

Informe 18/2018, de 17 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de subcontratación en los contratos de concesión de servicios de transporte de viajeros por carreteras de un volumen máximo del 30% del total de los vehículos-kilómetro a prestar anualmente en cada uno de ellos.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio, de fecha 24 de mayo de 2018, del siguiente tenor literal:

“El Estatuto de Autonomía de Aragón, en su artículo 71 14ª. y 71.15ª. atribuye a la Comunidad Autónoma competencias exclusivas sobre “Aeropuertos, helipuertos y otras infraestructuras de transporte en el territorio de Aragón que no tengan la calificación legal de interés general, así como la participación en la planificación, en la programación y en la gestión de las infraestructuras que tengan tal calificación en los términos que establezca la ley estatal”, así como sobre el “Transporte terrestre de viajeros y mercancías por carretera, por ferrocarril y por cable, así como el transporte fluvial, que transcurran íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma, con independencia de la titularidad de la infraestructura”.

En el ejercicio de dichas competencias las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 4/1998, de 30 de diciembre, de los Transportes Urbanos de la Comunidad Autónoma de Aragón y la Ley 17/2006, de 29 de diciembre, de Medidas urgentes en el sector del transporte interurbano de viajeros por carretera de la Comunidad Autónoma de Aragón [...].

El Reglamento de Medidas para el Mantenimiento y Mejora de los Servicios de Transporte Interior, que desarrolla la citada ley, aprobado por Decreto 24/2008, de 12 de febrero, del Gobierno de Aragón, en su Título III abordaba la posibilidad de otorgar las referidas prórrogas a las concesiones vigentes a la entrada en vigor de la Ley 17/2006, citada, cuyo plazo de vigencia pudiera estar próximo a su finalización, cuando el interés

público lo justificara. Procede detallar que la prórroga se otorgó en fecha 2 de diciembre de 2009 extendiéndose su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2017.

Considerando el estado actual de la red de transporte público de viajeros por carretera de Aragón, que está sometido a un profundo proceso de análisis y reordenación que ha de dar lugar a la licitación de un nuevo mapa contractual en 2018, y dado que el procedimiento para la adjudicación de un nuevo contrato no ha concluido y que existen razones de interés público que exigen la continuación del servicio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 97.3 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en el mes de diciembre de 2017, se requirió a las empresas prestadoras de servicios para que prolongaran su gestión hasta la finalización del procedimiento de licitación tendente a la adjudicación de la explotación del servicio.

Para ello el Consejero de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda adjudicó con fecha 17 de agosto de 2017 un contrato de servicios consistente en la asistencia técnica para la redacción de los planes de explotación, iniciales y definitivos, y los pliegos de licitación de las futuras concesiones del nuevo mapa concesional del transporte público regular de viajeros por carretera de Aragón. [...]

En otro orden de cosas la UE tiene como uno de sus objetivos en materia de contratación pública la protección de las pymes y el fomento de su competitividad, y así lo menciona expresamente en los considerandos de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE sobre contratación. Más aún, con carácter general, la Unión Europea aprecia la prohibición de subcontratación como una limitación a la libertad empresarial y a la competencia, dándose en todos casos por supuesta, incluso como elemento favorecedor de la participación en la contratación pública de las pymes, y analizándose siempre desde la perspectiva de hasta dónde pueden llegar posibles limitaciones, pero nunca previendo una restricción completa [...]

La Comunicación de interpretación 2014/C 92/01 de dicho Reglamento, en su punto 2.2.9, considera (para el caso de los operadores internos, pero se entiende que es el caso más restrictivo) que ha de determinarse un límite máximo para estos, limitándolo a un 30% del volumen, en el entendido de que se hace para evitar fraude de ley en la adjudicación directa mientras que, por el contrario, nada impide incluso porcentajes superiores en caso de licitaciones abiertas.

Apartado 2.2.9: "Por último el Reglamento (CE) 1370/2007 no impide que el contrato de servicio público estipule un porcentaje mínimo de servicios de transporte en términos de valor que deban ser subcontratados por el operador al amparo de un contrato de servicio público. El contrato puede estipularlo siempre y cuando se cumplan las disposiciones de

dicho Reglamento, en particular las relativas a la proporción máxima de un contrato de servicio público que puede subcontratarse.”

En relación con lo anterior, es importante citar que la Sentencia dictada en cuestión prejudicial del TJUE (Sala Cuarta) de 27 de octubre de 2016, asunto C-292/15, determina como ajustado a derecho la actuación de la administración en que establece en pliegos de licitación la posibilidad de subcontratar hasta un máximo del 30% de los kilómetros de los servicios licitados.

De manera más concreta, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, no establece, en su artículo 42, ninguna limitación a la misma, sino que se refiere a las posibles exigencias mayores a imponer en materia de responsabilidad para que la administración mantenga sus potestades de control.

Sin embargo, la transposición de las Directivas citadas realizada por la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), no parece en línea con la necesidad de protección a las pymes en contratos cada vez más integrales y complejos.

En lo que respecta al contrato por el habitualmente se van a regir a partir de ahora los anteriores contratos de gestión de servicio público (el contrato de concesión de servicios siempre que haya un riesgo operacional), la LCSP establece en su artículo 296 la misma prevención que se realizaba en anteriores leyes con respecto al contrato de gestión de servicios públicos: [...]

En el caso concreto de Aragón, la pervivencia de las pymes de transporte en zonas de baja densidad de población o de difícil acceso no sólo es una necesidad para los ciudadanos y las propias empresas radicadas allí; su colaboración en la prestación del transporte en los contratos más amplios resultantes de la reordenación del mapa de transporte público es imprescindible para los titulares de contratos de transporte más complejos, a los que no les puede resultar eficiente destinar recursos en todo el territorio de su zona.

Esa circunstancia se da de manera idéntica en otras Comunidades Autónomas como Castilla y León, la cual va a intentar paliar sus efectos por la vía legislativa con su Anteproyecto de Ley de Transporte Público de Viajeros por Carretera —que acaba de pasar el trámite de información pública-, permitiendo la subcontratación por supuesto sin vulnerar la competencia estatal en materia de contratación pública, al matizar lo que para esa Comunidad se considera como prestaciones accesorias, fijando un límite cuantitativo del 30% de los vehículos-km, en línea con la Jurisprudencia de la UE y la Comunicación de interpretación del Reglamento (CE) 1370/2007.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, y de conformidad con el artículo 3.2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento se formule consulta y se somete a la consideración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón la posibilidad de incluir en los pliegos de licitación una previsión que permita la posibilidad (como una opción del contratista) de subcontratar en los contratos de concesión de servicios de transporte de viajeros por carretera un volumen máximo del 30% del total de los vehículos-kilómetro, a prestar anualmente en cada uno de ellos. Dicha opción de subcontratación deberá concretarse en la oferta de cada licitador”.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 17 de julio de 2018, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación activa del solicitante.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, es pues, un informe de carácter facultativo.

El Secretario General Técnico del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda del Gobierno de Aragón es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 letra a) del citado Decreto 81/2006.

II. Cuestión preliminar: naturaleza jurídica del contrato, calificación como contrato de concesión de servicios.

El 9 de marzo de 2018 entró en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Tal y como pusimos de manifiesto en nuestro Informe 13/2018, de 30 de mayo de 2018, hasta tiempos relativamente recientes, la diferenciación entre los tipos contractuales de contrato de servicios y de contrato de concesión de servicios dependía de que la prestación pudiera calificarse como servicio público. La superación de este criterio ha venido de la mano de la jurisprudencia comunitaria, que sitúa el criterio fundamental de distinción entre el contrato de servicios y la concesión en la transferencia del riesgo, conjuntamente con que el pago provenga directamente del uso del servicio o de los beneficiarios de la prestación. Este criterio de origen jurisprudencial ha sido incorporado por la ya citada Directiva 2014/23/UE y por la vigente LCSP.

De igual modo, en el Informe 13/2015, de 30 de septiembre de 2015, sobre criterios para calificar como concesión un contrato de transporte regular permanente de viajeros de uso general en autobús, esta Junta ya determinó que la distinción entre contratos de servicios y concesiones de servicios, para deslindar el ámbito de aplicación del Reglamento 1370/2007, debe realizarse desde la óptica del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), así como de las vigentes Directivas sobre contratación pública 2014/24/UE y 2014/25/UE, y la Directiva 2014/23/UE, sobre contratos de concesión. Y se tendrá en cuenta, obviamente, tanto la jurisprudencia del TJUE, como la de los órganos de recursos contractuales (y, especialmente, la del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en adelante TACPA, dada la exigencia de obligado respeto a la misma que prevé el artículo 3.1 de la Ley 3/ 2011, de medidas en materia de contratos del Sector público de Aragón).

Para el Derecho comunitario, la concesión es aquel negocio cuyo objeto “*es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago*”. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha vinculado tradicionalmente la calificación de un contrato como concesión de servicios al hecho de que los pagos al prestador provinieran directamente del uso del servicio o de los beneficiarios de la prestación, generando con ello un riesgo para el contratista.

Y con el propósito de generar mayor seguridad jurídica, la Directiva 2014/23/UE ha armonizado unificando las aportaciones de la normativa contable y jurisprudencia comunitaria, acuñando la expresión “*transferencia del riesgo operacional*”.

De esta manera, “*el criterio de la explotación y la transferencia de la responsabilidad sobre la misma al concesionario, va a constituir la condición esencial en orden a poder determinar si nos encontramos ante una concesión*”. Nos centramos en esto último. El punto de partida es la consideración de la concesión como algo distinto a los contratos públicos de obras, suministro y servicios. Supone una relación de larga duración en la que el concesionario asume riesgos y responsabilidades propias de los poderes y entidades adjudicadoras; “*La característica fundamental de la concesión es la transferencia al contratista de la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo operacional*”.

En la actualidad, la concesión (de obra o de servicio) ya no se define sólo por la forma de remuneración del contratista, sino que se exige expresamente que éste asuma el riesgo operacional. La calificación del contrato, como contrato público de servicios o como concesión, depende fundamentalmente de quién asuma el riesgo operacional del negocio. En el caso de recaer sobre la Administración, el contrato será un contrato de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional se desplace al contratista, estaremos ante una concesión.

Los artículos 14 y 15 LCSP, al definir los contratos de concesión de obras y servicios, incorporan estas previsiones al expresar que el derecho a explotar una obra o servicio, *“deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación (...) abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos”*. En consecuencia, es la doble circunstancia de que los ingresos del contratista provengan directamente del uso del servicio o de los beneficiarios de la prestación y que exista transferencia de riesgo lo que configura el tipo contractual de la concesión de servicios.

III. Régimen jurídico de la subcontratación en la normativa europea y en la nueva LCSP.

La Unión Europea tiene como uno de sus objetivos en materia de contratación pública la protección de las pymes y el fomento de su competitividad, y así lo menciona expresamente en los considerandos de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE sobre contratación. Más aún, con carácter general, la Unión Europea aprecia la prohibición de subcontratación como una limitación a la libertad empresarial y a la competencia, dándose en todos casos por supuesta, incluso como elemento favorecedor de la participación en la contratación pública de las pymes, y analizándose siempre desde la perspectiva de hasta dónde pueden llegar posibles limitaciones, pero nunca previendo una restricción completa.

Actualmente, el régimen jurídico de un contrato de concesión de servicios en materia de transporte de viajeros no sólo debe considerar los artículos 284 y siguientes de la LCSP en materia de concesiones, sino también el Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, todavía vigente. Esta circunstancia no es menor, ya que, en relación con la consulta planteada, se evidencia cierta discordancia normativa en cuanto a la consideración de los límites aplicables a la posible subcontratación de servicios.

Así, el artículo 4.7 del Reglamento (CE) N.º.1370/2007 sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera establece:

«Los documentos de licitación y los contratos de servicio público indicarán con toda claridad si es posible o no la subcontratación y, en tal caso, en qué medida. Si se subcontrata, el operador al que se haya encomendado la administración y la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros estará obligado, con arreglo al presente Reglamento, a prestar por sí mismo una parte importante de los servicios públicos de transporte de viajeros (...).»

En este sentido, la Comunicación de interpretación 2014/C 92/01 de dicho Reglamento, realizada por la Comisión y publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de fecha 29 de marzo de 2014, en su punto 2.2.9, considera (para el caso de los operadores internos, pero se entiende que es el caso más restrictivo) que ha de determinarse un límite máximo para éstos, limitándolo a un 30% del volumen, en el entendido de que se hace para evitar fraude de ley en la adjudicación directa mientras que, por el contrario, nada impide incluso porcentajes superiores en caso de licitaciones abiertas.

El apartado 2.2.9 afirma con claridad que «el Reglamento (CE) 1370/2007 no impide que el contrato de servicio público estipule un porcentaje mínimo de servicios de transporte en términos de valor que deban ser subcontratados por el operador al amparo de un contrato de servicio público. El contrato puede estipularlo siempre y cuando se cumplan las disposiciones de dicho Reglamento, en particular las relativas a la proporción máxima de un contrato de servicio público que puede subcontratarse.»

En todo caso, la subcontratación por parte de operadores internos debe realizarse de conformidad con la legislación pertinente en materia de contratación pública. Así lo confirma la Sentencia dictada por el TJUE (Sala Cuarta) de 27 de octubre de 2016, asunto C-292/15, sobre una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Vergabekammer Südbayern (Cámara de contratos públicos del Sur de Baviera,

Alemania), que tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 7, y del artículo 5, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1370/2007 citado.

El órgano jurisdiccional remitente solicita, en esencia, que se dilucide si el artículo 4, apartado 7, del Reglamento n.º 1370/2007 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el poder adjudicador pueda fijar en un 70 % la parte de prestación autónoma que debe realizar el operador al que se haya encomendado la administración y prestación de un servicio público de transporte de viajeros en autobús como el controvertido en el asunto principal, determinando el TJUE como ajustada a derecho la actuación de la administración en que establece en pliegos de licitación la posibilidad de subcontratar hasta un máximo del 30% de los kilómetros de los servicios licitados.

Así conviene destacar de esta Sentencia del TJUE las siguientes conclusiones

- Con arreglo al artículo 4, apartado 7, primera frase, del Reglamento n.º 1370/2007, “los documentos de licitación y los contratos de servicio público indicarán con toda claridad si es posible o no la subcontratación y, en tal caso, en qué medida”.
- Se ha atribuido a las autoridades competentes una amplia facultad de apreciación en relación con la subcontratación de la administración y prestación de un servicio público de transportes regulado por dicho Reglamento.
- Cuando cabe recurrir a la subcontratación en el marco de la administración y prestación del servicio público de transporte de viajeros en autobús, el artículo 4, apartado 7, segunda frase, del Reglamento n.º 1370/2007 no autoriza, respecto al contrato de que se trate, una subcontratación completa, puesto que establece que el operador encargado de ese servicio debe prestar por sí mismo una parte importante de éste. Solamente cuando el contrato de servicio público cubra tanto la planificación como el establecimiento y la prestación de

los servicios públicos de transporte de viajeros podrá autorizarse, con arreglo al artículo 4, apartado 7, tercera frase, de dicho Reglamento, la subcontratación total de la prestación de dichos servicios.

- El artículo 4, apartado 7, del Reglamento n.º 1370/2007 no se opone a que el poder adjudicador limite, de modo considerable, la posibilidad de recurrir a la subcontratación en el marco de un contrato como el controvertido en el asunto principal y *en consecuencia el artículo 4, apartado 7, del Reglamento n.º 1370/2007 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el poder adjudicador pueda fijar en un 70 % la parte de prestación autónoma que debe realizar el operador al que se haya encomendado la administración y prestación de un servicio público de transporte de viajeros en autobús como el controvertido en el asunto principal.*

La Directiva 23/2014/UE dedica su artículo 42 a la regulación del régimen de la subcontratación en el ámbito de las concesiones. Podemos destacar el apartado segundo de dicho precepto en el que se establece que *“En los documentos relativos a la concesión, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora podrá pedir, o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir, al licitador o al solicitante que mencione en la oferta la parte de la concesión que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos. El presente apartado no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del concesionario principal.”*

De la regulación comunitaria tan sólo puede deducirse la posibilidad de subcontratación parcial de prestaciones propias de la concesión, sin que exista limitación alguna, al margen del sistema de responsabilidad que debe regir la relación entre contratista principal y subcontratista.

Sin embargo, la nueva LCSP, de acuerdo con las Directivas 23 y 24 /2014 ya citadas, flexibiliza el régimen de subcontratación con carácter general, quedando ésta sometida a comunicación —y excepcionalmente, a autorización por la Administración -, siendo obligación del contratista principal la justificación

de la aptitud del subcontratista. A partir de aquí, la LCSP comienza puntualizando que la limitación de la subcontratación, por el órgano de contratación, no podrá efectuarse de manera que suponga una restricción efectiva de la competencia. Se consideran sólo adecuadas las restricciones que puedan venir impuestas por el carácter secreto o reservado de los contratos, sean consecuencia de medidas de seguridad especiales exigidas por la legislación sectorial o resulten de la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

Una de las novedades más importantes que cabe destacar también la supresión del límite de la parte de la prestación subcontratable. El TRLCSP fijaba un umbral legal supletorio del 60 por ciento respecto del importe de adjudicación, y se remitía a los pliegos para cada caso concreto. También desaparece la posibilidad del órgano de contratación de imponer la subcontratación de hasta un 50 por ciento de la prestación.

Además, la comunicación de la subcontratación deberá hacerse ahora tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie su ejecución. Antes, el TRLCSP se limita a imponer que esta se efectuase “*anticipadamente*”. Se impone novedosamente la carga de comunicar cualquier modificación que sufra esta información durante la ejecución del contrato principal, con indicación de la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas y por último, se aclara que la clasificación adecuada para realizar la parte del contrato objeto de la subcontratación acredita la aptitud del subcontratista.

Como consecuencia de la posibilidad prevista en el artículo 75.4 LCSP, de limitar la integración con medios externos determinadas tareas críticas en los contratos de obras, servicios y suministros de colocación o instalación, el artículo 215.1 e) LCSP precisa que esta parte de la prestación no podrá subcontratarse.

En cuanto al contrato de concesión de servicios, el artículo 296 LCSP determina que la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias, resultándole de aplicación la regulación establecida en los artículos

215, 216 y 217 de la presente Ley, es decir, el régimen jurídico establecido con carácter general en la nueva LCSP y que obedece a la evolución del Derecho comunitario en esta materia, y en especial, la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, en donde no se establece, como ya hemos visto, ninguna limitación a la misma, sino que se refiere a las posibles exigencias mayores a imponer en materia de responsabilidad para que la administración mantenga sus potestades de control.

A pesar de la regulación general que se hace de la subcontratación en el derecho comunitario a través de las Directivas referidas, con un claro interés por asegurar la flexibilidad, la transparencia y el control administrativo en la cadena de subcontratistas, el legislador nacional ha optado por mantener en el artículo 296 LCSP la literalidad del artículo 289 TRLCSP, en el marco del contrato de gestión de servicios públicos, que obliga a distinguir entre prestaciones principales y accesorias.

Tal y como ya pusimos de manifiesto en nuestro Informe 10/2014, de 2 de abril de 2014, en el Derecho español existe un aforismo jurídico, según el cual *“lo accesorio sigue la suerte de lo principal”*. Y así, debe considerarse objeto principal del contrato, aquella que determina su celebración; y prestación accesorio, la que tiene por objeto asegurar el cumplimiento y ejecución de la prestación que constituye el objeto principal del contrato, de manera que no sería necesaria su ejecución de forma independiente o aislada a la prestación principal. Es decir, la prestación accesorio no tiene razón de existir por sí misma, sólo la adquiere en cuanto sirve a la prestación principal.

Por ello, del análisis conjunto del Reglamento N.º.1370/2007, la Comunicación de interpretación 2014/C 92/01 de dicho Reglamento europeo confirmada por el TJUE, y el artículo 296 de la nueva LCSP con carácter básico, se determina que será necesario deslindar en cada caso concreto entre qué se considera como objeto principal de la concesión, y las prestaciones accesorias de la

misma, pues sólo sobre éstas últimas es admisible la subcontratación en el ámbito de las concesiones de servicios de transporte de viajeros por carretera.

IV. Medidas que facilitan la participación de las pymes en la contratación pública.

El contrato de concesión de servicios para el transporte regular de viajeros por carretera, en las condiciones planteadas en el escrito de consulta, sin duda reviste en su configuración técnica una especial complejidad que permita conjugar intereses públicos y empresariales, de modo que resulte un contrato con unas condiciones lo suficientemente atractivas para atraer a las empresas licitadoras que posiblemente requieran de una importante solvencia económica y técnica.

Es evidente que la subcontratación no puede convertirse en una herramienta de evasión de la licitación en condiciones de igualdad entre licitadores, pero tampoco puede convertirse en un obstáculo que impida la satisfacción de intereses públicos relevantes.

Para facilitar el acceso al mercado público, no sólo de las pymes, sino en general de todas las empresas, existen distintas medidas de colaboración empresarial que permiten afrontar en condiciones de solvencia un contrato de estas características, no sólo la subcontratación, sino también la adscripción de medios o la agrupación como uniones temporales de empresarios.

Ya las Directivas Europeas de contratación pública preveían medidas concretas para lograr ese objetivo como: la división de los contratos públicos en lotes (artículo 46 Directiva 2014/24/UE, con la posibilidad de que los Estados lo hagan obligatorio, como figuraba en la propuesta de Directiva de la Comisión); la reducción de los requisitos de participación (limitación de las exigencias de solvencia, artículo 58 Directiva 2014/24/UE); la simplificación general de las obligaciones de información en los procedimientos de contratación (“documento europeo único de contratación”, consistente en una declaración actualizada del interesado, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades

públicas o por terceros que confirmen que el operador económico en cuestión cumple las condiciones legales para participar en la contratación, artículo 59 Directiva 2014/24/UE); o posibilitar el pago directo a los subcontratistas (artículo 71.3 Directiva 2014/24/UE).

De este modo, las tres nuevas Directivas sobre contratación destacan como uno de los objetivos esenciales de la nueva regulación facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos, introduciendo flexibilidad en los procedimientos, reduciendo la carga administrativa en los negocios, y evitando requisitos desproporcionados en cuanto a la posición financiera de los candidatos».

En la licitación de contratos con dimensión económica media o alta, la diversificación en lotes del objeto contractual, reduciendo los requisitos de solvencia y la complejidad ejecutiva de la prestación, favorece, sin duda, directamente a las pymes permitiendo que alcancen la condición autónoma de contratistas con derecho a la percepción directa del precio público correspondiente y acumulando una experiencia que les permite acreditar solvencia técnica en sucesivas licitaciones en las que participen.

Dentro de las medidas contenidas en la Directiva 2014/24/UE orientadas a favorecer la competencia y facilitar la participación de las PYMES se encuentra la de la regulación contenida en el artículo 46 relativa a la división de los contratos en lotes, que contiene las siguientes previsiones:

- a) Obligación de justificar en los contratos sometidos a la Directiva y de valor superior a 500.000 € por qué motivo no se divide el objeto contractual en lotes.
- b) El órgano de contratación puede precisar si los licitadores deben limitar sus ofertas a uno o varios lotes.
- c) El órgano de contratación podrá limitar la adjudicación de los lotes para un mismo licitador, aunque se haya permitido licitar a todos los lotes. El número máximo de lotes a los que se pueda resultar adjudicatario deberá ser indicado en el pliego y los criterios objetivos y no discriminatorios de distribución de la adjudicación entre varios licitadores.

d) El órgano de contratación podrá fijar la posibilidad de adjudicación combinada de varios lotes de forma que si un licitador, aunque en un lote no defienda la oferta económicamente más ventajosa sí lo es teniendo en cuenta varios lotes, puedan adjudicársele todos ellos aunque su oferta no esté posicionada en primer lugar en alguno o algunos lotes, en aplicación de los criterios de adjudicación.

Se trata de asegurar así una ejecución contractual que no queda dependiente de un único operador, lo que podría perjudicar la correcta ejecución del contrato y además favorecer la adjudicación de lotes de dimensión más pequeña a favor de las pymes. A su vez, la división en lotes es el principio o regla general “*siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan*”, de acuerdo con el artículo 99.3 LCSP.

III. CONCLUSIONES.

- I. El régimen jurídico de los contratos administrativos relativos al transporte interurbano de viajeros por carreteras ha evolucionado en función de los cambios producidos en el Derecho comunitario y en el nacional. En la actualidad un contrato en que la retribución del contratista derive de la explotación del servicio y, en consecuencia, de los precios pagados directamente del uso del servicio o de los beneficiarios de la prestación, y con transferencia del riesgo de explotación, es decir, con asunción por el contratista de los riesgos de oferta, de demanda y de responsabilidad frente a terceros, ha de calificarse como contrato de concesión de servicios.
- II. Del análisis conjunto del Reglamento N^o.1370/2007, la Comunicación de interpretación 2014/C 92/01 de dicho Reglamento europeo confirmada por el TJUE, y el artículo 296 de la nueva LCSP con carácter básico, se determina que será necesario deslindar en cada caso concreto entre qué se considera como objeto principal de la

concesión, y las prestaciones accesorias de la misma, pues sólo sobre éstas últimas es admisible la subcontratación en el ámbito de las concesiones de servicios de transporte de viajeros por carretera.

- III. En la licitación de concesión de servicios, la diversificación en lotes del objeto contractual, entre otras medidas, además de ser el régimen jurídico establecido con carácter general en el artículo 99.3 de la LCSP, favorece la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, como exige tanto la normativa europea como la nueva LCSP.

Informe 18/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 17 de julio de 2018.