

Informe sobre Derecho de la Unión Europea

Sergio Salinas Alcega
Enrique Jesús Martínez Pérez

El Informe sobre la actividad de la Unión Europea en ámbitos de interés para los entes locales de este año 2022 se compone de los dos apartados tradicionales de legislación y jurisprudencia. Para el primero de ellos se han seleccionado sendos Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo relativos a la revisión de actos de las Instituciones y organismos de la Unión en materia de medio ambiente en el marco del Convenio de Aarhus y a la creación de un marco jurídico en materia de reutilización de los datos que obren en poder de organismos del sector público.

El apartado de jurisprudencia comprende, ordenadas cronológicamente, hasta ocho sentencias y autos de ambos Tribunales de la Unión en diversas materias, con un peso especial del ámbito de la contratación pública. En relación con este se incluyen en el Informe los pronunciamientos números 3, 4, 5 y 7, en los que respectivamente el Tribunal de Justicia analiza cuestiones como: la inclusión en un anuncio de licitación de requisitos que deben cumplir los licitadores que exceden del nivel de exigencia establecido en la legislación nacional; la imposición de obligaciones a una empresa representante de una agrupación de operadores económicos que se presenta a un procedimiento de adjudicación de un contrato público; la adquisición de una empresa que ejecuta un contrato público por otra, durante la vigencia de ese contrato, y la posibilidad de que un órgano de contratación contacte con un único operador económico en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa tras cerrarse el procedimiento anterior sin que se presentase ninguna oferta adecuada.

Fuera del ámbito de la contratación pública se incluyen en el Informe cuatro sentencias, si bien dos de ellas se integran en el mismo apartado al estar directamente relacionadas. Estos dos pronunciamientos se insertan en el número 1 y se refieren a los Autos del Tribunal General y del Tribunal de Justicia, en respuesta al recurso de casación presentado al Auto anterior, en los que se desestima la pretensión de la Plataforma de Trabajador@s Temporales del Ayuntamiento de Zaragoza de que se declare la omisión de la Comisión por no incoar procedimiento de incumplimiento contra España. Las otras dos sentencias, incluidas en los apartados 2 y 6 se refieren, respectivamente, a la posible inclusión de una Ordenanza comarcal en el concepto *plan o programa* en el sentido de la Directiva 2001/42/CE y a la consideración de la prolongación del periodo de depósito de un vertedero como modificación sustancial a los efectos Directiva 2010/75/UE, con la consiguiente obligación de obtener nuevo permiso para proceder a dicha prolongación.

I. LEGISLACIÓN

I. ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE

El Reglamento (UE) 2021/1767 del Parlamento Europeo y del Consejo, aplicable a partir del 29 de abril de 2023, modifica el Reglamento (CE) n.º 1367/2006 relativo a la aplicación del Convenio de Aarhus a las Instituciones y organismos comunitarios, reforzando el acceso a la justicia en relación con el medio ambiente a través de mecanismos judiciales acordes tanto al citado Convenio como a las recomendaciones de su Comité de Cumplimiento.

Con ese objetivo, la posibilidad de revisión actos de esas Instituciones y órganos se amplía a los de carácter no legislativo de alcance general que vulneren normas de Derecho del medio ambiente, así como a los adoptados en el marco de otras políticas de la Unión distintas de la medioambiental. En otro orden de cosas se apunta la posibilidad, conforme a la jurisprudencia comunitaria, de que todo acto que produzca efectos jurídicos pueda ser objeto de revisión, con independencia de su forma. Por otra parte, se modifican los plazos tanto para solicitar una revisión administrativa como para que las Instituciones y organismos de la Unión respondan a dicha solicitud.

En relación con las solicitudes de revisión de esos actos el Reglamento, también conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, establece la obligación de los solicitantes de indicar los motivos de su solicitud, los elementos de hecho y los argumentos de Derecho esenciales que susciten dudas razonables. A eso se añade la necesidad de que los solicitantes demuestren una afectación directa de

sus derechos en comparación con el público en general; la existencia de un interés público en la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas, la utilización prudente y racional de los recursos naturales o la lucha contra el cambio climático; además de que la solicitud esté respaldada por un número suficiente de personas físicas o jurídicas de toda la Unión, recogiendo sus firmas física o digitalmente. Y, en relación con la actuación de los solicitantes, el Reglamento apunta la necesaria representación de los miembros del público por una ONG o por un abogado habilitado para ejercer ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro.

Por último, con el fin de mejorar la transparencia y la tramitación eficaz de las solicitudes, se indica que las Instituciones y órganos de la Unión han de establecer sistemas en línea para la recepción de las solicitudes de revisión interna de sus actos.

2. REUTILIZACIÓN DE DATOS EN PODER DE ORGANISMOS DEL SECTOR PÚBLICO

El Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo, aplicable desde el 24 de septiembre de 2023, modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 con el objetivo de avanzar en la creación de un *espacio común europeo de datos*, permitiendo a cada Estado miembro decidir si proporciona acceso a los datos que obren en poder de organismos del sector público para su reutilización. Este Reglamento pretende establecer un marco jurídico para esa reutilización, comenzando por la determinación de las condiciones de la misma, que debe ser no discriminatoria, transparente, proporcionada, justificada y que los datos se pongan a disposición del público.

El Reglamento excluye su aplicación a los datos en poder de empresas públicas, de organismos públicos de radiodifusión y sus filiales, así como de otros organismos o sus filiales para el cumplimiento de una misión de servicio público de radiodifusión. E igualmente quedan fuera de ese régimen los datos en poder de centros culturales y de enseñanza y de organismos del sector público que estén protegidos por motivos de seguridad pública, defensa o seguridad nacional. Por último, se prohíben acuerdos de reutilización que concedan derechos exclusivos o que puedan restringir la disponibilidad de los datos para su utilización por otros, salvo que así lo exija la prestación de un servicio o el suministro de un producto de interés general que, de otro modo, no sería posible.

Por otra parte, para garantizar la localización de los datos los Estados miembros deben asegurarse de que la información sobre condiciones y costes de reutilización es de fácil acceso mediante un punto de información único, con medios automatizados para las consultas o solicitudes de reutilización y garantizándose una supervisión humana suficiente en el proceso de transmisión.

Por lo que respecta a la provisión del servicio de intermediación de datos, el Reglamento indica que todo proveedor que tenga intención de prestarlo deberá presentar una notificación a la autoridad competente. Y respecto de esta se advierte que cada Estado miembro designará a una o varias autoridades competentes para desempeñar las funciones relacionadas con este procedimiento de notificación. Además, la prestación de esos servicios estará sujeta a ciertas condiciones, como no poder utilizar los datos en relación con los que presten sus servicios para fines diferentes de su puesta a disposición de los usuarios de datos. En ese mismo sentido se apunta que las entidades que desean ofrecer esos servicios deben cumplir requisitos estrictos para garantizar la neutralidad y evitar conflictos de intereses, disponer de una estructura separada de cualquier otro servicio prestado con valor añadido, y registrarse ante una autoridad competente.

El Reglamento prevé además la cesión altruista de datos cuando las personas y las empresas den su consentimiento o permiso para que se puedan utilizar los datos que generan en el interés público, de forma voluntaria y sin obtener ninguna contraprestación. A este respecto se apunta que cada autoridad competente llevará y actualizará periódicamente un registro público nacional de organizaciones reconocidas de gestión de datos con fines altruistas. Y todavía en este plano se señala que los Estados miembros podrán elaborar políticas nacionales en materia de cesión altruista de datos, para, entre otros fines, establecer la información necesaria que deba facilitarse a los interesados en relación con la reutilización de sus datos con fines de interés general y ayudarlos a la hora de ceder voluntariamente datos personales que les conciernan y que obren en poder de organismos del sector público.

En otro orden de cosas, el Reglamento incluye medidas técnicas y jurídicas para impedir la transferencia internacional de datos no personales que se hallen en la Unión e impone a los Estados miembros la obligación de establecer un régimen de sanciones aplicables a cualquier infracción de las obligaciones relativas a las transferencias de datos no personales a terceros países, la obligación de notificación que incumbe a los proveedores de servicios de intermediación de datos, las condiciones para prestar servicios de intermediación de datos y las condiciones para la inscripción en el registro como organización reconocida de gestión de datos con fines altruistas.

II. JURISPRUDENCIA

1. CONSTATACIÓN DE INCUMPLIMIENTO POR LA COMISIÓN POR NO PLANTEAR RECURSO DE OMISIÓN

El Tribunal General, mediante Auto de 27 de enero de 2022 (as. T-736/21), estima manifiestamente inadmisibile la pretensión de la Plataforma de Trabajador@s Temporales del Ayuntamiento de Zaragoza (PTTAZ) de que se declare que la Comisión incurrió en una omisión al no incoar procedimiento de incumplimiento, conforme al art. 258 TFUE, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones conforme al art. 17 TUE en relación con ciertas prácticas en España en materia de política social, sobre las que la demandante llamó la atención de esa Institución.

El Tribunal General recuerda que, según jurisprudencia reiterada, las personas físicas o jurídicas solo pueden acogerse al citado recurso de omisión, conforme al art. 265.3 TFUE, en caso de que la abstención de la Institución u órgano de la Unión se refiera a la adopción de actos distintos de recomendaciones o dictámenes, cuya legalidad podrían impugnar por medio del recurso de anulación. En ese sentido, apunta el Tribunal que los únicos actos que la Comisión puede verse obligada a adoptar en el marco de este recurso, conforme al art. 258 TFUE, se dirigen a los Estados miembros y que ni el dictamen motivado —fase previa a la eventual imposición de un recurso por incumplimiento—, ni la interposición de dicho recurso, pueden constituir actos que afecten directamente a las personas físicas o jurídicas, de modo que los particulares no pueden impugnar una abstención de la Comisión de incoar un procedimiento de declaración de incumplimiento contra un Estado miembro.

El posterior recurso de casación planteado por la Plataforma demandante es resuelto por el Tribunal de Justicia mediante Auto de 6 de septiembre de 2022 (as. C-195/22P), en el que de nuevo concluye su inadmisibilidad manifiesta desestimando los 3 motivos invocados por aquella. El primero de esos motivos se refiere a la desnaturalización de la demanda por el Tribunal General, ya que la misma no pretendía cuestionar la abstención de la Comisión de interponer recurso de incumplimiento sino su inacción en relación con una práctica abusiva existente en un Estado miembro, lo que en opinión de la demandante vulnera el art. 17 TUE. Para el Juez de Luxemburgo, el objeto de la demanda en primera instancia era efectivamente declarar la omisión de la Comisión respecto de sus obligaciones conforme al art. 17 TUE, en relación con las prácticas de las autoridades españolas sobre las que la demandante había llamado su atención. Sin embargo, el único modo del que disponía la Comisión para remediar esa supuesta violación era in-

coando procedimiento de incumplimiento contra España, por lo que se estima que el Tribunal General no incurrió en desnaturalización al constatar que, en último término, la demanda planteaba que la Comisión había incurrido en omisión al no haber incoado dicho procedimiento contra España. A ello añade el Tribunal de Justicia que las medidas solicitadas por la demandante a la Comisión no entran en las categorías de actos respecto de los cuales la abstención de pronunciarse es susceptible de recurso de omisión conforme al art. 265 TFUE —actos que surtan efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante o actos preparatorios que constituyan la fase previa necesaria para el desarrollo de procedimientos que vayan a desembocar en actos que surtan dichos efectos—. En ese sentido recuerda el Juez europeo que el procedimiento que hubiera podido incoar la Comisión solo habría podido desembocar en actos con efectos jurídicos frente al Estado y no respecto de la demandante.

En cuanto al segundo motivo, referido a la violación del derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, el Tribunal concluye que, dado que las irregularidades que hubieran conducido a esa violación guardan relación con la declaración de inadmisibilidad manifiesta del primer recurso por el Tribunal General, este motivo se relaciona con el primero y las razones que condujeron a desestimar a aquél conducen también a hacer lo mismo con este.

El tercer motivo se refiere a la vulneración por el Tribunal General del art. 91.1 del Reglamento de Procedimiento, relativo a la obligatoriedad de las sentencias, al contradecir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre prácticas existentes en España en el ámbito de que se trata. El Juez de Luxemburgo desestima este motivo al considerar, por una parte, que el recurso de la demandante ante el Tribunal General estaba condenado al fracaso, dado que las medidas que la Comisión hubiera podido adoptar no habrían podido desembocar en la adopción de actos con efectos jurídicos obligatorios frente a ella. Y, por otra parte, que el Tribunal no se pronunció sobre la conformidad con el Derecho de la Unión de determinadas prácticas existentes en España, por lo que no excluyó toda posibilidad de constatar una eventual omisión de la Comisión, con arreglo al art. 265 TFUE.

2. CONSIDERACIÓN COMO PLAN O PROGRAMA CONFORME A LA DIRECTIVA 2001/42 DE UNA ORDENANZA ADOPTADA POR UNA AUTORIDAD LOCAL

La sentencia de 22 de febrero de 2022, *Bund Naturschutz* (as. C-300/20) aborda el ámbito de aplicación del concepto *planes o programas* del art. 3.2.a) de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la evaluación ambiental de los efectos de esos planes o programas. En concreto el Tribunal analiza si una Ordenanza adoptada por una Comarca, que reducía el área ambientalmente protegida en relación Ordenanzas anteriores, debía considerarse como plan o

programa, lo que obligaba a su vez a llevar a cabo evaluación ambiental o, al menos, determinar si puede tener efectos ambientales significativos, conforme al art. 3.4 de la Directiva.

Con carácter previo al fondo el Tribunal desestima sendas objeciones planteadas por la Comarca y la Fiscalía. Respecto de la primera, referida a la consideración de la Ordenanza como plan o programa conforme al art. 2.a) de la Directiva, el Juez de Luxemburgo advierte de que se cumplen los dos requisitos necesarios para esa consideración: su adopción por una autoridad nacional, regional o local, en este caso local como es la Comarca, y la existencia de base jurídica en el ordenamiento interno para su adopción por las autoridades competentes, aunque no sea con carácter obligatorio. La segunda objeción se basa en que la naturaleza reglamentaria de la Ordenanza la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva, y en relación con la misma el Tribunal afirma que el grado de abstracción y el objetivo de transformar una zona ilustran la dimensión planificadora o programática de un acto nacional y no impiden su consideración como plan o programa.

En cuanto al fondo la sentencia recuerda el objetivo de la Directiva de promover el desarrollo sostenible mediante la garantía de evaluación ambiental para planes o programas, o modificaciones de los mismos, que puedan afectar significativamente al medio ambiente. En ese sentido, el art. 2.a) de la misma exige la evaluación sistemática de los planes o programas que se refieran o traten de los sectores allí mencionados y que establezcan el marco para la autorización futura de proyectos enumerados en los anexos I y II de la Directiva 2011/92. El primero de esos requisitos se cumple puesto que la Ordenanza contiene normas relativas a varios de los sectores referidos en ese artículo —agricultura, silvicultura, transporte, gestión de recursos hídricos y ordenación del territorio urbano y rural o utilización del suelo—. En cuanto al segundo requisito, señala el Tribunal que el término *proyecto*, conforme al art. 1.2 de la Directiva, corresponde a obras o intervenciones que modifiquen la realidad física del emplazamiento, sin incluir actividades que la Ordenanza supedita a autorización, como instalar furgonetas de venta; perseguir, capturar o matar animales silvestres; o hacer que despeguen o aterricen aeronaves... Sin embargo, añade la sentencia que la Ordenanza prohíbe toda actuación que altere el carácter del área protegida o sea contraria al objetivo de protección que se persigue, imponiendo autorización para actividades que pueden considerarse incluidas en varios de los proyectos enumerados en los anexos I y II de la Directiva 2011/92, como construir o alterar sustancialmente vías, caminos, espacios, masas de agua, sus riberas o sus lechos, ...

En ese mismo sentido el Tribunal estima que se entiende cumplido este requisito cuando el plan o programa incluya un conjunto significativo de criterios y condiciones para la autorización y la ejecución de uno o varios proyectos, en par-

ricular con respecto a la ubicación, características, dimensiones y condiciones de funcionamiento de esos proyectos o a la asignación de recursos vinculada a ellos. En este sentido, se señala que la Ordenanza no establece criterios o condiciones para esa autorización y ejecución de los proyectos, ni siquiera en aquellos respecto de los que se refiere a las dimensiones más allá de las cuales su ejecución requiere autorización previa. A ello se añade que la autorización se condiciona únicamente a que la medida no provoque ninguno de los efectos señalados en la Ordenanza o que estos puedan compensarse por medio de estipulaciones accesorias.

A la vista de todo ello concluye el Juez europeo que el artículo 3.2.a) de la Directiva 2001/42 no incluye en su ámbito de aplicación una medida nacional cuyo objeto es la protección de la naturaleza y el paisaje y que establece a estos efectos prohibiciones generales y obligaciones de autorización, pero sin incluir normas suficientemente detalladas sobre el contenido, la elaboración y la ejecución de proyectos enumerados en los anexos I y II de la Directiva 2011/92. Además, habida cuenta de todas esas consideraciones, el Tribunal responde también en sentido negativo a la cuestión planteada por el Juez nacional acerca de si entra en el ámbito del art. 3.4 de la Directiva una medida nacional de protección de la naturaleza y el paisaje que establece para ello prohibiciones generales y obligaciones de actuación, pero no incluye normas suficientemente detalladas sobre el contenido, la elaboración y la ejecución de proyectos.

3. INCLUSIÓN EN UN ANUNCIO DE LICITACIÓN DE EXIGENCIAS QUE EXCEDEN EL NIVEL DE LAS IMPUESTAS POR LA NORMATIVA NACIONAL

El Juez de Luxemburgo, en su sentencia de 31 de marzo de 2022, *LB* (as. C-195/21), resuelve una cuestión prejudicial relativa a posibles irregularidades en un procedimiento de contratación pública referido a obras cofinanciadas con cargo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y al Fondo de Cohesión. En concreto se planteaba la vulneración del Principio de libre competencia por incluir en el correspondiente anuncio de licitación determinados exigencias consideradas como más estrictas que las recogidas en el ordenamiento interno. Esas exigencias consistían en la obligación de que los licitadores estuvieran inscritos en un registro profesional conforme al ordenamiento interno y hubieran ejercido actividades con objeto idéntico o similar al del contrato durante los 5 años previos a la presentación de la oferta. Además, dadas las características del contrato, se exigía también incluir en la oferta a un director técnico de obras con cualificación profesional de *constructor* o *ingeniero civil*, o de una especialidad similar cuando la cualificación se hubiera obtenido en un Estado miembro en el que no existiera especialidad equivalente, añadiendo que ese director debía acreditar experiencia mínima de 3 años en su especialidad.

El Tribunal de Justicia comienza afirmando la aplicabilidad de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública ya que, aunque el contrato no alcanza el nivel mínimo establecido en ella, la legislación interna que la traspone se aplica a todo procedimiento de contratación pública con Fondos europeos, con independencia de su importe. En opinión del Juez de Luxemburgo esa circunstancia da lugar a que exista un interés de la Unión en una interpretación uniforme de la misma que hace procedente responder a la cuestión planteada por el Juez nacional.

Concluida la aplicabilidad de la Directiva se añade que, conforme a su art. 58.1, el Poder adjudicador solo puede imponer los requisitos incluidos en ese art. —habilitación para ejercer actividad profesional, solvencia económica y financiera y capacidad técnica y profesional— limitados a lo adecuado para garantizar la capacidad jurídica y financiera y la competencia técnica y profesional del licitador necesarias para ejecutar el contrato que se vaya a adjudicar. A ello se añade la necesidad de tratar en pie de igualdad a los operadores económicos y actuar de manera transparente y proporcionada, conforme al art. 18.1 de la Directiva, así como no plantear la contratación con el fin de excluirla de la aplicación de la Directiva o restringir artificialmente la competencia para favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

No obstante, el Tribunal recuerda que lo dicho hasta ahora no obsta que el Poder Adjudicador disponga de flexibilidad para determinar los requisitos que considere que garantizan la capacidad financiera y técnica y la competencia técnica y profesional del licitador. En consecuencia, no cabe impedir que dicho Poder Adjudicador imponga un requisito justificado por el objeto del contrato, proporcionado y que cumpla las demás condiciones apuntadas, por el solo hecho de que exceda del nivel de exigencia mínimo impuesto por la normativa nacional. En este caso se estima que el requisito exigido parece justificado al vincularse de manera indudable al objeto del contrato y no exceder del margen de apreciación del Poder Adjudicador, lo que se confirma por la presentación de 3 ofertas pese a que el valor del contrato no alcanzaba el 5% del umbral a partir del que es aplicable la Directiva.

A continuación, el Juez de Luxemburgo responde a la cuestión planteada por el Juez nacional en el sentido de que el art. 8.3 del Reglamento (CE, Euroatom) n.º 2988/95 del Consejo, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, en relación con el Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la gestión de Fondos Europeos, no se opone a que las autoridades nacionales que protegen los intereses financieros de la Unión valoren de manera diferente los mismos hechos en un procedimiento de adjudicación de un contrato público. Esa cuestión se refería a la divergencia de

conclusiones alcanzadas en la auditoría del Tribunal de Cuentas y en la realizada por la autoridad de gestión del Programa operativo *Medio ambiente 2014-2020*.

El Tribunal advierte de la obligación, establecida en dicho art. 8.3, de que las normativas sectoriales garanticen la equivalencia de los controles y estima no aplicables al caso los considerandos 43 y 122 de este Reglamento, relativos a la limitación del riesgo de solapamiento de auditorías de distintas instituciones a una misma operación. Esta conclusión resulta de que la auditoría del Tribunal de Cuentas examinaba la regularidad de la gestión del Poder Adjudicador conforme al ordenamiento interno y no al Reglamento 1303/2013, que por otra parte no se opone a la creación por los Estados de órganos de control, públicos o privados, a los que el mismo no se aplica.

A ello se añade que el Poder Adjudicador no puede invocar la aprobación, aunque sea implícita, del requisito de cualificación por la autoridad de gestión del programa operativo *Medio ambiente 2014-2020* para impedir que el Tribunal de Cuentas examine su compatibilidad con el Derecho de la Unión. En opinión del Tribunal la conclusión de esa autoridad de gestión no puede generar confianza legítima en dicho Poder Adjudicador ya que para ello esa autoridad debería haber hecho concebir esperanzas fundadas al justiciable, basadas en garantías concretas, incondicionales y concordantes, procedentes de fuentes autorizadas y fiables.

No obstante, la concepción unitaria del Estado impide que una autoridad de este pueda esgrimir dicho principio de confianza legítima en un litigio con otra parte del Estado. Además, la intervención combinada de una autoridad de gestión y otra de auditoría debe respetar los principios recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como el de proporcionalidad. El Tribunal, tras recordar la necesidad establecida en el art. 8.3 de que las medidas de control no supongan obstáculos económicos o gastos excesivos, estima que nada hace pensar que exista un exceso de cargas administrativas que pueda desalentar a los destinatarios de los Fondos europeos en el Estado miembro a solicitar dichos Fondos.

A ello añade la sentencia que los controles *a posteriori*, tanto de la autoridad de gestión como la de la auditoría, no pueden afectar a la legalidad de una decisión de adjudicación que ha pasado a ser definitiva para los participantes y el Poder Adjudicador, estando las valoraciones de este comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 89/665/CEE, del Consejo, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras.

4. OBLIGACIONES IMPUESTAS A LA EMPRESA REPRESENTANTE DE UNA AGRUPACIÓN DE OPERADORES ECONÓMICOS QUE OPTA A UN PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO PÚBLICO

El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 28 de abril de 2022, *Caruter* (as. C-642/20), concluye que una normativa nacional que exige a la empresa representante de una agrupación de operadores económicos, que participa en un procedimiento de celebración de un contrato público, el cumplimiento de los criterios establecidos en el anuncio de licitación y la ejecución de forma mayoritaria de las prestaciones de dicho contrato, resulta contraria al art. 63 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública.

El Tribunal comienza rechazando la pretensión del Juez nacional de tramitar el asunto por procedimiento acelerado (art. 105.1 Rglmto. Procedimiento del Tribunal) al no concurrir el requisito de extraordinaria urgencia, puesto que la existencia de un elevado número de potenciales afectados no es por sí misma razón suficiente para justificar ese trámite. En ese mismo sentido se apunta que el mero interés de los justiciables en que se determine lo antes posible el alcance de los derechos que les confiere el Derecho de la Unión es ciertamente legítimo, pero insuficiente para considerar que existe una circunstancia excepcional. E igualmente se apunta que el supuesto carácter urgente de las obras y los perjuicios que pueda causar a los afectados el retraso en la ejecución del contrato no pueden obligar a una rápida resolución del litigio por el Juez remitente. Y, por último, que la existencia de determinados intereses económicos, por importantes y legítimos que sean, no puede justificar por sí sola la vía del procedimiento acelerado.

En cuanto al fondo el Tribunal comienza advirtiendo que el art. 63.1 de la Directiva permite a una agrupación de operadores económicos recurrir a las capacidades de los participantes en otra agrupación o de otras entidades por lo que se refiere a los criterios de solvencia económica y financiera y de capacidad técnica y profesional. A ello añade el Juez de Luxemburgo que, según el apartado 2 del mismo art., el Poder Adjudicador podrá exigir que, para determinados tipos de contratos, incluidos los de servicios, determinadas tareas críticas se ejecuten directamente por un participante en la agrupación de operadores económicos. A la vista de esas consideraciones concluye que la exigencia impuesta por el ordenamiento interno a la empresa representante de la agrupación de operadores económicos de ejecutar la mayoría de las prestaciones estipuladas en el contrato introduce un requisito más riguroso que el previsto en el citado art. 63.2 de la Directiva. En concreto se apunta que, frente a la posibilidad prevista en la Directiva de que el Poder Adjudicador exija que determinadas tareas críticas sean directamente efectuadas por un participante de una agrupación de operadores económicos, en el Derecho interno es el legislador nacional el que impone para todos los contratos públicos la

ejecución de la mayoría de las prestaciones por el representante de la agrupación de operadores económicos.

El Tribunal reconoce a este respecto que la Directiva, en su art. 19.2.2, permite a los Estados establecer condiciones normalizadas respecto del cumplimiento por las agrupaciones de operadores económicos de las condiciones de solvencia económica y financiera y de capacidad técnica y profesional, establecidas en el art. 58. Pero añade que, incluso aunque la capacidad para ejecutar tareas críticas estuviese comprendida en el concepto capacidad técnica, siendo por tanto susceptible de ser incluida en esas condiciones normalizadas, una disposición que obliga al representante de una agrupación de operadores económicos a ejecutar directamente la mayoría de las tareas, va más allá de lo que autoriza dicha Directiva. En su opinión, esa disposición no se limita a indicar la forma en que la agrupación de operadores económicos debe garantizar que posee los recursos humanos y técnicos necesarios para ejecutar el contrato, sino que regula la ejecución en sí misma de este.

A continuación, la sentencia aborda la posibilidad, incluida en el art. 63 de la Directiva, de que los Poderes Adjudicadores exijan, especialmente para contratos de servicios, que determinadas tareas críticas sean efectuadas por un participante en la agrupación de operadores económicos. En ese sentido concluye que las diferencias existentes entre las diversas versiones lingüísticas de la Directiva, que distinguen entre *determinadas tareas críticas* y *determinadas tareas esenciales*, no impiden deducir la voluntad del legislador de la Unión de limitar, más en el plano cualitativo que cuantitativo, lo que puede imponerse a un solo operador de una agrupación, para favorecer la participación de agrupaciones como las asociaciones temporales de pequeñas y medianas empresas en los procedimientos de contratación pública. Por eso, el requisito establecido en este caso por el Derecho nacional traspasa esos límites establecidos en el art. 63 de la Directiva, menoscabando el objetivo citado de abrir los contratos públicos a la competencia más amplia posible y facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas.

A ello añade el Tribunal que, a diferencia del citado art. 63.2 de la Directiva que se limita a autorizar a los Poderes Adjudicadores a exigir que determinadas tareas sean ejecutadas por uno u otro participante en la agrupación de operadores económicos, el ordenamiento interno en este caso, al imponer la ejecución de las prestaciones en una proporción mayoritaria al representante de la agrupación, excluye a todas las demás empresas que participen en esta, lo que restringe indebidamente el sentido y el alcance de los términos del art. 63.2 de la Directiva.

5. ADQUISICIÓN DE UNA EMPRESA QUE EJECUTA UN CONTRATO PÚBLICO, DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE, POR OTRA SOBRE LA QUE EL PODER ADJUDICADOR NO EJERCE UN CONTROL ANÁLOGO AL QUE TIENE SOBRE SUS PROPIOS SERVICIOS

En su sentencia de 12 de mayo de 2022, *Comune di Lerici* (as. C-719/20) el Tribunal aborda la conformidad con la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública, de una adjudicación sin licitación de un contrato público en relación con la gestión de residuos de varios municipios. En un principio dicho contrato se había atribuido mediante un procedimiento *in house* a una sociedad anónima propiedad de varios municipios, incluido aquél al que se refería ese servicio, que era prestado por una de sus filiales. Posteriormente dicha sociedad realizaba una licitación para una operación de concentración que finalmente se hacía con una sociedad bajo control público y que cotiza en bolsa, operando en todo el Estado. Esta nueva sociedad asumía como propias las filiales de la anterior y continuaba gestionando los servicios confiados a ellas.

Más tarde la Provincia en la que se sitúan esos municipios, como autoridad competente para la gestión de los residuos urbanos de los municipios de su ámbito territorial, aprobaba una actualización del plan de zona para la gestión integrada de residuos urbanos en su ámbito territorial, designando a la filial de la primera sociedad, asumida por la segunda, como gestor del servicio para uno de esos municipios hasta 2028 en virtud de una adjudicación *in house*. Esa decisión era recurrida por el municipio al entender que no se cumplían los requisitos de la excepción *in house*. A este respecto el Juez nacional alberga dudas sobre la compatibilidad de esa adjudicación con el art. 12 de la Directiva 2014/24, ya que tras la operación de concentración de la primera sociedad la gestión de los residuos del municipio se adjudicó a una de sus antiguas filiales, a través de la segunda sociedad sobre la que, a diferencia de lo que ocurría con la primera a quien se adjudicó inicialmente la gestión de los residuos urbanos sin convocar licitación, el municipio no ejercía un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios.

A este respecto el Tribunal comienza recordando que la Directiva 92/50/CE del Consejo, aplicable a la adjudicación de contratos públicos de servicios en el momento del primer contrato entre el municipio y la primera sociedad, no obligaba al Poder Adjudicador a iniciar procedimiento de adjudicación cuando ejercía sobre la entidad adjudicataria un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios y esa entidad realizaba la parte esencial de su actividad con el Poder Adjudicador que la controlaba. En ese sentido apunta el Juez europeo que, con la adjudicación *in house*, el Poder Adjudicador recurre a sus propios medios, dada la asimilación del adjudicatario a sus servicios internos pese a ser una entidad jurídicamente distinta; añadiendo que el control análogo de esa entidad puede ser ejercido conjuntamente por varias autoridades públicas.

A continuación, el Tribunal alude a la adquisición de la primera sociedad por la segunda, afirmando que, en el caso de un contrato público adjudicado sin licitación a una sociedad de capital público, la adquisición de esta por otro operador económico durante la vigencia del contrato puede suponer un cambio fundamental del mismo que exija nueva licitación, al existir la posibilidad de que la nueva entidad adjudicataria no pueda asimilarse a los servicios internos del Poder Adjudicador. En ese sentido se advierte que la adquisición de la entidad adjudicataria tuvo lugar una vez concluido el plazo de transposición de la Directiva 2014/24, que por tanto es aplicable a este caso. Y a ese respecto se recuerda que el art. 72.1.d).ii) de dicha Directiva permite modificar un contrato público sin previa licitación cuando el nuevo contratante que sustituye al inicial cumpla los criterios de selección establecidos inicialmente y ello no dé lugar a modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la Directiva. A ello se añade que el apartado 4 de ese mismo art. considera como sustancial toda modificación del contrato que introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación. Además, apunta el Tribunal que el contenido de esas disposiciones se alinea con el objetivo perseguido por las Directivas de lograr la mayor apertura posible a la competencia en materia de contratación pública. Por ello concluye el Juez europeo que una modificación contractual como la de este caso no cabe en el art. 72 de la Directiva.

Por otra parte, el art. 12 de esta, relativo a las condiciones en las que las adjudicaciones *in house* quedan excluidas de su ámbito de aplicación, señala en su apartado 3 la posibilidad de adjudicar un contrato público sin seguir el procedimiento establecido en la Directiva cuando el Poder Adjudicador ejerza, conjuntamente con otros Poderes Adjudicadores, un control sobre el adjudicatario análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, que más del 80% de las actividades de dicho adjudicatario se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por esos adjudicadores o personas jurídicas controladas por ellos y no exista participación directa de capital privado en el capital de ese adjudicatario, excepto las modalidades de dicha participación que no supongan control o posibilidad de bloqueo impuestas por el Derecho interno de que se trate, de conformidad con los Tratados y que no supongan el ejercicio de una influencia decisiva en el adjudicatario. A ello se añade que, tal como se desprende de dicho art. 12.3 de la Directiva, el control conjunto implica la representación de todos los Poderes Adjudicadores en los órganos decisorios de la entidad controlada y su capacidad de ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de dicha entidad.

A este respecto señala el Tribunal que en el momento de la aprobación de la actualización del plan de zona por la Provincia el municipio en cuestión no participaba en el capital de la segunda sociedad ni estaba representado en sus órganos decisorios y tampoco podía influir, ni siquiera conjuntamente con los demás municipios propietarios de la primera sociedad, en sus objetivos estratégicos o en sus decisiones. A lo que se añadía que esta segunda sociedad era una entidad ampliamente abierta a la participación privada. Por tanto, concluye el Juez de Luxemburgo que no se cumplen las condiciones del art. 12.3 de la Directiva para excluir esta adjudicación del contrato de la aplicación de los procedimientos previstos en ella; a lo que añade que la segunda sociedad tampoco mantiene relaciones con el municipio que cumplan las condiciones que, según el art. 12.1 y 2 de esa Directiva, permitirían calificar el contrato como operación *in house*.

A la vista de lo anterior estima el Tribunal que la ejecución del contrato por la segunda sociedad implica una modificación de una condición fundamental del mismo que exige una nueva licitación conforme a la Directiva. Y añade que, a diferencia de lo que sostiene el Juez nacional, esa conclusión no se altera por el hecho de que la elección de la segunda sociedad por la primera y por tanto por los municipios propietarios de esta, para su concentración se hubiera producido tras un procedimiento de licitación pública. En este sentido se apunta que en el momento de la Resolución de la Provincia el municipio en cuestión no tenía participación alguna, ni directa ni indirecta, en la segunda sociedad y que esta no podía asimilarse a una sociedad de capital mixto, propiedad al mismo tiempo del poder adjudicador, aunque sea indirectamente, y de una entidad seleccionada por este, mediante un procedimiento transparente y abierto a la competencia. Por tanto, la licitación seguida para elegir a esta segunda sociedad no equivale, desde la perspectiva del contrato público en cuestión, a un procedimiento de adjudicación conforme a la Directiva, ya que dicha sociedad era, tanto antes como después de la operación de concentración, una entidad ajena al municipio.

A eso se añade en la sentencia que la adjudicación sin licitación por la Provincia del contrato público a la filial íntegramente participada por la segunda sociedad, tampoco es conforme con las exigencias del art. 12 de la Directiva 2014/24, ya que no parece que la Provincia posea ninguna participación en el capital de dicha sociedad y, por tanto, en el de su filial, ni ningún poder de control sobre dichas entidades. Por lo que dicha adjudicación no tiene efecto alguno respecto de la oposición con la Directiva de la continuidad de la ejecución de un contrato público, adjudicado *in house*, sin convocar licitación cuando el Poder Adjudicador ya no participe, ni indirectamente, en la entidad adjudicataria ni tenga ningún control sobre ella.

6. CONSIDERACIÓN DE LA MERA PROLONGACIÓN DEL PERIODO DE DEPÓSITOS DE UN VERTEDERO COMO MODIFICACIÓN SUSTANCIAL A LOS EFECTOS DE OBTENCIÓN DE UN NUEVO PERMISO

En su sentencia de 2 de junio de 2022, *FCC Česká republika, s.r.o.* (as. C-43/21), el Tribunal considera que la prolongación del periodo de depósito de residuos de un vertedero no representa una modificación sustancial del mismo en el sentido del art. 3.9 de la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las emisiones industriales, que exija, conforme al art. 20.2.1 de la misma, que los Estados obliguen al operador del mismo a solicitar un nuevo permiso siempre que su intención sea solo dicha prolongación del depósito de residuos dentro de los límites de la capacidad total de almacenamiento que ya ha sido autorizada.

El Juez europeo comienza recordando la necesidad de obtener permiso en el caso de vertederos destinados a recibir más de 10 tn. de residuos por día o con capacidad superior a 25.000 tn., conforme al art. 4 de la Directiva. Además, advierte que el art. 24.1.a) de la Directiva exige la garantía de una posibilidad real de participación del público interesado en una fase temprana del procedimiento de concesión de dicho permiso. A lo que el art. 25 añade la concesión a ese público del derecho a interponer recurso judicial contra ese permiso si tiene interés suficiente. Además, el Juez europeo recuerda que esas previsiones, conforme al art. 20.2 de la Directiva, se extienden a cualquier modificación sustancial de esas instalaciones.

A ese respecto el Tribunal apunta que, conforme al art. 3.9 de la Directiva, para que una modificación se considere sustancial debe reunir acumulativamente dos requisitos relativos a su contenido y a sus consecuencias potenciales. De esa forma, una modificación de las características o el funcionamiento de una instalación o su ampliación, solo será sustancial si tiene repercusiones perjudiciales importantes en las personas o el medio ambiente. A continuación, el Tribunal advierte que no se cumple el primero de esos requisitos en este caso, ya que la mera prolongación del periodo de depósito de residuos no modifica, por sí misma, el perímetro o la capacidad de almacenamiento previstos en el permiso inicial ni constituye una modificación de la instalación, ya sea de sus características o de su funcionamiento. Además, el Tribunal recuerda que la Directiva no menciona la duración del periodo de explotación como una característica del funcionamiento de la instalación que deba figurar necesariamente en el permiso. Por tanto, si no se exige esa previsión de la duración del periodo de explotación en el permiso inicial, no puede interpretarse que la mera prolongación de la explotación exija un nuevo permiso.

7. INVITACIÓN A UN ÚNICO OPERADOR ECONÓMICO EN EL MARCO DE PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICACIÓN PREVIA TRAS CERRARSE EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACIÓN ANTERIOR SIN OFERTA ADECUADA

El Juez de Luxemburgo vuelve a abordar cuestiones relativas a contratación pública en su sentencia de 16 de junio de 2022, *Obshtina Razlog* (as. C-376/21), en la que se pronuncia sobre la posibilidad de que, tras poner fin a un procedimiento de adjudicación de un contrato por no existir ninguna oferta adecuada, el órgano de contratación pueda dirigirse a un único operador económico en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa. Para ello comienza delimitando el alcance del término *órgano de contratación*, que el art. 174.1.1 del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (en adelante Reglamento financiero), aplica a las Instituciones, agencias ejecutivas y órganos de la Unión en lo que se refiere a los contratos adjudicados por cuenta propia, excepto cuando realicen la adquisición en una central de compra. A eso añade que este art. coincide con el art. 117.1 del Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, derogado por el Reglamento financiero con efectos a partir del 2 de agosto de 2018, por lo que puede afirmarse que el concepto *órgano de contratación* ha permanecido inalterado sustancialmente tras la entrada en vigor del Reglamento financiero.

A continuación, el Tribunal recuerda la obligación, impuesta por el art. 63.1 de dicho Reglamento, de que los Estados miembros apliquen su legislación nacional, incluidas las disposiciones de transposición de las Directivas sobre contratación pública, y no el Reglamento financiero, incluso cuando ejecuten competencias de ejecución presupuestaria mediante contratos públicos financiados con recursos de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos. Por esa razón el Reglamento financiero y el Reglamento 966/2012 no se aplican a procedimientos de celebración de contratos públicos organizados por órganos de contratación de los Estados miembros, aun cuando dichos contratos se financien con recursos procedentes de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos.

No obstante, recuerda el Tribunal su capacidad para ofrecer al órgano remitente criterios de interpretación útiles para resolver el problema del que conoce, aunque este no se haya referido a ellos al formular sus cuestiones. Por tanto, pese a que conforme a lo señalado anteriormente los arts. 162 y 164 del Reglamento financiero y 102 y 104 del Reglamento 966/2012 no son aplicables a este asunto, enuncian los principios de la contratación pública y tienen un objeto equivalente al del art. 18.1 de la Directiva 2014/24, del que resulta una obligación de respetar dichos principios. A ello se suma que, si bien el contrato no alcanza el umbral de

aplicabilidad de esta Directiva, el Derecho nacional ha considerado esta aplicable de manera directa e incondicional a situaciones excluidas normalmente de su ámbito de aplicación. A ese respecto se recuerda que la Ley de Contratación Pública, que transpuso al ordenamiento interno de ese Estado la Directiva 2014/24, se aplica a todos los procedimientos de contratación pública subvencionados mediante Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, con independencia del valor de los contratos.

Sobre ese particular el Juez de Luxemburgo advierte que cuando un ordenamiento interno se atiene, directa e incondicionalmente, a un acto de Derecho de la Unión para resolver situaciones no comprendidas en este, existe un interés manifiesto de la Unión en la interpretación uniforme de dicho acto, para garantizar un tratamiento idéntico de estas situaciones y de las comprendidas en el ámbito de aplicación de dichas disposiciones.

Por otra parte, recuerda la sentencia que la Directiva 2014/24 enumera exhaustivamente los casos en los que puede recurrirse a un procedimiento negociado sin publicación previa de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. En ese sentido se apunta que, según su art. 32.2.a) en relación con el 18, un órgano de contratación puede dirigirse a un único operador económico cuando dicho procedimiento recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones iniciales del contrato mencionadas en un procedimiento abierto anterior al que se puso fin debido a que la única oferta presentada era inadecuada, pese a que el objeto del contrato no presente objetivamente ninguna particularidad que justifique confiar su ejecución exclusivamente a dicho operador. A ese respecto se añade que, a tenor de ese art., ese procedimiento se admite, en particular para contratos de suministro, si se cumplen tres requisitos: que no se haya recibido ninguna oferta, al menos ninguna oferta adecuada, en el procedimiento de contratación anterior; que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato tal como aparecían en el anuncio de licitación publicado en el marco del procedimiento anterior y que el órgano de contratación pueda enviar un informe de situación a la Comisión si esta lo solicita. Dado que este tercer requisito no se pone en cuestión en este asunto el Tribunal examina los dos primeros.

En relación con el primero de esos requisitos señala el Tribunal que, según ese art. 32.2.a).2, una oferta es inadecuada si resulta manifiestamente insuficiente para satisfacer, sin cambios sustanciales, las necesidades y los requisitos especificados en los pliegos de la contratación. Además, el art. 26.4.b).2 de la Directiva estima como inadecuada toda oferta cuyo precio rebase el presupuesto establecido por el Poder Adjudicador antes de iniciar el procedimiento de contratación, situación que se produce de manera manifiesta en este asunto, en el que la única oferta superaba más del doble del valor estimado del contrato.

En cuanto al segundo requisito se constata que el órgano de contratación no modificó sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. A ese respecto apunta el Tribunal que el procedimiento negociado sin publicación previa y el procedimiento anterior forman un conjunto indisociable, por lo que los operadores económicos que no hayan presentado una oferta en el primer procedimiento no pueden obligar al órgano de contratación a negociar con ellos en el marco del procedimiento negociado sin publicación previa. En opinión del Juez europeo esos operadores podrían haberse beneficiado plenamente de los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad si hubiesen presentado una oferta en el primer procedimiento.

Ello no obsta que, conforme al art. 18.1.2 de la Directiva, el órgano de contratación deba probar que el precio acordado con el adjudicatario en el procedimiento negociado no excede del valor estimado del contrato. Ese extremo se considera necesario para demostrar que el procedimiento negociado no se concibió para excluirlo del ámbito de aplicación de la Directiva o para limitar artificialmente la competencia y para garantizar el uso más eficiente de los fondos públicos, tal y como se desprende del considerando 2 de la Directiva, y, por tanto, la inexistencia de irregularidades en el sentido de la normativa de la Unión sobre los Fondos Estructurales y de Inversión.

Por todo ello concluye el Juez de Luxemburgo la posibilidad de que, conforme a los arts. 32.1.a) y 18.1 de la Directiva 2014/24, un órgano de contratación se dirija, en el marco de un procedimiento negociado sin publicación previa, a un único operador económico cuando dicho procedimiento recoge, sin modificaciones sustanciales, las condiciones iniciales del contrato mencionadas en un procedimiento abierto anterior al que se puso fin debido a que la única oferta presentada era inadecuada, a pesar de que el objeto del contrato controvertido no presente objetivamente ninguna particularidad que justifique confiar su ejecución exclusivamente a dicho operador.