a la aprobación de las denominadas «Directivas de recursos», que obligan a los ordenamientos jurídicos nacionales a garantizar a los licitadores el acceso a mecanismos efectivos de tutela de sus intereses¹⁰.

⁸ José Luis MEILÁN GIL, *La estructura...*, cit., p. 14.

⁹ Las primeras Directivas de coordinación de la contratación son de los años setenta (Directivas 70/62/CEE; 71/304/CEE; 71/305/CEE; 71/306/CEE; 72/277/CEE; 77/62/CEE). Sin embargo, su escaso impacto en la realidad de la contratación pública europea condujo a las instituciones europeas a la aprobación de una nueva generación de Directivas en la década de los ochenta. En ese contexto, se incardinan las Directivas 88/295/CEE, de 22 de marzo, de contratos públicos de suministro; y 89/440/CEE, de 18 de julio, de contratos públicos de obra. Posteriormente, ya en los noventa, se aprobaron nuevas normas que modificaron las anteriores y otras que comprendieron nuevos tipos contractuales. Es el caso de la Directiva 90/531/CEE, contratos en sectores excluidos; la Directiva 90/531/CEE, de formalización de contratos en los sectores del agua, energía, transporte y telecomunicaciones; la Directiva 92/50/CEE, de adjudicación de contratos públicos de servicios; la Directiva 93/36/CEE, de adjudicación de contratos públicos de suministros; la Directiva 93/37/CEE, de adjudicación de contratos públicos de obras; y la Directiva 93/38/CEE, de agua, energía, transportes y telecomunicaciones. En la actualidad, las últimas Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, pretenden simplificar y refundir el marco normativo de la contratación pública, tanto para los contratos de obras, suministros y servicios, como para los contratos en los sectores excluidos (que comprenden el agua, la energía, los transportes y los servicios postales –se excluyen, por tanto, de la regulación los servicios de telecomunicaciones que se habían regulado tradicionalmente en estas Directivas, pues la Comisión considera que ya están liberalizados–).

¹⁰ Estas Directivas son: la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, que introduce una serie de obligaciones de tutela a los licitadores en la fase en que las infracciones aún pueden corregirse (tutela primaria que garantiza la restitución); la Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, en los sectores excluidos –agua, energía, transportes y telecomunicaciones–, que también introduce fórmulas de tutela primaria ante posibles vulneraciones de las normas europeas; y la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007, de mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia

La transposición de estas Directivas por los Estados miembros y su aplicación en la realidad no ha sido, ni es, pacífica. La consecuencia ha sido la apertura de numerosos procesos de incumplimiento que han conducido a condenas por la incorrección o la ausencia de transposición de las Directivas y por la desviación en la práctica de las exigencias europeas¹¹. Hay que tener en cuenta que las Directivas han introducido un giro de copernicano en la regulación de los contratos públicos de algunos países, como es el caso de Alemania; y que en todos ha supuesto un nuevo reto para el legislador. En concreto, las principales novedades introducidas por el Derecho europeo –a los efectos que aquí interesan– pueden condensarse en tres efectos: la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de las reglas de contratación pública; el reforzamiento de los mecanismos de tutela de los licitadores; y la europeización asimétrica del Derecho nacional. A continuación se explican brevemente.

2. Los efectos de la europeización.

2.1. La ampliación del concepto de ente adjudicador.

Las disposiciones contenidas en las Directivas no se aplican a todos los contratos celebrados por los poderes públicos. El ejercicio de las competencias europeas sobre Mercado Interior se modula por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad [art. 5.º del TCE, actual art. 5.º del TUE]. Ello impide el establecimiento de un régimen jurídico homogéneo para todos los contratos, con independencia de su naturaleza. Por ello, las Directivas sólo se aplican a un tipo de contrato: los denominados «contratos armonizados». Estos contratos se definen por la concurrencia de tres elementos definidos en las Directivas: el sujeto contratante; el objeto del contrato; y su cuantía. Una de las novedades más importantes de esta regulación consiste precisamente en la ampliación del concepto de ente adjudicador.

de adjudicación de contratos públicos, que modifica las dos anteriores con el fin de garantizar una mayor eficacia de la tutela de los licitadores. En concreto, determina los plazos para la activación de los mecanismos de tutela antes de la celebración del contrato. Al respecto, Klaus HEUVELS, «EG-Kommission will Lücken im europaweiten Primärrechtsschutz für Bieter schließen», *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, núm. 7, 2006, pp. 416-421, p. 417.

¹¹ Sirvan de ejemplo las siguientes Sentencias de condena al Reino de España: SSTJUE de 15 de mayo de 2003, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (C-214/00); de 16 de octubre de 2003, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (C-283/00); de 13 de enero de 2005, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (C-83/03); de 3 de abril de 2008, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (C-444/06); de 22 de abril de 2010, *As. Comisión Europea contra Reino de España* (C-423/07); y a la República Federal de Alemania: SSTJUE de 11 de agosto de 1995, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* (C-433/93); de 16 de noviembre de 1997, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* (C-341/96); de 10 de abril de 2003, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* (C-20/01 y C-28/01); de 9 de septiembre de 2004, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* (C-125/03); de 18 de noviembre de 2004, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* (C-126/03); de 3 de marzo de 2005, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* (C-414/03); de 9 de junio de 2009, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* (C-480/06); de 15 de octubre de 2009, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania* (C-275/08); de 29 de octubre de 2009, *As. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (C-536/07).

El Derecho europeo de contratación pública no se proyecta únicamente sobre los contratos que celebran los poderes públicos tradicionales, con forma jurídico-pública. Por el contrario, amplía su ámbito de aplicación subjetivo para incluir a entes adjudicadores de carácter funcional: esto es, personas jurídicas que realizan tareas públicas y están gobernadas por el Estado de algún modo; y a los sujetos privados que reúnen una serie de características especiales: estar gobernados en alguna medida por el poder público, ejercer derechos especiales atribuidos por él, o realizar proyectos vinculados con financiación pública. Esta extensión de la aplicación de las reglas de contratación pública ha exigido importantes transformaciones en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. A continuación se detallan brevemente las características de los sujetos sometidos a las reglas de contratación pública europea:

- a) La regulación europea de la contratación pública se proyecta sobre la actividad contractual de los denominados «poderes adjudicadores». De acuerdo con la Directiva 2004/18/CE (art. 1.º 9) son poderes adjudicadores: el Estado, los entes territoriales y sus asociaciones y los «organismos de Derecho público» y sus asociaciones. Sin duda el concepto más complejo es el de «organismo de Derecho público». El Derecho europeo se apoya aquí en un concepto funcional. No importa cuál sea la forma jurídica de organización de los entes, sino la vinculación con fines y controles públicos. Así, los organismos de Derecho público deben reunir los siguientes requisitos: a) ser creados para satisfacer necesidades de interés general, que no tengan carácter mercantil ni industrial –en este sentido basta con que una parte de su actividad, aunque revista poca entidad, sea de interés general–; b) tener personalidad jurídica, de naturaleza pública o privada; c) desarrollar una actividad financiada o controlada por un poder adjudicador; o que en sus órganos de administración, dirección o vigilancia más de la mitad de los miembros estén nombrados por el Estado, entes territoriales u organismos de Derecho público¹².
- b) Con respecto a los sujetos privados, hay que tener en cuenta que el Derecho europeo incluye una regulación para: los contratos de obras y servicios adjudicados por entidades privadas cuando estén subvencionados por poderes adjudicadores en más del 50 por 100 de su importe, cuando se cumplan ciertas condiciones; los contratos de obras que celebren los concesionarios de obra pública con terceros; y los contratos celebrados por las empresas que actúan en los sectores «excluidos»: en la actualidad, agua, energía, transporte y servicios postales.

2.2. El reforzamiento de los mecanismos de tutela de los licitadores.

Las Directivas europeas no se limitan a establecer un régimen sustantivo de la adjudicación de los contratos públicos. También se han aprobado Directivas que establecen una serie de paráme-

¹² La interpretación de estos requisitos por la jurisprudencia europea es expansiva. Simplemente a modo de ejemplo: la STJUE de 10 de noviembre de 1998, *As. ARA* (C-360/96) referida a la sujeción a las reglas de contratación pública de entes encargados de la prestación de servicios públicos, aunque sea en régimen de competencia; la STJUE, de 3 de octubre de 2000, *As. Universidad de Cambridge* (C-380/98) en torno a la financiación necesaria para considerar a un ente un «organismo de Derecho público»; y la STJUE de 13 de diciembre de 2007, *As. Bayerischer Rundfunk* (C-337/06), que considera que forma parte de la financiación pública de una empresa el cobro de un canon a los consumidores, si su imposición se realiza por el Estado.

tros de control mínimos para asegurar su cumplimiento. Esta medida fue necesaria al comprobar la insuficiencia de las Directivas de contratación para modificar los «hábitos» contrarios a la competencia de los Estados miembros. Las denominadas «Directivas de recursos» introducen reglas concretas en materia de:

- a) Medidas provisionales.
- b) Plazos mínimos.
- c) Legitimación: se amplía a «toda persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por la violación del Derecho comunitario».
- d) Eficacia de los mecanismos de tutela: en concreto, se exige que permitan la anulación de las decisiones impugnadas, y
- e) Garantías jurisdiccionales en los órganos encargados de conocer de los recursos: composición, tipo de proceso, independencia y exigencia de motivación por escrito.

De este modo se refuerzan los mecanismos de *tutela primaria* de los licitadores, esto es, los canales de tutela que permitan la eliminación de la vulneración de las reglas de contratación antes de la adjudicación y restituir el *statu quo ante* –por ejemplo, retrotrayendo el procedimiento de adjudicación al momento previo a la vulneración de una regla de adjudicación–. Este tipo de tutela se diferencia de la denominada *tutela secundaria*, que sólo permite compensar económicamente a los licitadores por el daño sufrido –por ejemplo, cuando se constata la vulneración del procedimiento de adjudicación una vez que el contrato ya está en un grado avanzado de ejecución o incluso cuando la ejecución ha finalizado–¹³.

La consecuencia del establecimiento de distintos regímenes jurídicos de adjudicación de los contratos públicos para los contratos armonizados y los contratos que quedan fuera de esta categoría es la fragmentación del sistema de tutela de los licitadores. En España, se establecen unos mecanismos de tutela para los contratos armonizados que no tienen correspondencia para el resto de contratos. Lo mismo sucede en Alemania, donde los mecanismos de tutela primaria se limitan a los supuestos de contratos por encima de los umbrales europeos, creando una bipartición del sistema (*Zweiteilung*). En el caso español esta diferenciación del régimen jurídico de la tutela de los licitadores no ha sido –al menos todavía– objeto de controversia. Sin embargo, en Alemania y en Austria –donde también se estableció un distinto régimen de tutela por encima y por debajo de los umbrales europeos– esta opción del legislador se ha planteado como un posible problema constitucional desde el punto de vista de la cláusula de igualdad. La respuesta de los máximos intérpretes de la Constitución en ambos países ha sido contrapuesta. Por un lado, el Tribunal Constitucional Austríaco ha considerado que una división del sistema de tutela en atención al tipo y cuantía del contrato es contraria a la Constitución, por vul-

¹³ Sobre la diferencia entre los conceptos de tutela primaria y secundaria, propios del Derecho alemán, véase Tobias SCHNEIDER, *Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge (Der oberhalb der Schwellenwerte bestehende vergaberechtliche Primärrechtsschutz des nichtberücksichtigten Bieters nach Zuschlagserteilung)*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 67.

nerar las exigencias de la cláusula de igualdad¹⁴. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha considerado que la regulación legal no es contraria al art. 3.º del *Grundgesetz* (que consagra el principio de igualdad), porque no se produce una discriminación entre distintos grupos de personas, sino que se fija un criterio objetivo: la cuantía del contrato, para establecer un distinto régimen jurídico¹⁵. De hecho, se entiende que de extenderse el ámbito de aplicación de las Directivas simplemente como consecuencia de la aplicación del principio de igualdad, podría vulnerarse el principio de división de poderes¹⁶. De acuerdo con esta interpretación cabe entender que en este caso se produce una suerte de «discriminación a nacionales», como sucede en otros supuestos de aplicación del Derecho europeo. Las licitaciones que no alcancen los umbrales europeos serán objeto de menor publicidad y normalmente sólo tomarán parte en ellas empresas nacionales que dispondrán, conforme a su ordenamiento jurídico, de menores –o, incluso, inexistentes– posibilidades de tutela «primaria».

Desde el punto de vista del Derecho europeo, el diferente sistema de tutela instaurado para los contratos que no entran en la categoría de contratos armonizados puede ser relevante, en la medida en que también afecta a posibles candidatos al contrato de otros Estados miembros. Lo cierto es, sin embargo, que los parámetros de control de estas divergencias dentro de los propios Estados miembros no están bien definidos. Lo único que está claro en el plano europeo es que en cualquier caso debe aplicarse el Derecho primario y que la inexistencia absoluta de tutela sería contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que forma parte de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros¹⁷.

2.3. La europeización asimétrica del Derecho nacional de contratación pública.

Como se ha visto, la europeización del Derecho nacional no se proyecta con la misma intensidad sobre todas las reglas de adjudicación de contratos públicos. Hay que distinguir dos esferas de europeización: en primer lugar, la esfera regulada sustantivamente por el Derecho europeo, mediante las Directivas de adjudicación de contratos públicos, las Directivas de los denominados «sectores excluidos» y las Directivas de recursos; y, en segundo lugar, la esfera en la que se integran el resto de contratos celebrados por entes adjudicadores a los que no se aplica el Derecho derivado europeo.

- a) El impacto de las normas armonizadas sobre contratación pública se canaliza a través de diversos mecanismos:

¹⁴ *ÖVerfGH, NZBau* 2002, 2004. En Walter FRENZ, «Grundrechte und Vergaberecht», *EuZWR*, núm. 24, 2006, pp. 748-752, p. 750.

¹⁵ BverfGE de 13 de junio de 2006, *VgR* 2006, 871, 882. Al respecto, de forma crítica, *ex multis*, Friedrich SCHOCH, «§ 50 Gerichtliche Verwaltungskontrolle», en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann y Andreas Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Tomo III, C.H. Beck, München, 2009, pp. 687-941, p. 698. En este orden de ideas, hay que tener en cuenta que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán plantea problemas que van más allá de la cláusula general de igualdad (Art. 3.º I GG), vinculados a la aplicación de la garantía general de tutela (*Justizgewährleistungsanspruch*) y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva frente al poder público (art. 19 IV GG), que son el verdadero objeto de crítica por parte de la doctrina. En esta línea, Oliver DÖRR, «Verfassungsrechtliche Grundlagen des Vergaberechtsschutzes», *WiVerw*, núm. 4, 2007, pp. 211-220, pp. 212-214, 220; también, Thorsten SIEGEL, «Effektiver Rechtsschutz und der Vorrang des Primärrechtsschutzes», *DÖV*, núm. 6, 2007, pp. 237-243, pp. 241-242.

¹⁶ Walter FRENZ, «Grundrechte und...», cit., p. 750.

¹⁷ *Idem*.

1. La obligación de interpretación conforme al Derecho europeo.
 2. La eficacia directa vertical de las Directivas: en el caso de que se trate de preceptos claros, precisos e incondicionados¹⁸.
 3. La primacía del Derecho europeo, y
 4. La obligación de aplicar el Derecho europeo de forma que sus reglas sean eficaces (*principio de eficacia*) y tengan el mismo valor que las nacionales (*principio de equivalencia*)¹⁹.
- b) En el resto de contratos también hay influencia del Derecho europeo. Los principios derivados de las libertades del Mercado Interior por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, transparencia y proporcionalidad se aplican con independencia del importe del contrato²⁰. Así se pone de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia²¹ y en la Comunicación de la Comisión 2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006, sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública. Ahora bien, en estos casos parece que tanto el Tribunal como la Comisión se refieren a la actividad contractual celebrada por entes que reúnen la condición de «poder adjudicador» conforme a las Directivas: por ejemplo, cuando el Tribunal entiende que en una concesión de servicios públicos la adjudicación sin licitación a un ente que no tenga la consideración de medio propio es contraria a los arts. 43-49 del TCE (actuales arts. 49-56 del TFUE) y a los principios de igualdad, no discriminación y transparencia²²; o cuando la Comisión se refiere concretamente en la precitada Comunicación a este tipo de entes. Surge, por tanto, la duda de la medida en que se aplican estos principios derivados de las libertades del Mercado Interior cuando el Derecho de un Estado miembro amplía el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de adjudicación de contratos más allá del concepto de poder adjudicador –como sucede en España–. En principio, cabría pensar que estos principios regirán si el legislador nacional así lo decide –más adelante se analizará esta posibilidad en relación con las instrucciones internas de contratación–.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que *de facto* se produce una europeización que va más allá del concreto ámbito de aplicación de las Directivas europeas e incluso de la jurisprudencia

¹⁸ De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, las disposiciones de las Directivas sólo podrán ser aplicadas directamente en las relaciones entre el Estado y los particulares –es decir, en sentido vertical– cuando sean incondicionadas y precisas, establezcan una regla clara que sea determinante para la solución del caso. En este sentido, por todas, la STJUE de 19 de enero de 1982, *As. Ursula Becker contra Finanzamt Münster-Innenstadt*.

¹⁹ En este sentido, Friedrich SCHOCH, «§ 50 Gerichtliche...», cit., p. 713. También, Oliver DÖRR, «Das europäisierte Vergaberecht in Deutschland», *JZ*, núm. 14, 2004, pp. 703-713, p. 704.

²⁰ José María GIMENO FELIU, *Las novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007*, Seminario Práctico de Derecho Local, Primera Sesión: «Aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público por Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales», 21 de noviembre de 2008, 171 pp.

²¹ STJUE de 14 de junio de 2007, *As. Medipac-Kanzantzidis A y Venizeleio Pananeio* (C-6/05).

²² STJUE, de 13 de octubre de 2005, *As. Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG (Aktiengesellschaft)*, (C-458/03).

del Tribunal de Justicia. Algunos legisladores nacionales han optado voluntariamente por unificar sus reglas de contratación pública conforme a los estándares europeos, con el fin de facilitar su aplicación; o han unificado directamente los sistemas de tutela —es el caso de Francia, Bélgica, Suecia y Finlandia—. Así que, en algunos casos, en la práctica, la aplicación del Derecho europeo se extiende de oficio por los Estados miembros o, como sucede en el caso de Austria, conforme a las propias exigencias constitucionales, se considera que es contrario al principio de igualdad la creación de regímenes jurídicos distintos por encima y por debajo de los umbrales europeos, lo que convierte a la cláusula general de igualdad en una extraordinaria vía de europeización del Derecho nacional.

III. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS NO SOMETIDOS A LA ARMONIZACIÓN EUROPEA

La adecuada transposición de las Directivas de contratación pública ha suscitado un gran interés en la doctrina durante los últimos años, debido a las novedades que ha introducido y a su especial complejidad. Sin embargo, lo cierto es que un porcentaje muy elevado de los contratos públicos no está comprendido en su ámbito de aplicación. Tanto en España como en Alemania, la adjudicación de los contratos no regulados por las Directivas se somete a un régimen jurídico distinto. Se ha optado así por una fragmentación del Derecho de la contratación pública. En Alemania se produce una división dual entre contratos armonizados y no armonizados²³. En España, por el contrario, se ha introducido una división tripartita: contratos armonizados y contratos no armonizados, que celebran poderes adjudicadores; y contratos que no se someten a la distinción entre contratos armonizados y no armonizados porque se celebran por entes del sector público que escapan del ámbito subjetivo de las Directivas.

En cualquier caso, en ambos países se ha optado por una regulación específica de las reglas de selección del adjudicatario. En Alemania, la selección del contratista en los contratos no armonizados se disciplina en las denominadas *Verdingungsordnungen*, un tipo especial de norma consensuada entre representantes del Estado, de los sindicatos y de las empresas licitadoras que, antes de las Directivas de contratación, se aplicaba tradicionalmente a los contratos celebrados por la Administración. En España, el legislador ha introducido un nuevo instrumento, las «instrucciones internas» que deben aprobar ciertos entes del sector público para ordenar su forma de adjudicación de los contratos. A continuación se exponen las características básicas de estos modelos.

1. El modelo alemán: las «*Verdingungsordnungen*».

1.1. La aplicación de las «*Verdingungsordnungen*» a los contratos situados por encima de los umbrales europeos.

En Alemania la contratación del poder público se considera, desde la óptica de la Parte General del Derecho Administrativo, una actuación jurídico-privada de la Administración, que actúa como

²³ Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 456.

un actor más en el mercado ²⁴. No obstante, tradicionalmente, esta actividad privada de la Administración se sometía a una serie de normas sobre la adjudicación de los contratos –o mejor dicho, de los «encargos públicos» ²⁵– con el fin de garantizar un uso adecuado de los recursos económicos ²⁶. Estas normas constituían el tradicional *Vergaberecht* (Derecho de la adjudicación) y se contenían entre los preceptos de Derecho presupuestario, que se consideran normas de organización y funcionamiento interno de la Administración. El instrumento tradicional de ordenación de los contratos de la Administración eran las *Verdingungsordnungen*: reglas internas de la Administración aprobadas en el seno de Comités mixtos, con representantes de la Administración, de los sindicatos y las empresas. Las *Verdingungsordnungen* se referían a distintos tipos contractuales. Sus disposiciones se dedicaban tanto a las reglas de adjudicación de los encargos como a cláusulas concretas que debían incluirse en los contratos.

La transposición del Derecho europeo en materia de adjudicación de contratos públicos produjo una catarsis en este sistema de fuentes de adjudicación de los contratos públicos. De hecho, pocos ámbitos del Derecho alemán se han visto afectados de un modo similar por el Derecho europeo ²⁷. La razón de este cambio no se debió tanto a la asunción del contenido sustantivo de las Directivas por el Derecho nacional, como a las exigencias de tutela efectiva de los derechos de los licitadores incluidas en las «Directivas de recursos». Las *Verdingungsordnungen* se consideraban tradicionalmente parte de la organización interna de la Administración. Su finalidad era la ordenación de la forma de actuación de los órganos administrativos, no la tutela de los derechos de los licitadores. De modo que no cumplían con las exigencias del § 823.2 BGB para las normas jurídicas capaces de reconocer derechos subjetivos a los particulares (*Schutznormtheorie*). En el Derecho público alemán esto supone la inexistencia de un derecho de los licitadores a obtener tutela jurisdiccional frente al incumplimiento de las reglas de adjudicación de los contratos. En este sentido, hay que tener en cuenta la relación immanente entre tutela jurisdiccional y derecho subjetivo vigente en el Derecho alemán conforme a la *Grundgesetz* (GG). Tanto el mandato general de tutela (*Justizgewährleistungsanspruch*) derivado del principio de Estado de Derecho (en conexión con el art. 1.º 2 de la GG), como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva frente a las actuaciones del poder público (consagrado en el art. 19 IV de la GG) se orientan en todo momento a la protección del ser humano como sujeto de Derecho y exigen, por tanto, la existencia de un derecho subjetivo como objeto de tutela ²⁸.

Así pues, el cumplimiento de las exigencias europeas de tutela de los licitadores exigió el abandono de la regulación meramente «presupuestaria» de la adjudicación de los contratos de la Administración –denominada por la doctrina alemana la «solución presupuestaria» (*haushaltsrechtliche Lösung*)–.

²⁴ Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 456.

²⁵ Hay que tener en cuenta que el concepto de «contrato público» que aquí se emplea, se corresponde con el término alemán *Auftrag*, que significa encargo. El concepto de contrato público, traducido como *öffentlich-rechtlicher Vertrag* no se refiere a la mayoría de los contratos de la Administración que tienen naturaleza jurídico-privada y, por tanto, se someten a las reglas del Derecho privado. Sobre la naturaleza jurídica de los contratos de la Administración en Alemania, Jan KNÖBL, *Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 21, 55.

²⁶ Tobias SCHNEIDER, *Primärrechtsschutz nach...*, cit., p. 28.

²⁷ Oliver DÖRR, «Das europäisierte...», cit., p. 703.

²⁸ Friedrich SCHOCH, «§ 50 Gerichtliche...», cit., p. 695.

Esta reforma se materializó, para los contratos por encima del umbral europeo, en la Ley de reforma del Derecho de adjudicación (*Vergaberechtsänderungsgesetz, VgRÄG*). Con esta ley se modificó la finalidad principal de las reglas de adjudicación para los contratos por encima de los umbrales europeos: ya no se trata simplemente de garantizar una buena inversión de los fondos públicos, sino de asegurar la libre competencia –se llama, por ello, la «solución de la competencia» (*wettbewerbliche Lösung*)–. En concreto, se realizaron los siguientes cambios:

- a) Se aprobó un nuevo Capítulo IV de la Ley sobre limitaciones a la competencia de 1998 (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*)²⁹, que establece las reglas de adjudicación de los poderes adjudicadores definidos conforme a las Directivas europeas: entes territoriales (*Bund, Länder*, comarcas y municipios); personas jurídicas de Derecho público dependientes de los entes territoriales (*Körperschaften, Anstalten y Stiftungen*); asociaciones de entes territoriales o entes de Derecho público; personas jurídicas de Derecho privado, siempre que reúnan las condiciones del Derecho europeo: un fin de carácter no industrial ni mercantil y existencia de control público; poderes adjudicadores en sectores excluidos (*Sektorenauftraggeber*); y poderes adjudicadores vinculados a proyectos (*Projektbezogener Auftraggeber*): concesionarios de obras y contratos subvencionados.
- b) Se habilitó al Gobierno para aprobar un nuevo reglamento sobre la adjudicación, que se aprobó efectivamente el 9 de enero de 2001 (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, VgV*) con base en los §§ 97.6 y 126 GWB.
- c) Y se mantuvo la vigencia de las *Verdingungsordnungen* (VO) –la VOB (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*), para los contratos de obras; la VOL (*Verdingungsordnung für Leistungen*) para los contratos de servicios; y la VOF (*Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen*) para los contratos de servicios profesionales–. Aunque se introdujeron algunos matices con respecto al sistema anterior: la VOF no se aplica a los contratos por debajo de los umbrales europeos; sólo es vinculante en conexión con la GWB y el VgV. Además, el VgV aprobado remite a ciertas partes de las *Verdingungsordnungen* para los contratos armonizados, por lo que en estos casos adoptan rango reglamentario. La vigencia de las VO funcionaría, por tanto, como sigue: la VOB y la VOL tienen diferentes partes: A, B y C. La parte A (VOB/A, VOL/A) se divide a su vez en cuatro partes o capítulos. El capítulo 1 contiene las disposiciones básicas para todo tipo de encargos públicos, con independencia de los umbrales europeos. El resto de capítulos: 2, 3, y 4 sólo rigen por encima de ellos. Contienen una serie de reglas adaptadas a las exigencias de las Directivas. Estos capítulos tienen rango reglamentario, gracias a la remisión que realiza el VgV (§§ 4-7), así que se consideran leyes en sentido material³⁰. La parte B (VOB/B, VOL/B) contiene los

²⁹ Modificado recientemente por la Ley de modernización del Derecho de adjudicación de contratos, para transponer las exigencias de la última Directiva de recursos. Sobre la modificación, véase, Matthias KNAUF y Thomas STREIT, «Die Reform des EU-Vergaberechtsschutzes. Überblick unter Berücksichtigung des Entwurfs des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes», *EuZWR*, núm. 2, 2009, pp. 37-40.

³⁰ En el sentido del art. 2.º de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán de 18 de agosto de 1896 (*Einführungsgesetz zum Bürgerliche Gesetzbuche*). Wolfram IRMER, «Schutz vor den Verwaltungsgerichten bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte – Eine unendliche Geschichte oder nur ein kurzer Spuk? – Zugleich Besprechung der Entscheidungen

derechos y deberes que han de regir la relación contractual una vez que se ha celebrado efectivamente el contrato. Por último, la parte C (sólo en la VOB) contiene algunas condiciones contractuales referidas a cuestiones técnicas. Es llamativo, por tanto, que parte de la transposición de las Directivas europeas se lleve a cabo a través de disposiciones aprobadas en el seno de comités que no forman parte de la Administración en sentido estricto.

El sistema descrito pone de manifiesto la opción del legislador por mantener una solución normativa en cascada (*Kaskadenprinzip*) para la ordenación de la selección de los adjudicatarios³¹. Se establecen varios niveles escalonados de regulación, vinculados entre sí. Ahora bien, en estos casos, a diferencia del sistema anterior, se atribuyen derechos subjetivos a los licitadores susceptibles de tutela mediante mecanismos acordes a las exigencias europeas. En este sentido, la GWB (§§ 102 ss.) articula un procedimiento bifásico de revisión de las actuaciones de los procedimientos de adjudicación:

- a) Ante Cámaras de contratación (*Vergabekammer*) –del *Bund* y los *Länder*, respectivamente–.
- b) Con la posibilidad posterior de impugnar la decisión de la Cámara ante la jurisdicción civil (*Beschwerde zum Oberlandesgericht*).

Excepcionalmente, cabe un recurso ante el Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), cuando el tribunal civil pretende apartarse de los criterios empleados por otros tribunales civiles o por el propio Tribunal Supremo. En cualquier caso, la naturaleza jurídica de los contratos por encima de los umbrales europeos adjudicados conforme a estas normas sigue siendo jurídico-privada, así que se sujetan a las normas del Derecho privado³².

1.2. La aplicación de las «*Verdingungsordnungen*» a los contratos situados por debajo de los umbrales europeos.

Las normas mencionadas se refieren a la adjudicación de los contratos armonizados, que suponen entre un 10 y un 20 por 100 de las adjudicaciones públicas³³. Para los contratos situados por debajo de los umbrales europeos –que representan la gran mayoría en la práctica– y los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la GWB, el legislador alemán ha optado por mantener la regulación tradicional de la «solución presupuestaria». Estas normas se establecen, a nivel federal, en el

des OVG Bautzen von 13. April 2006 – 2E 270/05 [1] –, des VG Karlsruhe von 14. April 2006 – 8K 1437/06 [2] und des OVG Lüneburg von 14. Juli 2006 – 7OB 105/06 [3]», *Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht*, núm. 3, 2007, pp. 233-244, p. 239.

³¹ Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 457. Simon Philipp WIDMANN, *Vergaberechtsschutz im Unterschwellenbereich. Rechtsschutzmöglichkeiten unterlegener Bieter im öffentlichen Vergaberecht ausserhalb des Geltungsbereichs des vierten Teiles des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*, Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 31.

³² Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p.458.

³³ Martin BURGI, «Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht», *NZVw*, núm. 7, 2007, pp. 737-742, p. 738. Simon Philipp WIDMANN, *Vergaberechtsschutz im...*, cit., p. 27.

§ 30 de la Ley de los principios presupuestarios (HGrG ³⁴) y el § 55 I del reglamento presupuestario federal (BHO) ³⁵ –que obligan a convocar licitaciones públicas para adjudicar los contratos de suministros y servicios, salvo que se justifique en casos excepcionales–; y a nivel de los *Länder* en sus respectivas leyes presupuestarias, que introducen disposiciones detalladas sobre los criterios y procedimientos de adjudicación. A estas normas hay que sumar las reglas aprobadas por los entes locales ³⁶.

A nivel federal, además, el § 55 II BHO se remite a la Administración, que debe aprobar unas disposiciones administrativas internas (*Verwaltungsvorschriften*) para concretar las condiciones de las adjudicaciones. Se entiende que esta previsión se cumple con la aprobación de las *Verdingungsordnungen*, aunque, en origen, son normas de carácter privado ³⁷. Su particularidad más importante es su procedimiento de elaboración. Como se ha señalado, estas reglas se aprueban en el seno de Comisiones de Expertos en las que se reúnen representantes de la Administración, de las cámaras sindicales y federaciones de empresarios: son las denominadas *Verdingungsausschüsse*, que no forman parte de la Administración Pública ³⁸. Esta circunstancia tiene gran importancia pues impide la plena identificación de las VO con las clásicas disposiciones administrativas internas alemanas (*Verwaltungsvorschriften*), que se elaboran por la Administración, a efectos de la determinación de su eficacia vinculante frente a terceros. Sin embargo, en la práctica, las VO son objeto de publicación en el *Bundesanzeiger*, editado por el Ministerio Federal de Justicia, en el que se da publicidad a numerosos actos de la Administración y de sus entidades dependientes, del mismo modo que las disposiciones internas.

Para los contratos por debajo de los umbrales europeos, sólo rigen la VOB/A capítulo 1 y la VOL/A capítulo I. El resto de capítulos sólo es aplicable a los contratos por encima de los umbrales europeos, en conexión con el VgV, como se ha explicado anteriormente; y las otras partes, B y C, rigen una vez que se ha producido la adjudicación del contrato ³⁹. La adjudicación de los contratos en estos casos se sigue considerando, por tanto, una cuestión de funcionamiento interno de la Administración, lo que supone una limitación de las posibilidades de tutela de los licitadores por las razones apuntadas con anterioridad.

Además, a diferencia de las normas referidas a la contratación situada por encima de los umbrales europeos, que se aplican a los denominados «poderes adjudicadores», las reglas de adjudicación conforme al Derecho presupuestario afectan únicamente a los entes adjudicadores tradicionales: la Federación (*Bund*), los *Länder* y las entidades de Derecho público vinculadas a ellos. Rige, por tanto, un concepto institucional de poder adjudicador que sólo comprende a las entidades que forman parte

³⁴ *Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder, von 19 August 1969.*

³⁵ *Bundeshaushaltsordnung.*

³⁶ Jan KNÖBL, *Rechtsschutz bei...*, cit., p. 25.

³⁷ Martin BURGI, «Von der Zweistufenlehre...», cit., p. 741.

³⁸ Así, la VOB se aprueba por el *Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen* (DVA); la VOL por el *Deutsche Verdingungsausschuss für Leistungen* (DVAL); y la VOF por los Ministerios Federales de Economía y Tecnología, y de Tráfico, construcción y fomento, con la participación del Comité para la elaboración del VOF (*Ausschuss zur Erarbeitung der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen*).

³⁹ Simon Philipp WIDMANN, *Vergaberechtsschutz...*, cit., p. 40.

directa del Estado ⁴⁰. Se estrecha así la esfera subjetiva de aplicación de las reglas de adjudicación de los contratos públicos con respecto al Derecho europeo.

En cuanto a la eficacia jurídica de las VO en los contratos que no alcanzan los umbrales europeos, hay que señalar que, en la práctica, se consideran normas «internas» de la Administración. Esto significa en la tradición iuspublicista alemana que no son Derecho y que, por tanto, no son jurídicamente vinculantes frente a terceros. Estos instrumentos no atribuyen derechos subjetivos a los particulares, de modo que su cumplimiento no puede exigirse por los licitadores ante los tribunales ⁴¹. Su finalidad, como parte del Derecho presupuestario, es velar por la eficacia del gasto público, no proteger a los licitadores y promocionar la competencia. De modo que aunque adquieran rango reglamentario, porque una norma reglamentaria se remita a ellas –como sucede, por ejemplo, en el ámbito local– no cabe interpretar que atribuyen derechos subjetivos ⁴².

Teóricamente las reglas fijadas en las VO para los contratos no armonizados sólo tienen, por tanto, eficacia interna. Son «Derecho interno» (*Innenrecht*). No obstante, la doctrina acepta de forma mayoritaria que tendrían eficacia externa en los siguientes supuestos:

- a) En primer lugar, si las reglas de las VO se equiparan a las disposiciones administrativas internas (*Verwaltungsvorschriften*) a las que se aplica la construcción de la autovinculación de la Administración (*Selbstbindung der Verwaltung*). De hecho, en algunos casos las disposiciones administrativas internas remiten al contenido de las VO, así que éstas adquieren el rango de estas disposiciones ⁴³. Esto significa que cuando se consolida una práctica uniforme en la aplicación de los criterios de las disposiciones administrativas, la Administración está sujeta a las exigencias de la cláusula general de igualdad garantizada en el art. 3 I de la GG ⁴⁴; y no puede cambiar libremente su criterio, debe justificarlo de forma razonable y suficiente. En estos casos se está ante un mero control de arbitrariedad, ya que el ente adjudicador podría efectivamente justificar el apartamiento de un criterio anterior. El mecanismo procesal para tutelar los derechos de los licitadores sería la interposición de una *Konkurrentenklage* ante los tribunales civiles. El problema es que en estos casos la Administración no tiene una obligación de informar de sus decisiones a los demás licitadores antes de la adjudicación –como la dispuesta en el § 13 VgV para los contratos armonizados– de modo que el licitador normalmente no conocerá a tiempo la decisión de adjudicación.

⁴⁰ Jan KNÖBL, *Rechtsschutz bei...*, cit., p. 25.

⁴¹ Oliver DÖRR, «Das europäisierte...», cit., p. 704; y Wolfram IRMER, «Schutz vor...», cit., p. 239; Simon Philipp WIDMANN, *Vergaberechtsschutz im...*, cit., p. 33. Como ya se ha señalado, el sistema de tutela judicial efectiva en Alemania se articula en torno al concepto de «derecho subjetivo» (*subjektives Recht*). El Derecho debe atribuir al particular una posición protegible que pueda hacer valer ante los órganos jurisdiccionales. Véase, Friedrich SCHOCH, «§ 50 Gerichtliche...», cit., pp. 693 y ss.

⁴² Jan KNÖBL, *Rechtsschutz bei...*, cit., p. 26.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional Federal Alemán: BVerfGE 116, 135, 153 ss. Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 457; Oliver DÖRR, «Das europäisierte...», cit., p. 704; y Wolfram IRMER, «Schutz vor...», cit., p. 240.

- b) En segundo lugar, las VO tienen efectos *ad extra* si se entiende que su inaplicación constituye una violación de las exigencias del principio de buena fe (*Grundsatz von Treu und Glauben*) que deben regir las relaciones precontractuales. En estos casos entra en juego la teoría de la *culpa in contrahendo* desarrollada en el Derecho privado. De modo que el concursante preterido tendría la posibilidad de plantear una *Schadenersatzklage* –reclamación de indemnización– que garantiza una mera tutela secundaria⁴⁵. Sus pretensiones podrían apoyarse en el § 3 de la Ley contra la Competencia Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*); y en la acción de omisión quasinegatoria recogida en los §§ 241 II, 280 I, 311 II, 823 II y 1004 BGB, que se vincula a la violación del principio de buena fe⁴⁶.

En cualquier caso, siempre sería competente la jurisdicción civil. Tras varias decisiones contradictorias de los tribunales sobre una posible competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los conflictos surgidos en las adjudicaciones de los contratos situados por debajo de los umbrales europeos, la Sentencia del Tribunal Supremo Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) de 2 de mayo de 2007 ha determinado la competencia de la jurisdicción civil⁴⁷.

2. El modelo español: las instrucciones internas de contratación.

2.1. Las instrucciones internas en la LCSP.

En España, la transposición de las Directivas de contratación pública se ha llevado a cabo por el Estado, que ostenta la competencia de la legislación básica sobre contratos, de acuerdo con el art. 149.1.18.^a de la CE –puede interpretarse, precisamente, que la noción de lo que es «básico» se aproxima al concepto de mínima regulación uniforme que, se supone, deben establecer las Directivas europeas⁴⁸–. Por su parte, las Comunidades Autónomas aprueban la legislación de desarrollo de la legislación básica estatal. Únicamente en el caso de la Comunidad Foral de Navarra, el art. 49.1 d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral reconoce la competencia autonómica exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas sin más límite que el respeto a los principios de la legislación básica del Estado. Con base en esa competencia, la Comunidad Foral aprobó la Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, que esta-

⁴⁵ Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 459.

⁴⁶ Al respecto, Martin BURGI, «Von der Zweistufenlehre...», cit., p. 742 y Wolfram IRMER, «Schutz vor...», cit., p. 237. La CIC se introdujo en el Código Civil mediante la Ley de reforma del Derecho de daños (*Schuldrechtsänderungsgesetz*) de 26 de noviembre de 2001. Véase, Wolfram IRMER, *Sekundärrechtsschutz und Schadenersatz im Vergaberecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004, pp. 138-140.

⁴⁷ Sobre esta discusión, véase Wolfram IRMER, «Schutz vor...», cit., *passim*; Christian BRAUN, «Zivilrechtlicher Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte», *NZBauRu.VgR*, núm. 3, 2008, pp. 160-162; y Wolfram KROHN, «Ende des Rechtswegwirrwarrs: Kein Verwaltungsrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte», *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, núm. 8, 2009, pp. 493-496, pp. 494 y ss.

⁴⁸ Así el art. 288 párr. 3.º del nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) –tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa– mantiene la regulación previa de las Directivas, que se caracterizan como normas que fijan unos resultados, a conseguir por la forma y los medios que determinen los Estados miembros.

blece un régimen completo de la contratación pública en la Comunidad Autónoma en el marco de los principios europeos y de los principios estatales, fijados con posterioridad en la LCSP⁴⁹. El objeto de este trabajo se centra, sin embargo, únicamente en la legislación básica estatal.

El legislador español ha optado por trasladar al ordenamiento jurídico nacional la decisión de las instituciones europeas de regular la adjudicación de contratos en dos normas distintas: la Directiva 2004/18/CE y la 2004/17/CE. En la actualidad, rigen la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) –desarrollada parcialmente por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo–, que es la norma de cabecera de la contratación pública y el objeto de este estudio, y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de Contratos en los Sectores Excluidos (en adelante, LCSE). Del marco jurídico anterior queda vigente la parte del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) referida a la financiación privada del contrato de concesión de obras públicas (arts. 253-260) y el Reglamento general de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (R.D. 1098/2001, de 12 de octubre).

En la LCSP el legislador no se limita meramente a transponer las Directivas. Adopta un planteamiento de reforma global de la contratación del sector público⁵⁰. Así que incluye una regulación más extensa que la europea: establece el régimen jurídico de los contratos no armonizados; regula los contratos celebrados por entidades no sujetas a las Directivas –desmarcándose de otros ordenamientos jurídicos, como el alemán, que restringe el ámbito de aplicación de las normas de adjudicación por debajo de los umbrales europeos–; y, además, se ocupa de ordenar los efectos, cumplimiento y extinción de los denominados «contratos administrativos». Este ánimo de complitud de la legislación de contratos públicos, sin embargo, ha desembocado en una sistemática legal muy compleja. El legislador reconoce una serie de principios aplicables a todos los contratos del sector público: como la necesidad e idoneidad del contrato (art. 22 de la LCSP); la libertad de pactos (art. 25 de la LCSP); la igualdad y transparencia (art. 123 de la LCSP) y la confidencialidad (art. 124 de la LCSP)⁵¹. Pero, después, establece un triple grado de sometimiento a la Ley.

- a) El grado máximo de sujeción corresponde a los contratos (que caen en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley) celebrados por las Administraciones Públicas –enumeradas en el art. 3.º 2 de la LCSP–. La LCSP incluye reglas para determinar la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos que caracteriza de «administrativos»⁵². Y atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los conflictos derivados de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas en cualquiera de sus fases (art. 21.1 de la LCSP).

⁴⁹ Los arts. 9.º (referido a la reserva de contratos a entidades de carácter social) y 51 (sobre los criterios de adjudicación de los contratos) de la Ley han sido reformados por las Leyes Forales 13/2009, de 9 de diciembre, y 1/2009, de 19 de febrero, respectivamente.

⁵⁰ Tal y como afirma el propio legislador en la Exposición de Motivos (I, párr. 3.º) de la LCSP.

⁵¹ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte General*, 4.ª edición, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 585 y ss.

⁵² No se regulan, sin embargo, los efectos y extinción de los contratos «privados» de las Administraciones Públicas recogidos en el art. 20.1 párr. 2 de la LCSP.

- b) A continuación se sitúan los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no son Administración Pública –art. 3.º 3 b) y c) de la LCSP–, que la Ley caracteriza como «contratos privados» (art. 20.1 de la LCSP). En este sentido, la LCSP sólo se refiere a las reglas de preparación y adjudicación, diferenciando entre los contratos armonizados y no armonizados. En el caso de los contratos armonizados la Ley se remite a las reglas de los contratos administrativos, aunque con algunos matices (art. 174 de la LCSP) –el mismo régimen jurídico se aplica a la adjudicación de los contratos subvencionados de carácter armonizado (art. 177 de la LCSP)–. Para los contratos no armonizados, sin embargo, la LCSP no establece un régimen jurídico completo: ordena a cada entidad que apruebe unas «instrucciones internas», de obligado cumplimiento en su ámbito interno, que establezcan sus procedimientos de contratación conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (art. 175 de la LCSP). Los efectos y extinción se remiten al Derecho privado (art. 20.2 *in fine* de la LCSP). En cuanto a la competencia jurisdiccional, reconoce la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver los conflictos derivados de la preparación y adjudicación de los contratos armonizados; y de la jurisdicción civil en los litigios que resulten de la preparación y adjudicación de los contratos no armonizados, y de los efectos, cumplimiento y extinción de todos los contratos celebrados por estos entes (art. 21.2 de la LCSP).
- c) Por último, hay que referirse a los contratos celebrados por los entes del sector público que no ostentan la condición de poder adjudicador (art. 3.1 de la LCSP), que también se consideran «contratos privados». En este caso, el legislador establece un único régimen jurídico que disciplina el régimen de adjudicación. De forma similar a los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, la LCSP (art. 176) se refiere a las «instrucciones internas» de contratación de estas entidades que deben respetar los mismos principios mencionados anteriormente. No obstante, la dicción literal del precepto incluye algunos matices: así, se suprime la referencia a su eficacia interna y no se emplea una expresión imperativa al referirse a su elaboración –más adelante se analizan estas divergencias con respecto a las instrucciones del art. 175 b) de la LCSP–. En cuanto a los efectos y extinción de los contratos celebrados por estos entes, también se someten a las reglas jurídico-privadas (art. 20.2 *in fine* de la LCSP). Del mismo modo, la jurisdicción civil es la competente para resolver cualquier tipo de conflicto derivado de estos contratos (art. 21.2 de la LCSP).

Como se ve, por tanto, el legislador se centra en la regulación sustantiva de la preparación y adjudicación de los contratos. Y, cuando se trata de contratos situados por debajo del umbral europeo, se apoya en la figura de las «instrucciones internas» en materia de contratación, sumadas a la obligación de que en los contratos no armonizados que superen los 50.000 euros deben aprobarse pliegos de cláusulas particulares (art. 121.1 y 2 de la LCSP). Esta opción del legislador a favor de la aprobación de «instrucciones internas» ha recibido múltiples críticas. Se considera una deslegalización del procedimiento administrativo de selección del contratista⁵³. Se denuncia la generación de

⁵³ Alfonso PEÑA OCHOA, «La contratación administrativa de los entes que no tienen la consideración de Administración Pública», en Jesús Colás Tena y Manuel Medina Guerrero (coords.), *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local e Institución Fernando el Católico, Barcelona, 2009, pp. 119-136, p. 134.

inseguridad jurídica y de disfunciones en la competencia debido a la fragmentación del régimen jurídico de adjudicación⁵⁴. También se ha apuntado la necesidad de corregir la disfunción producida por una multiplicidad de instrucciones internas de contratación⁵⁵. Y se ha criticado que la LCSP imponga reglas de Derecho administrativo a las Administraciones Públicas y que el resto de entidades del sector público puedan «diseñar un traje a medida», puesto que se introduce una diferencia de régimen jurídico en función de la forma jurídica adoptada difícilmente justificable⁵⁶.

En cualquier caso, más allá de las críticas, lo cierto es que ya se han aprobado numerosas «instrucciones» de contratación por los entes del sector público que no son Administraciones Públicas. Al fin y al cabo, la LCSP les obliga a ello. En el caso de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública se dice literalmente que «aprobarán» las instrucciones. Por el contrario, en el caso de los entes del sector público que no son poder adjudicador se emplea una expresión ambigua: el legislador se refiere a las instrucciones «que se aprueben por estas entidades». Parece que se abre un pequeño resquicio para interpretar que estos entes tienen discrecionalidad para aprobar o no las instrucciones. Sin embargo, en ambos casos, la disposición transitoria sexta de la LCSP despeja las posibles dudas sobre la obligatoriedad de la aprobación de las instrucciones. Mientras no se aprueben –tanto en el caso del art. 175, como del 176 de la LCSP– la adjudicación de los contratos por debajo del umbral se somete al art. 174 de la LCSP –que ordena la adjudicación de los contratos armonizados celebrados por poderes adjudicadores que no son Administración Pública–. La libertad, por tanto, para aprobar o no las instrucciones es, en realidad, inexistente, pues, de no hacerlo, se establece un grado muy alto de sujeción a la Ley que es, sin duda, desproporcionado para regular el régimen de contratación de contratos de cuantía media de entidades que no son Administraciones Públicas ni poderes adjudicadores. El legislador no sólo prescribe, por tanto, que se cumplan los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, y que la adjudicación recaiga en la oferta económicamente más ventajosa; quiere que esos principios se plasmen en procedimientos concretos contenidos en unas instrucciones internas que se pongan a disposición de los posibles licitadores.

Esta voluntad del legislador es fundamental para interpretar cuál es el valor jurídico de las instrucciones. A pesar de su importancia, el legislador ha establecido una regulación muy parca sobre ellas. En especial, no está clara cuál es su virtualidad jurídica, es decir, en qué medida son vinculantes o no y si los licitadores pueden invocarlas ante los tribunales en un posible conflicto con la entidad adjudicadora. Por ello, hay que realizar un esfuerzo de interpretación sistemática no sólo en el marco de la LCSP, sino de todo el ordenamiento jurídico. Como paso previo, a continuación, se desarrollan brevemente las características de las instrucciones internas en la LCSP, teniendo en cuenta cuál está siendo la práctica en la aprobación de las instrucciones y los criterios que han manifestado algunos órganos (como la Abogacía General del Estado, o las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa) que pueden aplicarse con carácter orientativo.

⁵⁴ José María GIMENO FELIU, «Las novedades...», cit., p. 77.

⁵⁵ Circular 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre «alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público y régimen de contratación aplicable», Conclusión Sexta, p. 10.

⁵⁶ Silvia DEL SAZ CORDERO, «La nueva LCSP. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007, pp. 335-366, p. 341.

2.2. El ámbito de aplicación subjetivo.

Como se ha visto, la LCSP parte de una tripartición del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley –sin perjuicio del sometimiento a las reglas de la LCSP de sujetos privados, en el caso de los contratos subvencionados por el sector público (art. 17 de la LCPS) y de los contratos de obras celebrados por los concesionarios de obras públicas (art. 250 de la LCSP)–. La Ley distingue entre el régimen aplicable a las Administraciones Públicas (que siempre son poder adjudicador)⁵⁷; al resto de poderes adjudicadores que no son Administración Pública; y a los demás entes del sector público que no reúnen la condición de poderes adjudicadores. Las instrucciones internas sólo afectan a los dos últimos grupos. La distinta naturaleza jurídica pública o privada que pueden poseer los entes del sector público obligados a aprobar instrucciones de contratación es fundamental a la hora de determinar la eficacia vinculante de estos instrumentos.

Los *poderes adjudicadores que no son Administración Pública* son los entes enumerados en el art. 3.º 1 de la LCSP (que no se incluyen en el art. 3.º 2 de la LCSP) siempre que reúnan los requisitos del art. 3.º 3 b) de la LCSP –derivados del Derecho europeo–, que se refieren a la naturaleza de su actividad⁵⁸: ser entes –jurídico-públicos o jurídico-privados– creados para satisfacer necesidades de carácter no mercantil o industrial, esto es, para el interés general⁵⁹; y que reúnan, al menos, una de tres exigencias legales:

- a) Financiación mayoritaria por poderes adjudicadores.
- b) Control de la gestión por uno o varios poderes adjudicadores.
- c) Nombramiento por poderes adjudicadores de más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, vigilancia o control.

⁵⁷ Conforme al art. 3.º 2 de la LCSP son Administraciones Públicas: la *Administración General del Estado*, las *Administraciones de las Comunidades Autónomas* y las *entidades que integran la Administración Local*; las *entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social* a los que se aplica el régimen de los organismos autónomos (disp. adic. sexta, de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, LOFAGE); los *Organismos Autónomos*; las *Universidades Públicas*; y las *entidades de Derecho público* vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo siempre que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo; o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o que no se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o la prestación de servicios; y las entidades de Derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad (es decir, las denominadas «*administraciones independientes*»).

⁵⁸ Circular 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, cit., p. 8.

⁵⁹ Para diferenciar entre la existencia o no de una finalidad mercantil y no mercantil hay que atender a las decisiones que ha ido estableciendo la jurisprudencia del TJUE en casos similares, por ejemplo: finalidad de la creación de la entidad, vinculación del objeto a potestades públicas; existencia o no de competencia desarrollada en el sector; existencia o no de mecanismos de compensación de pérdidas; sistema de fijación de precios, etc. Estos criterios se decantan de la jurisprudencia del TJUE en la Instrucción núm. 1/2008, de 5 de febrero, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado, Abogacía General del Estado, pp. 5-6.

Además, por derecho propio, se incluye a las asociaciones de los poderes adjudicadores, incluidas las Administraciones Públicas [art. 3.º 3 c) de la LCSP].

Los entes del sector público que no reúnen la condición de poder adjudicador, a contrario, son aquellos entes creados para satisfacer fines de carácter mercantil o industrial y que, además, no cumplen los requisitos del art. 3.º 3 b) de la LCSP en cuanto al control de la entidad por uno o varios poderes adjudicadores⁶⁰.

Si se aplican estas pautas se comprueba que algunos entes enumerados en el art. 3.º 1 de la LCSP, por naturaleza, reúnen la condición de poder adjudicador.

- a) Las *Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social* se incluyen con carácter general entre los entes del sector público. Pero de una lectura de su régimen jurídico se deriva su inclusión en la categoría de poder adjudicador, al cumplir todos los requisitos legales. Son asociaciones de empresarios con personalidad jurídico-privada propia una vez inscritas en el Registro existente al efecto⁶¹. Sus fines son de interés general, lo que se refleja en la inexistencia de ánimo de lucro⁶². Su objeto consiste en colaborar, bajo la dirección y tutela del Ministerio de Trabajo e Inmigración en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del personal al servicio de los empresarios asociados, incluso cuando se incluyan en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, o en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. Además, pueden asumir la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes del personal al servicio de los empresarios asociados⁶³. El requisito del control por parte de un poder adjudicador también se cumple. Así, por ejemplo, las Mutuas someten su contabilidad al Plan General de Contabilidad de la Seguridad Social y rinden cuentas de su gestión ante el Tribunal de Cuentas; su presupuesto se incluye en el Presupuesto de la Seguridad Social; y la baja en balance de bienes inmuebles y bienes muebles (a partir de cierto valor) se somete a la autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales⁶⁴. Con carácter general,

⁶⁰ Instrucción núm. 1/2008, de 5 de febrero, Abogacía General del Estado, cit., p. 4.

⁶¹ Art. 68.1 Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLSS) y art. 2.º 2 del R.D. 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (Rglto. Mutuas). Sobre su personalidad jurídico-privada, véase Francisco DE MIGUEL PAJUELO, «Controles administrativos», en Jesús R. Mercader Uguina (coord.), *Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 93-126, p. 98. Hay que tener en cuenta, además, que el hecho de que su naturaleza sea jurídico-privada impide que se les considere en ningún caso Administraciones Públicas conforme al art. 3.º 2 e) de la LCSP.

⁶² Así, se afirma que más allá de la concepción de las Mutuas que se tenga, se trata de un supuesto de «fondos y bienes públicos cuya gestión se encomienda a una entidad de naturaleza privada». Al respecto, Jorge FERRÁN DILLA, «La normativa de contratos del sector público y la contratación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales», en Jesús R. Mercader Uguina (coord.), *Mutuas de...*, cit., pp. 159-198, p. 161.

⁶³ Arts. 2.1 y 5 del Rglto. Mutuas.

⁶⁴ Arts. 22.2, 23.3 y 29 del Rglto. Mutuas.

además, su patrimonio se adscribe al patrimonio de la Seguridad Social⁶⁵; su constitución, organización, gestión y funcionamiento se somete a la inspección realizada por la Inspección de Trabajo y Servicios Sociales; su gestión económico-financiera se sujeta al control de la Intervención General de la Seguridad Social; y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales puede adoptar medidas cautelares cuando se produzca un funcionamiento irregular de la Mutua⁶⁶. De acuerdo con estas circunstancias, en la práctica, ya se han aprobado numerosas instrucciones internas de Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, afirmando su condición de poderes adjudicadores⁶⁷.

- b) Los *consorcios dotados de personalidad jurídica propia* –regulados en el art. 6.º 5 de la LRJPAC y la legislación de régimen local (art. 87 de la LBRL)– también son parte del sector público conforme a la LCSP. En virtud de la regulación de la LRJPAC los consorcios con personalidad jurídica constituyen una organización común –alternativa a la sociedad mercantil– para la gestión de un convenio entre las Administraciones estatal y autonómicas, que, en su caso, pueden incluir a entidades sin ánimo de lucro. A nivel estatal su regulación es muy parca. Aunque en el ámbito autonómico está más desarrollada. Se afirma su naturaleza jurídico-pública⁶⁸ y se establecen sus condiciones de creación, extinción, modificación y funcionamiento, que se desarrollan por sus respectivos estatutos⁶⁹. Así, la Junta de Gobierno se compone de los representantes de los entes consorciados; y se establecen controles de eficacia por dichos entes⁷⁰, que tienen el carácter de Administración Pública a efectos de la LCSP –salvo en el caso de las EPEs, que se incluyen en la mención del art. 6.º 5 de la LRJPAC a los Organismos Públicos de la Administración General del Estado–. En la LBRL (art. 87) se prevén los consorcios entre Administraciones Públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público, concurrentes con los de las Administraciones Públicas. Además, pueden emplearse para gestionar servicios públicos locales, en el marco de convenios de

⁶⁵ Sin perjuicio del establecimiento de un régimen especial para su patrimonio histórico, que se somete a la tutela del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (art. 68.4 del TRLSS).

⁶⁶ Arts. 68.6, 71 y 74 del TRLSS; y arts. 54, 56 y 60 del Rgto. Mutuas. Una exposición completa sobre los controles administrativos sobre las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en, Francisco DE MIGUEL PAJUELO, «Controles administrativos», cit., pp. 99-124.

⁶⁷ Sirven de ejemplo: las instrucciones internas de contratación de Mutua Montañesa, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, núm. 7; las instrucciones internas de contratación de Corporación Mutura, entidad mancomunada de accidentes de trabajo y enfermedades profesional de la Seguridad Social, núm. 68; las instrucciones internas de contratación de la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, SOLIMAT, núm. 72 de la Seguridad Social; las instrucciones internas de contratación de Asepeyo, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, núm. 151; y las instrucciones internas de contratación de EGARSAT, mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, núm. 276.

⁶⁸ Art. 57.2 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

⁶⁹ Así, el art. 51.1 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁷⁰ Art. 51.2 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; art. 85.3 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; arts. 60.4 y 62 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

cooperación transfronteriza ⁷¹. Sus estatutos fijan su régimen de funcionamiento. Tienen personalidad jurídica propia y persiguen fines de interés general ⁷²; y en sus órganos están representadas las Administraciones estatal y autonómicas participantes ⁷³. Así que, normalmente, se satisface el requisito de control por un poder adjudicador. Además, en sus Estatutos se indican las potestades administrativas que pueden ejercer ⁷⁴—lo que supone una conexión clara con una finalidad de interés general a los efectos del art. 3.º 3 b) de la LCSP, y en algunos casos el legislador afirma explícitamente su vinculación con fines de interés general ⁷⁵—. Es más, junto al cumplimiento de los requisitos de los poderes adjudicadores, normalmente se considera que los consorcios también satisfacen las condiciones para ser Administración Pública a efectos de la LCSP conforme al art. 3.º 2 e) ⁷⁶.

Otros entes incluidos dentro de la enumeración del art. 3.º 1 de la LCSP son siempre poder adjudicador por voluntad del legislador:

- a) Es el caso de las *asociaciones de poderes adjudicadores*, con la condición de Administración Pública o no. Es el caso, por ejemplo, de las Federaciones de entidades locales ⁷⁷, o de la Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicos ⁷⁸.

⁷¹ Es el caso del Consorcio Bidasoa-Txingudi, del que forman parte los Ayuntamientos de Irún, Hondarribia y Hendaya; y del Consorcio de Ciudades Amuralladas, integrado por los Ayuntamientos de Ciudad Rodrigo y Almeida.

⁷² Así, valgan de ejemplo: arts. 218 y 219 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón; arts. 149-152 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia; art. 99 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración local de La Rioja; art. 136 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid; arts. 212-213 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra.

⁷³ Algunos ejemplos de consorcios que han aprobado sus instrucciones internas, de acuerdo con el art. 175 de la LCSP son: el Consorcio de «l'Escola Balear de l'Esport de la CAIB» (Illes Balears); el Consorcio urbanístico «Escorial» de El Escorial (Madrid); el Consorcio Pro-ferias y exposiciones El Ferrol (Galicia); el Consorcio urbanístico «Rivas» de Rivas-Vaciamadrid (Madrid); el Consorcio «Puerta del Mediterráneo» en Villarejo de Salvanes (Madrid); y el Consorcio de Aguas de Zigoitia (Álava).

⁷⁴ Art. 59 g) de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

⁷⁵ Art. 85.1 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

⁷⁶ Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 38/2008, de 31 de marzo de 2009. «Ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. Los consorcios»: «los consorcios se configuran como una extensión de las Administraciones Públicas cuando sean creados para el desarrollo de cuestiones y servicios de interés común, lo que implica que, como continuación de las mismas, tendrán su misma consideración al ejercer en el ámbito administrativo una función que es propia de los órganos que lo crean cuyo fin es la gestión de servicios. Difícilmente podría atribuirseles otro carácter diferente si, como señala la Ley, se crean por Administraciones Públicas para el desarrollo de tareas o funciones comunes, en la comprensión de que al ejercer competencias administrativas que implican la adopción de actos administrativos sería extraño que no se les reconozca tal carácter».

⁷⁷ Así, se han aprobado instrucciones internas conforme al art. 175 de la LCSP, entre otras, por la Federación Española de Municipios y Provincias; la Federación Asturiana de Concejos; y la Federación Canaria de Municipios.

⁷⁸ Así lo afirma la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 74/2008, de 2 de diciembre de 2008. «Determinación de si la Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicos se encuentra incluida en el ámbito subjetivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y en qué concepto. Competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación previsto en el art. 37 de la mencionada ley».

- b) En esta categoría se incluye también al Museo Nacional del Prado, que conforme a la D.A. 25.^a 3 de la LCSP se someterá a las normas aplicables a los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administraciones Públicas para celebrar los contratos previstos en el art. 16.2 de la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, Reguladora del Museo Nacional del Prado.

Por último, hay una serie de entidades que podrán ser o no poder adjudicador. Hay que atender, por tanto, a sus fines y a su estatuto jurídico concreto, con independencia de su naturaleza jurídica, pública o privada. Aunque sólo los que tengan carácter jurídico-público podrán llegar, en su caso, a considerarse también Administración Pública.

- a) Las *entidades públicas empresariales* (EPEs) –empleando la terminología de la LOFAGE⁷⁹– se incluyen como parte del sector público, de modo que habrá que comprobar si cumplen o no los requisitos exigidos a los poderes adjudicadores. No serán poder adjudicador cuando sus fines, dentro de los previstos en el art. 53.1 de la LOFAGE (actividades presenciales, gestión de servicios y producción de bienes susceptibles de contraprestación), tengan carácter industrial o mercantil⁸⁰. Tienen naturaleza jurídico-pública, aunque, con carácter general, se someten al ordenamiento jurídico privado⁸¹. Precisamente la finalidad de las EPEs legalmente prevista es la realización de actividades y servicios económicos, prestacionales, o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, pero a diferencia de las sociedades mercantiles pueden ejercer potestades administrativas⁸². Aunque pueden financiarse con los ingresos que deriven de su actividad, si se cumple el requisito de control, pues estas entidades dependen de una Administración Pública o de un organismo autónomo, que se encarga de planificar, evaluar y controlar los resultados de su actividad⁸³. Por último, hay que tener en cuenta que las EPEs estatales no tendrán

⁷⁹ En el ámbito autonómico se emplean otras denominaciones como «agencias públicas empresariales» en Andalucía, «entes públicos de Derecho privado» en Castilla y León, «empresas públicas» en Madrid.

⁸⁰ Instrucción núm. 1/2008, Abogacía General del Estado, cit., pp. 9-10.

⁸¹ Art. 69.1 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; art. 88.2 de la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria; art. 124.2 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; art. 58.1 de la Ley de 19 de enero de 1984, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma de Madrid; art. 40.3 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; art. 39.1 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de Murcia; art. 105 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra y art. 117.3 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

⁸² Arts. 68 y 69 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; arts. 88.1 y 89 de la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria; art. 90 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; art. 124 de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; arts. 40.1 y 41 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; arts. 46.1 y 2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de Murcia; arts. 117 y 118 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

⁸³ Art. 94 de la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria; art. 60 de la Ley de 19 de enero de 1984, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma de Madrid; art. 46 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público de la

nunca la condición de Administración Pública –pues la propia LCSP (art. 3.º 2 *in fine*) las excluye de esta categoría–; pero ello no significa que las EPEs creadas a nivel autonómico o local puedan incluirse entre las Administraciones Públicas si se ajustan a los requisitos del art. 3.º 2 e) de la LCSP ⁸⁴.

- b) Las *Agencias Estatales* también se incluyen como parte del sector público en la legislación de contratos [art. 3.º 1 c) de la LCSP]. Ahora bien, habrá que comprobar, conforme a su régimen jurídico, si pueden reunir las características propias de los poderes adjudicadores. En primer lugar, son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia ⁸⁵. Entre sus finalidades la Ley incluye el posible ejercicio de potestades administrativas y el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias ⁸⁶. No se excluye su posible dedicación a actividades meramente mercantiles o industriales. De modo que habrá que atender, en cada caso, a sus objetivos, para determinar si, en alguna medida, son de interés general. Por otro lado, su régimen jurídico sólo se perfila por el legislador, su desarrollo se remite a los estatutos respectivos ⁸⁷. No obstante, se someten a controles por parte del Tribunal de Cuentas, la Intervención General de la Administración del Estado y los Ministerios de adscripción, que pueden considerarse suficientes para satisfacer el requisito de control en la gestión del art. 3.º 3 b) de la LCSP ⁸⁸. El dato determinante será, por tanto, el tipo de actividades que desarrolle. Además, hay que tener en cuenta que, una vez que se ha comprobado su posible carácter de poder adjudicador, la agencia podría entrar en el concepto de entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplen lo establecido en el art. 3.º 2 e) de la LCSP –no dedicarse a la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo nacional o colectivo; dedicarse a operaciones de redistribución de la renta y la riqueza nacional, sin ánimo de lucro; o que no se financien mayoritariamente con sus ingresos obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios– y, por tanto, ser consideradas directamente Administración Pública ⁸⁹.

Comunidad Autónoma de La Rioja; art. 39.3 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de Murcia; art. 111 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

⁸⁴ Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el Hospital Universitario de Fuenlabrada forma parte de las Administraciones Públicas a efectos de la LCSP, al reunir los requisitos recogidos en su art. 3.º 2 e), sin que sea posible equiparar las entidades de Derecho público autonómicas a las EPEs estatales. (Informe 6/2008, de 10 de julio, sobre aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público al ente público Hospital Universitario de Fuenlabrada).

⁸⁵ Art. 2.º de la Ley 18/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, LA.

⁸⁶ Art. 2.º 1 de la LA.

⁸⁷ Art. 2.º 2 de la LA.

⁸⁸ Art. 31 de la LA.

⁸⁹ Es el caso, por ejemplo, de la Agencia Estatal de Meteorología; la Agencia Estatal Tributaria; la Agencia Estatal de Evaluación y Calidad; la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado; y la Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

- c) Las *sociedades mercantiles* en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades del sector público enumeradas en el art. 3.º 1 a)-f) de la LCSP sea superior al 50 por 100 se consideran entes del sector público⁹⁰. Habrá que atender a sus circunstancias concretas para comprobar si se dan las características de los poderes adjudicadores, conforme al art. 3.º 3 b) de la LCSP. Cumplen con el requisito de poseer personalidad jurídica, en su caso, de naturaleza privada. De hecho, su régimen jurídico se remite, con carácter general, al ordenamiento jurídico privado⁹¹. Ahora bien, su finalidad precisamente puede consistir en la realización de una actividad de carácter mercantil o industrial. Se les impone la prohibición de ejercicio de autoridad pública⁹². De modo que habrá que atender a la jurisprudencia del TJUE en torno a los fines de los poderes adjudicadores. Conforme a ella, basta con que una parte de la actividad, aunque sea pequeña, se dedique a fines de interés general, para considerar cumplida esta condición⁹³. En cuanto al control por parte de un poder adjudicador, dependerá de quiénes sean las entidades del sector público que participan en la sociedad. Si tienen la condición de poder adjudicador –como sucede siempre en el caso de las Administraciones Públicas– el hecho de que ostenten más del 50 por 100 del capital social cumple el criterio de la financiación mayoritaria; además, pueden ostentar

⁹⁰ Estas sociedades se consideran parte del patrimonio público empresarial del Estado [art. 166.1 c) de la LPAP] y del sector público de las Comunidades Autónomas [art. 151.1 b) de la Ley 3/2006, de 18 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria; art. 92 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; art. 64.1 de la Ley de 19 de enero de 1984, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma de Madrid; art. 48.1 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; D.A. 2.ª 1 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de Murcia; art. 103 b) de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra].

⁹¹ Para las sociedades mercantiles estatales, la D.A. 12.ª 1 de la LOFAGE. Para las autonómicas: art. 94 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; art. 48.2 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; D.A. 2.ª 4 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de Murcia.

⁹² De este modo los poderes públicos pueden ejercer su iniciativa en la economía en competencia con el sector privado, reconocida en el art. 128.1 de la CE. A nivel estatal, la D.A. 12.ª 1 *in fine* de la LOFAGE. A nivel autonómico: art. 75.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; art. 94 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; art. 86 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; art. 48.3 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; art. 58.1 de la Ley de 19 de enero de 1984, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma de Madrid; D.A. 2.ª 4 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Murcia; art. 121.3 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y art. 106.2 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra.

⁹³ Ejemplos de sociedades mercantiles consideradas entidades del sector público que no ostentan la condición de poder adjudicador por dedicarse a fines de carácter mercantil, son Radio Autonomía Madrid, S.A. y Televisión Autonomía Madrid, S.A., conforme a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, en su Informe 9/2008, de 10 de julio, sobre aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público al ente público Radio Televisión Madrid y a las empresas Televisión Autonomía Madrid y Radio Autonomía Madrid. Por el contrario, se considera poder adjudicador a la empresa pública Gestión y Desarrollo del Medio Ambiente de Madrid, S.A., al considerar que cumple todos los requisitos del art. 3.º 3 b) de la LCSP, incluido la satisfacción de fines de interés general (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid 8/2008, de 10 de julio, sobre aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público a la Empresa Gestión y Desarrollo del Medio Ambiente de Madrid, S.A.).

el control de la sociedad en los términos del art. 3.º 3 b) de la LCSP⁹⁴. A lo que hay que sumar la posible existencia de controles presupuestarios, contables y financieros⁹⁵. De lo contrario, no se cumpliría con la exigencia de que exista un control real de la sociedad por un poder adjudicador, y la sociedad sería considerada simplemente un ente del sector público que no ostenta la condición de poder adjudicador.

- d) Las *fundaciones del sector público* que se constituyen con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades, forman parte del sector público⁹⁶. Para ser poder adjudicador deben cumplir los requisitos señalados con anterioridad. Tienen personalidad jurídica propia de carácter privado⁹⁷. La satisfacción de fines de interés general siempre se cumple, puesto que la creación de las fundaciones se vincula constitucional y legalmente a esos objetivos⁹⁸. Donde pueden haber dudas es en la existencia de control por parte de un poder adjudicador. En efecto, el régimen jurídico de las fundaciones prevé, bien una financiación permanente de más del 50 por 100 por una entidad pública (es uno de los supuestos de existencia de la fundación pública⁹⁹); bien diversos mecanismos de control a favor de las entidades públicas que participan en la fundación. Así,

⁹⁴ De acuerdo con el art. 48 del CC, el control o dominio de la sociedad puede lograrse por otros medios, además de la titularidad de la mayoría del capital social, como poseer la mayoría de los derechos de voto; tener la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; disponer, mediante acuerdos con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; o haber designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración. Al respecto, véase Pablo MENÉNDEZ GARCÍA, «Lección 10. Las fundaciones y sociedades públicas», en Tomás Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo II. La organización de las Administraciones Públicas, Iustel, Madrid, 2009, pp. 275-318, pp. 306 y ss.

⁹⁵ Así, por ejemplo, en el caso de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenece al 100 por 100 al Estado se establecen numerosos mecanismos de control y tutela sobre su actividad (arts. 177 y 178 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, LPAP).

⁹⁶ En este caso el legislador de contratos emplea literalmente la definición empleada en el art. 44 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF) para referirse a las fundaciones del sector público estatal. También aparece esta fórmula en el art. 41 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones canarias; el art. 6.º 3 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León; el art. 33 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana; y la D.A. 1.ª de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Murcia. Aunque a nivel autonómico, junto a estos requisitos (que pueden aparecer o no de forma conjunta) se incluye, en ocasiones, el requisito de la existencia de un control efectivo sobre la fundación similar al que se tiene sobre un organismo público dependiente de la Comunidad. Así, el art. 55 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; art. 58.1 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego; art. 48.1 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

⁹⁷ Art. 35 del CC.

⁹⁸ Así, en la Constitución, el art. 34.1; en la legislación del Estado, el art. 35.1 del CC, que las configura como personas jurídicas de interés público; y los arts. 3.º 1 y 45.2 de la LF; en la legislación autonómica, art. 1.º 2 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; art. 1.º 1 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones canarias; art. 3.º 1 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León; art. 2.º 1 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego; art. 3.º 1 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid; arts. 1.º 2 y 3.º 1 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja; art. 3.º 1 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco; art. 3.º 1 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

⁹⁹ Art. 44 de la LF; art. 58.1 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego; art. 53.1 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

por ejemplo: que la mayoría de los miembros del Patronato se designen por las entidades del sector público¹⁰⁰; que su Protectorado se ejerza por la Administración General del Estado o la Administración autonómica correspondiente¹⁰¹; que, en los casos en que sea necesario, la auditoría externa se realice por la Intervención oficial correspondiente¹⁰²; que se sometan a las reglas de la Administración autonómica en materia presupuestaria, contable y de control¹⁰³. Lo determinante es, por tanto, que las entidades públicas que participen en la fundación tengan la condición de poder adjudicador¹⁰⁴. De lo contrario, se estaría ante un ente del sector público¹⁰⁵. Una mención especial, en el ámbito de las fundaciones, merecen las fundaciones públicas sanitarias en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud¹⁰⁶. En realidad, el régimen de estos entes se aproxima al de las entidades públicas empresariales, cuyo régimen –contenido en la LOFAGE– se les aplica con carácter supletorio. Se trata, por tanto, de poderes adjudicadores, en la medida en que están controladas por la Administración y sus fines son de interés general. La única pregunta que se plantea es si pueden considerarse «Administraciones Públicas», conforme al art. 3.º 2 e) de la LCSP o, si, por su proximidad, al régimen de las EPEs, se les aplica la exclusión expresa de las Administraciones Públicas que realiza el art. 3.º 2 e) *in fine* de la LCSP –lo que no parece una solución irrazonable, desde el punto de vista de la voluntad del legislador de contratos–.

- e) Por último, hay que hacer referencia a *otros entes del sector público con personalidad jurídica propia* vinculados a un sujeto del sector público o dependientes del mismo. Estas

¹⁰⁰ Arts. 45.1 párr. 2 de la LF; art. 57.2 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

¹⁰¹ Arts. 46.2, 34.2 en conexión con el 35 de la LF; art. 60.2 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego; art. 28.3 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid; art. 35.2 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

¹⁰² Art. 46.3 párr. 2.º de la LF; art. 57.3 párr. 2 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; art. 43.2 párr. 2 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones canarias; art. 62 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego.

¹⁰³ Art. 57.3 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; art. 43.2 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones canarias; art. 60.4 de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego; art. 53.2 a) de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja; art. 125.3 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra; art. 35.3 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

¹⁰⁴ Así, es poder adjudicador la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital La Paz, cuyo patrimonio fundacional de carácter permanente está constituido en más del 50 por 100 por bienes o derechos aportados por la Administración Pública (en concreto, el Instituto Madrileño de Salud) y la Agencia de Formación, Investigación y Estudios Sanitarios «Pedro Lain Entralgo», que tiene la condición de poder adjudicador. (Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Madrid 7/2008, de 10 de julio, sobre aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público a la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital La Paz).

¹⁰⁵ Con respecto a las fundaciones, hay que tener en cuenta las particularidades del régimen jurídico de las fundaciones del Patrimonio Nacional administradas por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional (arts. 48-58 del R.D. 496/1987, de 18 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 23/1982, de 16 de junio, Reguladora del Patrimonio Nacional); y de las fundaciones para el patrimonio histórico. Al respecto, véase Francisco LÓPEZ-NIETO Y MALLO, *La ordenación legal de las fundaciones*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 275. ss.

¹⁰⁶ Su régimen jurídico se recoge en el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que desarrolla la posibilidad establecida en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, de constituir «cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho» para administrar los centros, servicios y establecimientos sanitarios.

entidades pueden llegar a cumplir los requisitos de los poderes adjudicadores o, incluso de las Administraciones Públicas. Es necesario analizar cada supuesto. Por ejemplo, en el caso de las Juntas de Compensación se cumple el requisito de tener personalidad jurídica propia y dedicarse a fines de interés general. Habrá que atender a la legislación urbanística aplicable para analizar si existe control o no por parte de un poder adjudicador ¹⁰⁷.

2.3. El ámbito de aplicación objetivo.

Conforme a la LCSP las instrucciones internas deben regular la adjudicación de los contratos no armonizados [en el caso del art. 175 b) de la LCSP] y de todos los contratos que celebren los entes del sector público que no ostentan la condición de poder adjudicador (en el supuesto del art. 176 de la LCSP), que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Ley (art. 4.º de la LCSP). Hay que definir, por tanto, cuáles son los contratos no armonizados. Este tipo de contratos se definen en negativo: son aquellos contratos que no están armonizados por el Derecho europeo. En concreto, las Directivas regulan los contratos de colaboración público-privada en todos los casos –ahora bien, hay que tener en cuenta que sólo se pueden celebrar por Administraciones Públicas–; los contratos de obras, concesión de obras públicas, suministro y servicios cuando superen ciertos umbrales y se celebren por entes que ostenten la condición de poder adjudicador; así como los contratos subvencionados de obras y servicios. Los contratos no armonizados pueden ser de tres tipos:

- a) De acuerdo con un criterio económico, no son contratos armonizados los contratos regulados sustantivamente por el Derecho europeo que pueden celebrar poderes adjudicadores que no son Administración Pública –contrato de obras y de concesión de obras públicas, contrato de suministro, contrato de servicios de las categorías 1 a 16 del Anexo II de la LCSP y contratos subvencionados por poderes adjudicadores directamente en más de un 50 por 100 de su importe– y cuyo valor estimado es inferior a las cuantías o umbrales determinados por las instancias europeas ¹⁰⁸.
- b) Conforme a la LCSP tampoco son contratos armonizados los contratos que, independientemente de su cuantía y de su correspondencia con los tipos de contratos armonizados, tengan por objeto alguna de las prestaciones recogidas en el art. 13.2 de la LCSP: contratos de compra, desarrollo, producción o coproducción de programas destinados a la radiodifusión, por parte de los organismos de radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión; contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste

¹⁰⁷ Así, con respecto a las Juntas de Compensación de la legislación catalana, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha considerado que no se le aplica la LCSP, tras analizar que no cumplen el requisito de control por parte de un poder adjudicador, exigido por el art. 3.º 3 b) de la LCSP (Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010. «Aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público a las Juntas de Compensación urbanística»).

¹⁰⁸ En la actualidad, los umbrales se establecen en el Reglamento (CE) n.º 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos.

en el ejercicio de su actividad propia; contratos incluidos en el ámbito del art. 296 del TCE que se concluyan en el sector de la defensa; contratos declarados secretos o reservados, o aquéllos cuya ejecución deba acompañarse de medidas especiales de seguridad conforme a la legislación vigente o en virtud de la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado; y contratos cuyo objeto principal sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones.

- c) Por otro lado, conforme a un criterio objetivo, no son contratos armonizados los que pueden celebrar los poderes adjudicadores que no son Administración Pública más allá de los tipos contractuales regulados por las Directivas –por ejemplo, contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP–.

Ahora bien, junto a los procedimientos de contratación en estos contratos, hay que tener en cuenta que en la práctica algunas instrucciones internas incluyen también reglas que concretan la LCSP en la adjudicación de contratos armonizados –cuando se trata de poderes adjudicadores que no son Administración Pública¹⁰⁹–. En estos casos, habrá que comprobar que no son contrarias a las disposiciones legales. En la misma línea, se ha afirmado la posibilidad de interpretar que las instrucciones internas pueden regular la adjudicación de los contratos subvencionados por poderes adjudicadores¹¹⁰. En estos casos, la LCSP sólo señala que rigen las reglas del art. 174 de la LCSP (art. 177 de la LCSP). Las instrucciones podrían contener, efectivamente, las reglas que, en el marco legal, desarrollen los concretos procedimientos de selección de los contratistas.

2.4. *El procedimiento de elaboración y la publicidad.*

La LCSP no establece una regulación básica en torno al procedimiento de aprobación de las instrucciones internas. Únicamente el art. 175 b) de la LCSP se refiere a su aprobación por los órganos competentes de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas. Esta previsión puede hacerse extensiva también a las instrucciones del art. 176 de la LCSP, puesto que no añade nada concreto a la realidad: las instrucciones se aprobarán por los órganos competentes para ello. Sólo en el caso de las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado, se establece la competencia del Ministro de Fomento para elaborar y aprobar sus instrucciones de contratación (D.A. 25.^a 2 de la LCSP). Por regla general, habrá que atender, por tanto, a cada tipo de entidad para determinar cuál es el órgano al que se atribuye esta función. Generalmente, por ejemplo, en las sociedades mercantiles, la aprobación de las instrucciones se atribuye al Consejo de Administración; en las fundaciones públicas, al Patronato; y en las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, al Director Gerente.

¹⁰⁹ Por ejemplo, las instrucciones de SEPES (Entidad Pública Empresarial de Suelo).

¹¹⁰ José BERMEJO VERA, «Instrucciones de procedimiento para la contratación», en José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de contratación pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 372-377, p. 374.

En cuanto al procedimiento, no se establece ninguna previsión. De modo que habrá que acudir a las reglas de funcionamiento interno de cada entidad. La LCSP sólo añade un requisito procedimental para los entes del sector público estatal, que deban aprobar instrucciones de contratación: que se emita un informe previo sobre las instrucciones por el órgano que asesore jurídicamente a la entidad. En el caso de los poderes adjudicadores que no reúnen la condición de Administraciones Públicas, la emisión del informe se atribuye a la Abogacía General del Estado [art. 175 b) *in fine* de la LCSP]¹¹¹; en las entidades locales al Secretario o al órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la Corporación (D.A. 2.^a 8 de la LCSP).

Con respecto a la publicidad, la LCSP establece la misma previsión para todas las instrucciones internas, con independencia del sujeto que las apruebe: «Las instrucciones deben ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad». Esta exigencia de publicidad juega un papel muy importante en la interpretación de la posible eficacia jurídica de las instrucciones, como se verá más adelante.

2.5. El contenido.

El contenido de las instrucciones internas conforme a la LCSP son «los procedimientos de contratación» de los contratos no armonizados –en el caso de los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas– y de todos los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSP –en el caso de los entes del sector público que no reúnen la condición de poder adjudicador–. En el diseño de los procedimientos deben garantizarse los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y que el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa. Así se exige, tanto en las instrucciones internas del art. 175 b) de la LCSP como en las del art. 176 de la LCSP. Además, junto al contenido legalmente previsto para las instrucciones, es posible –como se ha visto anteriormente– que las instrucciones internas regulen los procedimientos de contratación de los contratos armonizados y de los contratos subvencionados, siempre en el marco de la LCSP.

En cuanto al concreto contenido de las instrucciones, hay que tener en cuenta que se han formulado algunas recomendaciones por la Abogacía General del Estado y las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, que son de gran utilidad en la práctica¹¹².

¹¹¹ La Circular núm. 1/2008, de la Abogacía General del Estado, sobre las instrucciones internas de los arts. 175 b) y 176.3 de la LCSP concreta la competencia para emitir este informe en el caso de entes del sector público estatal que no son poderes adjudicadores (punto 3.2).

¹¹² Así, simplemente a modo de ejemplo: la Instrucción núm. 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía General del Estado, cit.; la Circular núm. 1/2008, de 27 de marzo de 2008, sobre las instrucciones internas de contratación de los arts. 175 b) y 176.3 de la LCSP, también de la Abogacía General del Estado; y la Recomendación 1/2008, de 10 de junio de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón relativa a «la preparación y adjudicación de contratos de poderes adjudicadores del sector público aragonés que no son Administración Pública en contratos no sujetos a regulación armonizada».

2.5.1. La garantía de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y del mandato de no discriminación.

De acuerdo con el art. 175 a) de la LCSP, la adjudicación de contratos no armonizados por poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas debe someterse «en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación». Estos principios pueden identificarse básicamente con los principios que el Tribunal de Justicia ha ido destilando a través de su jurisprudencia a partir de las libertades europeas y del mandato general de trato igual y no discriminación¹¹³. Con esta afirmación el legislador español asume la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que reconoce la proyección de estos principios más allá de los contratos regulados sustantivamente por las Directivas de adjudicación de contratos públicos con el fin de garantizar la realización del Mercado Interior.

El art. 176.1 de la LCSP somete la adjudicación de los contratos de los entes, entidades y organismos del sector público que no sean poderes adjudicadores a los mismos principios que el art. 175 a) de la LCSP. Podría pensarse, por tanto, que en este caso también se está ante una eficacia expansiva de los principios garantizados por la jurisprudencia europea más allá del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación pública. De este modo, podría afirmarse que la eficacia de los principios es muy similar en ambos preceptos legales, con dos matices: por un lado, las reglas de publicidad se relajan para los entes del sector público que no son poderes adjudicadores, pues el medio de publicidad lo elige la entidad; por otro lado, las reglas de elaboración de pliegos establecen que los poderes adjudicadores en contratos distintos a los armonizados deben elaborar pliegos si la cuantía es superior a 50.000 euros, mientras que los entes que no son poderes adjudicadores no se someten a ninguna prescripción en torno a la elaboración de pliegos¹¹⁴.

Ahora bien, conforme a la Comunicación interpretativa de la Comisión 2006/C-179/02, sobre el Derecho europeo aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, sólo los contratos que no superan los umbrales europeos –celebrados por poderes adjudicadores– y los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II de la LCSP se someten a los principios derivados de las libertades europeas conforme a la jurisprudencia del TJUE¹¹⁵. De modo que los contratos celebrados por entes que no reúnen la condición de poder adjudicador escaparían del ámbito de aplicación de estos principios, a no ser que el propio legislador dispusiese lo contrario. Una interpretación distinta llevaría al efecto perverso de que la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de las normas de adjudicación de contratos públicos más allá de las Directivas europeas por el legislador nacional, supondría un endurecimiento automático de estas reglas por la vía de la jurisprudencia del TJUE. De modo que los legisladores

¹¹³ *Ex multis*, la STJUE de 6 de abril de 2006, *As. Bari* (C-410/04). Walter FRENZ, «Grundrechte...», cit., p. 748.

¹¹⁴ Instrucción núm. 1/2008, Abogacía General del Estado, cit., p. 45.

¹¹⁵ José María PÉREZ GÓMEZ, «Artículo 175» y «Artículo 176», en Luciano Parejo Alfonso y Alberto Palomar Olmeda (Dirs.), J. Vázquez Garranzo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Tomo III, arts. 153-265, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 1.641-1.655 y pp. 1.656-1.667, pp. 1.646 y 1.657.

nacionales preferirían recortar el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de adjudicación con respecto a las Directivas europeas –tal y como sucede en el Derecho alemán–. En el caso español, no es fácil determinar si el legislador pretende que la jurisprudencia del TJUE se proyecte sobre todos los procedimientos de contratación regulados en la LCSP. El régimen jurídico de los contratos de los entes del sector público que no son poder adjudicador parece ser más flexible que el de los poderes adjudicadores. De hecho, se ha interpretado que las reglas del art. 174 de la LCSP deben regir supletoriamente y como criterio de interpretación de las instrucciones internas del art. 175 de la LCSP¹¹⁶. Por lo que es posible entender que en esos casos la garantía de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación es menos exigente que en los procedimientos de contratación de los poderes adjudicadores.

2.5.2. La adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

Junto a la garantía de los principios mencionados, la LCSP impone a los entes del sector público que no son Administración Pública que adjudiquen los contratos a «la oferta económicamente más ventajosa». Esta idea se corresponde con el antiguo «concurso». Con carácter general, significa que el órgano de contratación debe ejercer su discrecionalidad técnica al adjudicar el contrato, y que en su ejercicio deberá limitarse a través de los pliegos en los que se establece el valor otorgado a cada uno de los criterios o, al menos, una jerarquización de su importancia en la adjudicación¹¹⁷.

2.6. La eficacia jurídica.

La LCSP no establece de forma expresa la eficacia jurídica de las instrucciones de los arts. 175 y 176. Podría pensarse, sin embargo, que el legislador impone a los entes del sector público que no son Administración Pública la aprobación de estas instrucciones para que gobiernen efectivamente la adjudicación de los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores –que no son Administración Pública– y de todos los contratos de los entes del sector público, que no reúnen la condición de poder adjudicador.

Ahora bien, lo cierto es que el legislador sí hace una referencia a la eficacia de las instrucciones, aunque únicamente se establezca en el art. 175. Así, reza este precepto que las instrucciones «serán de obligado cumplimiento en el ámbito interno» de los poderes adjudicadores. Esta mención desaparece, sin embargo, en el art. 176, al referirse a las instrucciones aprobadas por entes, entidades y organismos del sector público que no se consideran poderes adjudicadores, aunque sí se incluye la referencia a las instrucciones «internas». De una interpretación literal de los preceptos se deduce, en apariencia, que no es posible extender a las instrucciones del art. 176 la eficacia interna del art. 175 de la LCSP; pero también podría pensarse que la referencia al carácter interno del art. 176

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 1.654.

¹¹⁷ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo...*, 2008, cit., pp. 604-605.

de la LCSP constituye una referencia implícita del legislador a su eficacia *ad intra* ¹¹⁸. En cualquier caso, en la práctica se han extendido estos efectos en entes del sector público que no ostentan la condición de poder adjudicador. Todas las instrucciones recogidas en los arts. 175 b) y 176 de la LCSP se consideran instrucciones «internas». Más dudoso es si de las instrucciones pueden derivarse efectos «externos». Enseguida se analizan todos sus posibles efectos, tanto internos como externos, de las instrucciones.

IV. LA POSIBLE EFICACIA VINCULANTE DE LAS INSTRUCCIONES INTERNAS DE LA LCSP

Como se ha explicado, los legisladores español y alemán siguen un camino similar. Han optado por remitir la ordenación de la adjudicación de los contratos situados por debajo del umbral europeo a unos instrumentos específicos: las instrucciones internas y las *Verdingungsordnungen* (VO), respectivamente. Ambos se caracterizan por ser instrumentos creados *ad hoc* para el ámbito de la contratación pública, cuya eficacia jurídica frente a terceros es problemática. Ahora bien, mientras que en Alemania se ha determinado por la doctrina y la jurisprudencia cuál es el potencial vinculante de las VO –aunque no sea de forma unívoca y definitiva–, no puede decirse lo mismo de las instrucciones internas de la LCSP. El legislador simplemente señala, en el caso de las instrucciones del art. 175 b) de la LCSP, que «serán de obligado cumplimiento en el ámbito interno» de las entidades que las aprueben. Para las instrucciones previstas en el art. 176 de la LCSP esta referencia desaparece. No hay ninguna indicación más sobre cuál es el papel de las instrucciones internas en el sistema de fuentes de la contratación pública y, lo que es más importante, cuál es su valor *ad extra*, en relación con los licitadores. Una opción extrema es afirmar que las instrucciones internas no tienen carácter normativo y que, por tanto, no despliegan ningún efecto vinculante frente a los licitadores. Al menos queda claro que las instrucciones internas no tienen una naturaleza similar a la de los «pliegos tipo» de cláusulas administrativas particulares, que simplemente constituyen una referencia para el órgano de contratación que puede apartarse de ellas al elaborar los pliegos de cláusulas administrativas particulares ¹¹⁹. Como mínimo, las instrucciones internas vinculan *ad intra*.

Hay que responder, por tanto, a dos preguntas. Primero, en qué concretos efectos se traduce la obligación de cumplir las instrucciones en el ámbito interno de las entidades adjudicadoras. Y, segundo, en qué medida un licitador puede exigir el cumplimiento de las instrucciones internas. En este sentido, hay que tener en cuenta que en Derecho español la posibilidad de obtener tutela no se vincula a la existencia de derechos subjetivos. No se trata, pues, de realizar un estudio teórico sobre la posibilidad de que las instrucciones atribuyan derechos subjetivos a los licitadores, que sí es nece-

¹¹⁸ Así, se ha interpretado la eficacia interna de las instrucciones de forma expansiva. En este sentido, José BERMEJO VERA, «Instrucciones de...», cit., p. 374.

¹¹⁹ Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Consideraciones sobre la contratación local. Especial referencia a los pliegos de cláusulas administrativas generales y a las Juntas de Contratación», en Jerónimo Arozamena Sierra, *El Derecho Local en la Doctrina del Consejo de Estado*, Consejo de Estado, BOE, Madrid, 2002, pp. 293-321, pp. 300-301.

sario en el Derecho alemán. Sino de ver cómo una interpretación sistemática de las instrucciones internas conforme a las reglas del Derecho público, puede conducir al reconocimiento de eficacia externa y, por lo tanto, a la activación de mecanismos de tutela –primaria o secundaria– que puedan amparar a los licitadores frente a un posible incumplimiento de las disposiciones establecidas en las instrucciones.

1. Eficacia vinculante *ad intra*.

La única referencia legal a la eficacia de las instrucciones internas se refiere precisamente a su eficacia *ad intra*, únicamente cuando se aprueban instrucciones que reúnen la condición de poder adjudicador y que no son parte del concepto de Administración Pública de la LCSP [art. 175 b) de la LCSP]. Esto significa que la actividad contractual de cada ente debe someterse a las instrucciones. El legislador de contratos no quiere que cada vez se ejecute un procedimiento de adjudicación distinto; sino que obliga a las entidades a crear unos protocolos de actuación, unos procedimientos para elegir a los contratistas, con eficacia interna. Ahora bien, en primer lugar, hay que definir qué parte de las instrucciones son vinculantes a nivel interno.

Conforme a la LCSP está claro que «los procedimientos de contratación» encargados de satisfacer las exigencias legales vinculan en el ámbito interno de la entidad. Ése es el contenido legalmente previsto para las instrucciones. Por ello, la elaboración de los pliegos de contratación y la selección del adjudicatario debe realizarse conforme a las instrucciones. Lo que no parece tan obvio, es que otras disposiciones incluidas en las instrucciones referidas a otras cuestiones –como las reglas de ejecución y extinción del contrato, o las reglas de preparación de los contratos armonizados– también lo sean. El alcance del art. 175 b) de la LCSP parece limitarse a las instrucciones diseñadas por el legislador de contratos que sólo incluyen los procedimientos de contratación articulados para garantizar los principios de concurrencia, publicidad, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y que la adjudicación recaiga en la oferta económicamente más ventajosa. Si las entidades deciden ir más allá de esta previsión legal, entonces se escapan de la aplicación de la legislación de contratos y habrá que atender a sus reglas de funcionamiento. Hay que tener en cuenta que la LCSP incluye numerosas entidades con un régimen jurídico muy diverso. De modo que en este punto, es determinante analizar quién aprueba las instrucciones y qué valor tienen conforme a las normas que ordenen la organización y funcionamiento de cada entidad.

Si las instrucciones se aprueban por el órgano superior dentro de la organización de la entidad, todo su contenido será vinculante para todos los demás órganos conforme a los estatutos y la legislación aplicable a su organización. En efecto, el art. 175 b) de la LCSP se refiere simplemente a los «órganos competentes», pero al mismo tiempo consagra el valor interno de los procedimientos de contratación establecidos en las instrucciones. Luego, podría deducirse que la intención del legislador es que las instrucciones se aprueben por los órganos con competencias de contratación que, conforme a las normas de la entidad, tengan la capacidad de vincular a toda la organización. Así, por ejemplo, en el caso de las sociedades mercantiles y las EPEs, el Consejo de Administración; en las

fundaciones, el Patronato; en las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, el Director Gerente; y en las asociaciones, la Secretaría General –por ejemplo, en el caso de la FEMP–. Una interpretación distinta no tendría sentido, pues conduciría, por ejemplo, a que en una sociedad mercantil las instrucciones internas pudiesen aprobarse por el Gerente y vincularan al Consejo de Administración.

En el caso del art. 176 de la LCSP, que suprime la mención al obligado cumplimiento de las instrucciones en el ámbito interno de las entidades que las aprueban –en este caso, simples entes del sector público–, podría realizarse la misma interpretación. A pesar de que en la legislación de contratos no haya una previsión específica sobre su eficacia interna, puede acudir al régimen jurídico de cada entidad, que dará la pista sobre el valor de las instrucciones. La diferencia estaría en que el órgano competente, de acuerdo con la literalidad de la LCSP, no tendría por qué tener la capacidad de vincular al resto de órganos de contratación de la entidad. Sin embargo, en la práctica, no se observan diferencias entre los órganos que aprueban las instrucciones del art. 175 b) de la LCSP y del art. 176 de la LCSP. Todas se aprueban por el órgano superior de la entidad con competencias en materia de contratación.

En realidad, el legislador de contratos parece haber tratado de asegurar que, al menos, los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, se vinculen a los procedimientos de adjudicación previstos en las instrucciones. En la práctica, las instrucciones se aprueban por los máximos órganos de dirección de los entes del sector público que no son Administración Pública, lo que implica su obligatoriedad a nivel interno. En cuanto a los concretos efectos derivados del incumplimiento interno de las instrucciones habría que recurrir, una vez más, al régimen de organización y funcionamiento de cada entidad, la LCSP sólo regula la responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas, pero no del resto de entes del sector público (D.A. 22.^a de la LCSP).

2. Eficacia vinculante *ad extra*: hipótesis.

Junto a la mencionada eficacia interna de las instrucciones se plantea la duda en torno a su posible eficacia externa, esto es, frente a terceros. Sin duda, las instrucciones internas de contratación de la LCSP no son normas de organización interna de las entidades del sector público a las que se aplique el régimen previsto en el art. 21 de la LRJPAC ¹²⁰. De hecho, este precepto no sería aplicable a todos los entes del sector público que deben aprobar instrucciones internas de contratación; se excluiría, de entrada, a todas las personificaciones jurídico-privadas (conforme al art. 2 de la LRJPAC). El legislador de contratos prevé como contenido de las instrucciones el diseño de procedimientos de contratación que deben ajustarse a una serie de principios (publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación) y a un mandato: adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. De modo que los licitadores que concurren a los procedimientos abiertos

¹²⁰ Aunque el valor normativo de estos instrumentos tampoco esté claro. Al respecto, antes de la aprobación de la Constitución: Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, «Instrucciones y circulares como fuente del Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 48, 1965, pp. 107-126. Posteriormente, véase Mar MORENO REBATO, «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *RAP*, núm. 47, 1998, pp. 159-200.

conforme a las instrucciones de contratación tienen, como mínimo, derecho a dos cosas: a que se respeten los principios mencionados y a que se adjudique el contrato al que realice la oferta económicamente más ventajosa. Esta previsión legal es un tanto contradictoria con el reconocimiento de una mera eficacia interna de las instrucciones. Las instrucciones deben hacer posible los mandatos legales, luego, en ese sentido, afectan a terceros. De hecho, en la doctrina, se ha afirmado la posible efectividad externa de las instrucciones en algunos aspectos, en concreto: los métodos del procedimiento de adjudicación y el cuadro de derechos y deberes de los respectivos contratos ¹²¹.

Puede afirmarse, entonces, que las instrucciones internas no se refieren únicamente al funcionamiento interno de las distintas entidades y afectan realmente a los licitadores. En este sentido, además, hay que tener en cuenta que en el Derecho español no rige la conexión entre derecho subjetivo y tutela propia del Derecho alemán. No es necesario constatar si hay concretos derechos subjetivos en las instrucciones, sino si los licitadores pueden tener un verdadero interés en que se cumplan, al menos, las normas que hacen reales los mandatos de la LCSP. El problema está en la falta de interés del legislador de contratos por ordenar cuál debe ser la eficacia de las instrucciones y, en su caso, los mecanismos concretos de tutela de los licitadores o del adjudicatario frente a su posible vulneración. Hay que realizar, por tanto, un esfuerzo de interpretación sistemática para determinar estos aspectos. Para ello hay que tener en cuenta tres factores fundamentales: la naturaleza jurídica de la entidad; si es poder adjudicador o no; y el contenido material de las instrucciones, pues no todas las afirmaciones rigen para las variadas disposiciones que pueden incluir las instrucciones. A partir de estos elementos se pueden formular algunas hipótesis sobre la posible eficacia vinculante de las instrucciones.

2.1. Eficacia normativa.

2.1.1. Planteamiento.

La primera hipótesis en torno a la fuerza vinculante de las instrucciones internas sería admitir que tienen eficacia normativa. Esto es, que son vinculantes frente a terceros porque, en realidad, son normas jurídicas que establecen una reglamentación general, con carácter abstracto, que no se agota en un contrato concreto. Esta posibilidad parece acercar la cuestión de la vinculatoriedad de las instrucciones internas al problema clásico de la naturaleza de los pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares.

- a) En el caso de los pliegos de cláusulas generales, gran parte de la doctrina asume que tienen naturaleza normativa ¹²². Aunque también se afirma que son normas de carácter dispositivo que sirven de modelo para el desarrollo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares ¹²³. Algo similar podría afirmarse entonces de las instrucciones: tienen carácter

¹²¹ Así, José BERMEJO VERA, «Instrucciones de...», cit., p. 374.

¹²² Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, 2008, cit., p. 595.

¹²³ José Luis MEILÁN GIL, *La estructura...*, cit., pp. 171 ss.

normativo al regular los procedimientos de contratación con carácter general y abstracto, tal y como les ordena la LCSP; y para el resto del contenido dispositivo que incluyen podría entenderse que su valor es meramente orientativo.

- b) Por su parte, los pliegos contractuales formulan el proyecto de contrato y predeterminan su contenido y las condiciones de adjudicación. Esta técnica no es exclusiva del Derecho público, también se utiliza en el ámbito jurídico-privado, por ejemplo, para la contratación en masa ¹²⁴. Una parte de la doctrina entiende que tienen eficacia meramente contractual ¹²⁵. Pero también se defiende que los pliegos de cláusulas administrativas particulares actúan como una verdadera norma objetiva antes de la adjudicación, cuando aún no existe contrato: regulan las potestades del órgano de contratación, no pueden modificarse una vez iniciado el procedimiento selectivo –principio de irrevocabilidad de actos administrativos; principio de inderogabilidad singular de los reglamentos; o principio de autovinculación–; su violación invalida el acto de adjudicación; y la motivación de la adjudicación se apoya en los pliegos ¹²⁶. Estas afirmaciones parecen, en principio, trasladables a las instrucciones internas. Las instrucciones internas son reglamentos materialmente cuando regulan con carácter general los procedimientos que deben ordenar la contratación por las entidades que las aprueban.

De modo que las instrucciones internas tienen una naturaleza similar a los pliegos de contratación. En su elaboración se ejerce una discrecionalidad cercana a la potestad reglamentaria ¹²⁷. Es más, en el caso de las instrucciones su carácter reglamentario se hace aún más evidente, en la medida en que no se refieren en ningún caso a procedimientos concretos de contratación, sino que ordenan de forma general toda la actividad contractual de las entidades del sector público, incluidas las condiciones de elaboración de los pliegos de contratación. En este sentido, podría entenderse:

1. Que las instrucciones internas son plenamente vinculantes frente a los licitadores porque existe un mandato legal implícito de autovinculación.
2. Que hay partes de las instrucciones internas que son directamente vinculantes porque se remiten a normas imperativas.
3. Que las disposiciones de las instrucciones internas que canalizan los mandatos legales son vinculantes.

¹²⁴ Carlos I. AYMERICH CANO, «Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares», en Francisco Sosa Wagner (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Doctor Don Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1.791-1.810, p. 1.791.

¹²⁵ Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo*, 2008, cit., p. 595.

¹²⁶ Carlos I. AYMERICH CANO, «Acerca de...», cit., pp. 1.799-1.800. Por otra parte, José María BAÑO LEÓN defiende su naturaleza reglamentaria cuando reglan el procedimiento y los criterios de adjudicación del contrato («El contencioso pre-contractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en Rafael Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 329-363, p. 342.

¹²⁷ Carlos I. AYMERICH CANO, «Acerca de...», cit., pág. 1.801. También, Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Consideraciones sobre...», cit., p. 303, que se refiere al Dictamen del Consejo de Estado 2215/95 sobre el carácter normativo de los pliegos de cláusulas administrativas generales.

2.1.2. Mandato legal de autovinculación.

La LCSP deja abierto un amplio margen de discrecionalidad para la adjudicación de los contratos situados por debajo de los umbrales europeos. Los entes del sector público que no son Administraciones Públicas no se someten, por tanto, más que a unas líneas esenciales de actuación trazadas por la Ley. Dentro de esas indicaciones se encuentran la obligación de garantizar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de adjudicar los contratos a las ofertas económicamente más ventajosas. Materialmente el legislador no establece más prescripciones. Así que pueden establecerse distintos procedimientos de contratación, con las limitaciones de los preceptos aplicables de la LCSP. Formalmente, sin embargo, es posible deducir otra obligación: los procedimientos deben establecerse en «instrucciones internas» aprobadas por los órganos competentes de cada entidad, tras la aprobación de un informe de los servicios jurídicos correspondientes. Es cierto que el legislador no dice expresamente si estas instrucciones vinculan más allá de los propios entes, sólo afirma que tienen carácter «interno». Pero de una interpretación teleológica y sistemática de la previsión legal de las instrucciones puede derivarse un mandato general de autovinculación.

En primer lugar, como se ha señalado anteriormente, las entidades del sector público que no son Administraciones Públicas tienen la obligación de aprobar las instrucciones. El margen de discrecionalidad de que disponen para configurar sus propios procedimientos de adjudicación –conforme a las prescripciones de la LCSP– no puede agotarse para cada caso concreto. Esto significa:

- a) Que estas entidades no pueden otorgar contratos conforme a procedimientos creados *ad hoc*, aunque estos procedimientos respetasen los principios de la LCSP y el mandato de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. De hecho, mientras no se aprueben las instrucciones, rigen las reglas contenidas en el art. 174 de la LCSP para los contratos armonizados de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública (D.T. 6.^a de la LCSP).
- b) Que deben aprobarse instrucciones donde se prevean procedimientos concretos de contratación. No basta, por tanto, con que se desarrollen los mandatos de la LCSP sin llegar a establecer un nivel de regulación suficiente como para considerar que existe una estructura procedimental básica que ordena la adjudicación de los contratos de la entidad.

De los arts. 175 y 176 de la LCSP se desprende, por tanto, un verdadero mandato de reducción de la propia discrecionalidad para ordenar los procedimientos de contratación que va ligado a un mandato de autovinculación. La discrecionalidad para contratar se cierra mediante la previsión de procedimientos generales de contratación. De este modo se evitan conductas arbitrarias que puedan llevar a crear procedimientos específicos para favorecer a determinadas empresas en casos concretos. En el caso de los entes jurídico-públicos se estaría ante una manifestación del *principio de inderogabilidad de las disposiciones generales* (art. 52.2 de la LRJPAC), que constituye una manifestación del princi-

pio de legalidad ¹²⁸. De modo que mediante un acto particular no puede vulnerarse una disposición general, como las contenidas en las instrucciones. En el caso de los entes jurídico-privados podría entenderse aplicable la *teoría de los actos propios* (*venire contra factum proprium non valet*), conforme a la cual no es posible establecer una ordenación general de la adjudicación de los contratos a la que se da publicidad y después, crear procedimientos *ad hoc* para contratos concretos, en virtud de un mandato general de coherencia y del principio de buena fe ¹²⁹. Conforme a estas construcciones podría llegarse a la conclusión, por tanto, de que una vulneración de las instrucciones en procedimientos concretos de adjudicación puede ser objeto de tutela ante los tribunales. Ahora bien, esto sólo sería aplicable al contenido de las instrucciones que se corresponde con los mandatos de la LCSP, a las disposiciones que se establezcan con carácter potestativo por los entes del sector público que no se ligen a la realización de los mandatos legales habrá que aplicarles otras hipótesis de vinculatoriedad.

2.1.3. Repetición de normas imperativas.

Se ha visto que las instrucciones internas tienen como objetivo el desarrollo de procedimientos de contratación conforme a la LCSP. Sin embargo, es habitual que en las instrucciones los entes adjudicadores incluyan prescripciones contenidas en la LCSP aplicables a los contratos. De este modo, se pretende dar una visión global al licitador del régimen aplicable a los contratos de la entidad. En esos casos, sin duda, esas disposiciones de las instrucciones tienen carácter normativo, pero no por incluirse en las instrucciones, sino por formar parte del contenido de la Ley.

Además, es posible imaginar otro supuesto en el que las instrucciones internas podrían tener eficacia normativa. Por ejemplo, si mediante una Ordenanza se estableciese el contenido de las instrucciones para las sociedades mercantiles de un municipio, las instrucciones que se aprobasen tendrían carácter reglamentario. El legislador obliga a que los entes del sector público que no son Administraciones Públicas aprueben instrucciones internas, pero nada impide que en el seno de las organizaciones se decida determinar su contenido con carácter general para evitar una fragmentación excesiva del régimen de adjudicación de los contratos ¹³⁰. En esos casos, las instrucciones vincularían en la medida en que reproducen el contenido de normas imperativas.

2.1.4. Realización de los mandatos legales.

Otro supuesto posible de reconocimiento de valor normativo a las instrucciones internas se liga a la realización de los mandatos legales. Las instrucciones internas de contratación deben garan-

¹²⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, núm. 27, 1958, pp. 63-86, p. 76.

¹²⁹ Sobre la teoría de los actos propios, Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963, pp. 122-124. También, José PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, 1951, p. 102.

¹³⁰ Francisco VELASCO CABALLERO, «Desarrollo normativo local para la Ley de Contratos del Sector Público», *Boletín electrónico del IDL-UAM*, núm. 22, marzo de 2008 (www.idluam.es).

tizar mediante procedimientos concretos los principios consagrados en la LCSP y la adjudicación final a la oferta económicamente más ventajosa. Esto significa que, en la medida en que una disposición establecida en las instrucciones sea necesaria para satisfacer estas exigencias legales, tiene eficacia vinculante indirecta, al servir de canal de aplicación del principio legalmente garantizado. No se trataría, así, de una eficacia directa de las instrucciones, sino de una eficacia indirecta, en la que las instrucciones se convierten en el canal de aplicación de los mandatos legales ¹³¹.

Esta construcción no es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico. Puede encontrarse un paralelismo evidente con otras construcciones. Un ejemplo es la jurisprudencia constitucional emanada para enjuiciar los actos parlamentarios *interna corporis*. Como regla general, estos actos son irrevisables, para garantizar la autonomía en el funcionamiento de los órganos parlamentarios. Sin embargo, afirma el Tribunal, que en la medida en que se produzca una posible lesión de derechos fundamentales, como el derecho fundamental al ejercicio de los cargos públicos (art. 23 de la CE), el Tribunal Constitucional puede revisar los actos ¹³². En la misma línea, la doctrina defiende que cuando un precepto de un reglamento parlamentario sea el canal de realización de derechos fundamentales o principios constitucionales, puede emplearse como canon de constitucionalidad de la norma resultante ¹³³.

Pues bien, este razonamiento podría trasladarse al caso de las instrucciones internas. Si se aceptase que tienen un valor meramente interno, y que su naturaleza jurídica les impide vincular frente a terceros, no podrían servir como canon de control de los procedimientos de adjudicación de contratos que se lleven a cabo tras su aprobación. Pero en los supuestos concretos en que de un análisis sustantivo se dedujese que las disposiciones procedimentales concretas de las instrucciones son expresión directa de los mandatos consagrados en la LCSP y el canal necesario para su garantía, entonces sí deben respetarse por la entidad contratante y su cumplimiento puede hacerse valer por los licitadores ante los tribunales.

¹³¹ Esta eficacia indirecta sería similar a la de los precedentes administrativos, que no tienen carácter normativo en sí mismos, pero sí pueden producir efectos jurídicos al servir de vía de aplicación de los principios de igualdad y de protección de la confianza legítima. En este sentido, véase: Silvia Díez Sastre, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008, en especial: pp. 173-175.

¹³² En este sentido la STC 161/88, de 20 de septiembre (Sala Primera; ponente: D. Eugenio Díaz Eimil) se refiere a un recurso de amparo interpuesto con ocasión de un «acto parlamentario *interna corporis*», en concreto, un acto de la Mesa de las Cortes de Castilla-La Mancha que inadmitió la solicitud de los diputados demandantes en amparo de acceder a la información sobre las ayudas y subvenciones de la Administración autonómica en materia agraria. El Tribunal considera que el acceso a la información en ese caso afectaba al ejercicio del derecho fundamental del art. 23.2 de la CE y, en consecuencia, otorga el amparo solicitado. Aplica, así, la doctrina desarrollada en la STC 118/1988, de 20 de junio (Sala Primera; ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer) sobre los actos parlamentarios internos: en principio, son irrevisables, pero sí son revisables por la jurisdicción constitucional cuando se les imputa la vulneración de derechos fundamentales y libertades políticas reconocidos en la Constitución.

¹³³ Al respecto, en la doctrina, Paloma Biglino Campos, *Los vicios del procedimiento legislativo*, CEPC, Madrid, 1991, p. 159; Luis Medina Alcoz, *La participación de los entes locales en la elaboración de normas autonómicas y estatales*, INAP, Madrid, 2009, p.; y Ángela Figueruelo Burrieza, «La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo», *Revista de estudios políticos*, núm. 81, 1993, pp. 47-72, pp. 54-65.

2.2. Eficacia contractual.

Hasta ahora se ha visto cómo el contenido de las instrucciones previsto legalmente: la regulación de procedimientos de contratación, puede llegar a tener eficacia frente a los posibles licitadores, de modo que su vulneración podría invocarse ante los tribunales. Sin embargo, las instrucciones internas pueden incluir otras disposiciones, como, por ejemplo, las cláusulas que deben incluirse en el contrato en torno a su ejecución y extinción. En esos casos no es posible aplicar las construcciones referidas a la existencia de un mandato de autovinculación, a la reproducción de mandatos legales o a la realización de las prescripciones de la LCSP. Ahora bien, más allá de las hipótesis que se explican a continuación, es evidente que estas cláusulas tendrán eficacia contractual en la medida en que se adopten efectivamente en los contratos.

2.3. Eficacia indirecta a través de los principios generales del Derecho.

Junto a las hipótesis analizadas hay que hacer referencia a la posibilidad de que las instrucciones vinculen en virtud de determinados principios generales del Derecho: en concreto, el principio de igualdad y el principio de buena fe o de protección de la confianza, tal y como sucede en el caso de las *Verdingungsordnungen* del Derecho alemán. Se parte, por tanto, en estos casos, de la inexistencia de eficacia normativa de las instrucciones.

Estos supuestos se engloban en Alemania bajo la aplicación de un principio de autovinculación de la Administración (*Selbstbindung der Verwaltung*)¹³⁴. A pesar de su denominación, esta teoría no consiste en reconocer eficacia vinculante a actuaciones que dudosamente pueden alcanzarla –como disposiciones internas o precedentes de la Administración–, sino en descubrir cómo la aplicación de determinados principios generales del Derecho puede llevar a reconocer la existencia de efectos jurídicos en estos casos.

2.3.1. Principio de igualdad.

El principio de igualdad constituye uno de los fundamentos clásicos de la autovinculación de la Administración. Aunque no se encuentre vinculada a sus propios actos –como promesas no vinculantes o actos precedentes–, debe mantener una coherencia mínima exigida por el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 de la CE). Esta construcción podría aplicarse

¹³⁴ Algunas obras fundamentales sobre esta materia son: Horst LANZ, «Selbstbindung der Verwaltung bei Ermessensausübung», *NJW*, núm. 13, 1960, pp. 1.797-1.798; Hans-Joachim MERTENS, *Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes*, Hansischer Gildensverlag, Hamburg, 1963; Maximilian WALLERATH, *Die Selbstbindung der Verwaltung. Freiheit und Gebundenheit durch den Gleichheitssatz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968; Christian DICKE, «Der allgemeine Gleichheitssatz und die Selbstbindung der Verwaltung», *VerwArch*, núm. 59, 1968, pp. 293-310; Joachim BURMEISTER, «Selbstbindungen der Verwaltung», *DÖV*, (34) 1981, pp. 503-512; Jost PIETZCKER, «Selbstbindungen der Verwaltung», *NJW*, núm. 39, 1981, pp. 2087-2093; y Theodor MAUNZ, «Selbstbindungen der Verwaltung», *DÖV*, núm. 34, 1981, pp. 497-503.

al ámbito de las instrucciones. Aunque las instrucciones no tengan naturaleza vinculante, el ente adjudicador no puede aplicarlas en unos casos sí y otros no de forma arbitraria. Sin duda, en estos supuestos se está ante una eficacia vinculante débil, de segundo orden, puesto que el derecho fundamental a la igualdad no impide las desigualdades de forma absoluta, sólo aquellas que no están justificadas de forma razonable y suficiente. De modo que, en principio, sería conforme a las exigencias del mandato de igualdad que el ente adjudicador justificase en razones objetivas el apartamiento de las instrucciones para algún caso concreto. Una vinculación más estricta debería apoyarse, por tanto, en otros fundamentos.

En relación con esta posibilidad habría que aclarar, no obstante, una premisa de partida, la vinculación al derecho fundamental a la igualdad de todos los entes del sector público que están obligados a aprobar instrucciones internas. En principio, hay que entender que todos los poderes adjudicadores están sometidos al respeto a los derechos fundamentales en su actuación. Surgen dudas, sin embargo, con respecto al resto de los entes del sector público. Pero hay que tener en cuenta que la LCSP obliga a respetar el principio de igualdad en la configuración de los procedimientos de contratación de todos estos entes. Y no parece irrazonable extender la aplicación de este principio a las posibles diferencias entre los procedimientos de contratación, que pueden beneficiar más a unas empresas que a otras.

2.3.2. Principio de buena fe o de protección de la confianza.

Junto al principio de igualdad, hay que contar con la posibilidad de reconducir la eficacia externa de las instrucciones al principio de buena fe o de protección de la confianza. El principio de buena fe rige con carácter general en todas las relaciones jurídico-privadas –así que sería aplicable a las relaciones entabladas con entes jurídico-privados–; y tanto el principio de buena fe como el de confianza legítima están consagrados en el art. 3.º 1 *in fine* de la LRJPAC por lo que sería aplicable a los entes del sector público incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma¹³⁵. La aplicación del principio de buena fe parte del reconocimiento del carácter no vinculante de las instrucciones. Podría funcionar como sigue: la publicación obligatoria de las instrucciones puede crear en los licitadores la confianza de que se seguirán las reglas de adjudicación contenidas en ellas. Del mismo modo que pueden suscitarse confianzas en el cumplimiento de las instrucciones si el ente adjudicador expresa su voluntad de someterse a ellas. Cuando después el ente adjudicador no cumple con esas expectativas, vulnera la confianza del licitador en que se actuaría conforme a las instrucciones. Con ocasión de la confianza suscitada el licitador pudo realizar gastos o desechar otras oportunidades de negocio en la creencia de que, conforme a las reglas de las instrucciones, se podría obtener efectivamente el

¹³⁵ Aunque el art. 3.º 1 *in fine* de la LRJPAC parece distinguir ambos principios, lo cierto es que su ámbito de aplicación y las consecuencias derivadas de su aplicación son prácticamente idénticas. Únicamente cabría reconocer una especialidad del principio de protección de la confianza: Su capacidad para activar una protección *contra legem* para proteger la confianza de los particulares en casos extraordinarios. En este sentido, sobre el origen del principio de protección de la confianza en Alemania (*Vertrauensschutz*): Fritz OSSENBÜHL, «Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat», *DÖV*, 1972, pp. 25-36, p. 26. Sobre sus consecuencias en Derecho español: Silvia Díez Sastre, *El precedente...*, cit., pp. 393-413. Una defensa de la identidad entre principio de buena fe y principio de confianza legítima en Luis Medina Alcoz, «Confianza legítima y responsabilidad patrimonial», *REDA*, núm. 130, 2006, pp. 275-326, p. 287.

contrato. El principio de buena fe llevaría en estos casos a la obligación del ente adjudicador de indemnizar por los daños patrimoniales sufridos.

No obstante, en los casos de contratación pública hay que tener en cuenta que la relación de confianza existente entre el licitador y el ente adjudicador puede iniciarse en momentos distintos en función del tipo de procedimiento de adjudicación ¹³⁶:

- a) Si se trata de un procedimiento abierto, la relación de confianza comienza cuando se presenta una oferta por el licitador; o incluso cuando el licitador se informa de las condiciones del contrato –de este modo se podría incluir el caso en que un empresario interesado no toma parte en la licitación debido a la existencia de una vulneración de las reglas de adjudicación– ¹³⁷.
- b) Si el procedimiento es restringido, la relación de confianza comenzaría en el momento en que el licitador solicita participar tras la invitación de la parte contratante.
- c) Si el procedimiento es negociado o cerrado, sin publicidad, comenzaría cuando se ofrece la posibilidad de participar en la negociación ¹³⁸.

V. RECAPITULACIÓN

El Derecho de la contratación pública constituye en la actualidad uno de los sectores más importantes de transformación del Derecho Administrativo. El proceso de europeización de esta rama del ordenamiento supone la introducción de nuevas reglas armonizadas en toda la UE y, al mismo tiempo, conduce a los legisladores nacionales al replanteamiento de sus normas de adjudicación tradicionales en el marco de los principios derivados de las libertades del Mercado Interior. En este trabajo se han analizado dos modelos de regulación de la contratación por debajo «del umbral europeo» en este contexto: el alemán y el español.

En ambos casos se observan distintas opciones nacionales en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de adjudicación. Mientras que en España se amplía su aplicación a todos los entes del sector público, extendiendo, incluso, el concepto funcional de poder adjudicador europeo; en Alemania se restringe la aplicación de las normas nacionales de adjudicación por debajo de los umbrales europeos a los clásicos poderes adjudicadores vinculados directamente a la organización estatal. Esta situación es llamativa desde el punto de vista del Derecho europeo, ya que sólo en aque-

¹³⁶ Así, para el Derecho civil se afirma que los tratos preliminares que deben estar gobernados por el principio de buena fe comienzan cuando las partes entran en contacto. Al respecto, María MEDINA ALCOZ, «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 2005, pp. 79-105, p. 80.

¹³⁷ Así, para el Derecho alemán, Wolfram IRMER, *Sekundärrechtsschutz und...*, cit., p. 145.

¹³⁸ *Idem*.

llos casos en que se apliquen las normas nacionales se proyectarán los principios europeos de competencia, publicidad, igualdad, no discriminación y transparencia, fundamentalmente. El legislador nacional puede decidir, por tanto, hasta dónde llegan las limitaciones de contratación dentro de su organización más allá de las Directivas.

Por otro lado, con respecto a la regulación sustantiva de los procedimientos de adjudicación, se ha comprobado como en España y Alemania se opta por instrumentos de dudosa eficacia vinculante frente a terceros. Tanto en el caso de las VO, como de las instrucciones internas, es necesario realizar un esfuerzo interpretativo para determinar los supuestos en que los licitadores pueden invocar sus disposiciones para proteger sus intereses. En ambos ordenamientos jurídicos es posible aplicar los principios de igualdad y de protección de la confianza, aunque la vinculación que deriva de estas construcciones es débil. En el caso español, sin embargo, quizá exista una posibilidad de vinculación «fuerte» al considerar que numerosos preceptos de las instrucciones constituyen, en realidad, la vía de realización necesaria de los principios consagrados por los arts. 175 y 176 de la LCSP (publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación).

Este trabajo constituye, así, un primer intento de aproximación a este vidrioso problema que ha planteado el nuevo legislador de contratos, planteando diversas hipótesis de vinculatoriedad de las instrucciones internas. No obstante, a partir de estas reflexiones sobre las posibles vías de reconocimiento de eficacia externa a las instrucciones de la LCSP es necesario seguir reconstruyendo el régimen jurídico de la contratación pública más allá de las Directivas comunitarias: cuál es el régimen de invalidez de los contratos privados; cómo se ve afectada la validez de un contrato si se han vulnerado las instrucciones internas; cuáles son las vías procesales concretas de tutela de que disponen los licitadores y si mediante estas vías pueden obtener una tutela primaria, similar a la configurada para los contratos armonizados, o una mera tutela secundaria, y con qué alcance. Todas estas preguntas exceden los objetivos de este estudio. Pero, sin duda, deberán ser un importante objeto de estudio en un futuro cercano.

VI. BIBLIOGRAFÍA *

AYMERICH CANO, Carlos I., «Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares», en Francisco Sosa Wagner (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Doctor Don Ramón Martín Mateo*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1.791-1.810.

BAÑO LEÓN, José María, «El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional», en Rafael Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2004, pp. 329-363.

* No se incluyen las obras a las que se hace referencia simplemente para ampliar la información señalada en el texto principal.

- BERMEJO VERA, José, «Instrucciones de procedimiento para la contratación», en José Bermejo Vera (dir.) y Miguel Ángel Bernal Blay (coord.), *Diccionario de contratación pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 372-377.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma, *Los vicios del procedimiento legislativo*, CEPC, Madrid, 1991.
- BRAUN, Christian, «Zivilrechtlicher Rechtsschutz bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte», *NZBauRu.VgR*, núm. 3, 2008, pp. 160-162.
- BURGI, Martin, «Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht», *NZVw*, núm. 7, 2007, pp. 737-742.
- DE MIGUEL PAJUELO, Francisco, «Controles administrativos», en Jesús R. Mercader Uguina (coord.), *Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 93-126.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia, «La nueva LCSP. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007, pp. 335-366.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis, *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963.
- DÍEZ SASTRE, Silvia, *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- DÖRR, Oliver, «Das europäisierte Vergaberecht in Deutschland», *JZ*, núm. 14, 2004, pp. 703-713.
- «Verfassungsrechtliche Grundlagen des Vergaberechtsschutzes», *WiVerw*, núm. 4, 2007, pp. 211-220.
- FERRÁN DILLA, Jorge, «La normativa de contratos del sector público y la contratación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales», en Jesús R. Mercader Uguina (coord.), *Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 159-198.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, «La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo», *Revista de estudios políticos*, núm. 81, 1993, pp. 47-72.
- FRENZ, Walter, «Grundrechte und Vergaberecht», *EuZWR*, núm. 24, 2006, pp. 748-752.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos», *RAP*, núm. 27, 1958, pp. 63-86.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, «Consideraciones sobre la contratación local. Especial referencia a los pliegos de cláusulas administrativas generales y a las Juntas de Contratación», en Jerónimo Arozamena Sierra, *El Derecho Local en la Doctrina del Consejo de Estado*, Consejo de Estado, BOE, Madrid, 2002, pp. 293-321.
- GIMENO FELIU, José María, *Las novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007*, Seminario Práctico de Derecho Local. Primera Sesión: «Aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público por Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales», 21 de noviembre de 2008, 171 pp.
- HEUVELS, Klaus, «EG-Kommission will Lücken im europaweiten Primärrechtsschutz für Bieter schließen», *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, núm. 7, 2006, pp. 416-421.
- IRMER, Wolfram, *Sekundärrechtsschutz und Schadenersatz im Vergaberecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004.
- «Schutz vor den Verwaltungsgerichten bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte – Eine unendliche Geschichte oder nur ein kurzer Spuk? – Zugleich Besprechung der Entscheidungen des OVG Bautzen von 13.

- April 2006 – 2E 270/05 [1] -, des VG Karlsruhe von 14. April 2006 – 8K 1437/06 [2] und des OVG Lüneburg von 14. Juli 2006 – 7OB 105/06 [3]», *Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht*, núm. 3, 2007, pp. 233-244.
- KNAUF, Matthias, y STREIT, Thomas, «Die Reform des EU-Vergaberechtsschutzes. Überblick unter Berücksichtigung des Entwurfs des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes», *EuZWR*, núm. 2, 2009, pp. 37-40.
- KNÖBL, Jan, *Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- KROHN, Wolfram, «Ende des Rechtswegwarrwarrs: Kein Verwaltungsrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte», *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, núm. 8, 2009, pp. 493-496.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *La ordenación legal de las fundaciones*, La Ley, Madrid, 2006.
- MAURER, Harmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17.^a ed., C.H. Beck, München, 2009.
- MEDINA ALCOZ, Luis, «Confianza legítima y responsabilidad patrimonial», *REDA*, núm. 130, 2006, pp. 275-326.
- *La participación de los entes locales en la elaboración de normas autonómicas y estatales*, INAP, Madrid, 2009.
- MEDINA ALCOZ, María, «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio, 2005, pp. 79-105.
- MEILÁN GIL, José Luis, *La estructura de los contratos públicos*, 1.^a ed., Iustel, Madrid, 2008.
- MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo, «Lección 10. Las fundaciones y sociedades públicas», en Tomás Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo II. La organización de las Administraciones Públicas, Iustel, Madrid, 2009, pp. 275-318.
- MORENO REBATO, Mar, «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico», *RAP*, núm. 47, 1998, pp. 159-200.
- OSSENBÜHL, Fritz, «Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat», *DÖV*, 1972, pp. 25-36.
- PEÑA OCHOA, Alfonso, «La contratación administrativa de los entes que no tienen la consideración de Administración Pública», en Jesús Colás Tenas y Manuel Medina Guerrero (coords.), *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local e Institución Fernando el Católico, Barcelona, 2009, pp. 119-136.
- PÉREZ GÓMEZ, José María, «Artículo 175» y «Artículo 176», en Luciano Parejo Alfonso y Alberto Palomar Olmeda (dirs.), J. Vázquez Garranzo (coord.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Tomo III, Arts. 153-265, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 1.641-1.655 y pp. 1.656-1.667.
- PUIG BRUTAU, José, *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, 1951.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 3.^a edición, Tecnos, Madrid, 2007.
- *Derecho Administrativo. Parte General*, 4.^a edición, Tecnos, Madrid, 2008.

- SCHNEIDER, Tobias, *Primärrechtsschutz nach Zuschlagserteilung bei einer Vergabe öffentlicher Aufträge (Der oberhalb der Schwellenwerte bestehende vergaberechtliche Primärrechtsschutz des nichtberücksichtigten Bieters nach Zuschlagserteilung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.
- SCHOCH, Friedrich, «§ 50 Gerichtliche Verwaltungskontrolle», en Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann y Andreas Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Tomo III, C.H. Beck, München, 2009, pp. 687-941.
- SIEGEL, Thorsten, «Effektiver Rechtsschutz und der Vorrang des Primärrechtsschutzes», *DÖV*, núm. 6, 2007, pp. 237-243.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, «Desarrollo normativo local para la Ley de Contratos del Sector Público», *Boletín electrónico del IDL-UAM*, núm. 22, marzo de 2008 (www.idluam.es).
- WIDMANN, Simon Philipp, *Vergaberechtsschutz im Unterschwellenbereich. Rechtsschutzmöglichkeiten unterlegener Bieter im öffentlichen Vergaberecht außerhalb des Geltungsbereichs des vierten Teiles des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*, Nomos, Baden-Baden, 2008.