



Revista de Estudios de la Administración Local y
Autonómica. Nueva época

ISSN: 1989-8975

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

Díez Sastre, Silvia

Contratos «open-house»: comprar sin licitar

Revista de Estudios de la Administración Local y
Autonómica. Nueva época, núm. 15, 2021, pp. 5-23
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

DOI: 10.24965/reala.i15.10911

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576466591001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



REALA, número 15, abril de 2021
 Sección: ARTÍCULOS
 Recibido: 19-02-2021
 Aceptado: 06-03-2021
 Publicado: 15-04-2021
 DOI: <https://doi.org/10.24965/realia.i15.10911>
 Páginas: 5-23

Contratos «open-house»: comprar sin licitar *«Open-house» contracts: buying without tendering*

Silvia Díez Sastre

Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>
 silvia.diez@uam.es

NOTA BIOGRÁFICA

Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Desde 2018 es directora del Instituto de Derecho Local de la misma Universidad y, desde 2011, codirige, junto a Jesús Colás Tenas, su Máster en Contratación Pública Local. Sus principales líneas de investigación se centran en el Derecho local, el Derecho de la contratación pública, la justicia administrativa y la metodología jurídica.

RESUMEN

En Alemania es habitual que se celebren contratos «open-house» para adquirir productos farmacéuticos. Estos contratos se celebran sin una licitación previa. Todos los operadores económicos que cumplen los requisitos fijados por el poder adjudicador celebran un contrato idéntico. El ente contratante no elige a un operador jurídico frente a otro ni puede limitar el número de participantes. Por su parte, los proveedores interesados no presentan oferta, solo demuestran que están en condiciones de satisfacer la necesidad anunciada. La comunidad jurídica alemana ha debatido durante años si esta forma de proceder vulnera las normas de contratación pública. La discusión se ha zanjado por el TJUE, que ha confirmado la exclusión del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación pública de aquellos casos en los que no existe una decisión de selección por parte del poder adjudicador. En este contexto, el presente trabajo expone el contexto de surgimiento de los contratos «open-house» en el Derecho alemán y su tratamiento en el Derecho europeo. A continuación, propone un concepto de «open-house» al que se anuda un régimen jurídico determinado, especialmente en clave procedural. Por último, reflexiona sobre el encaje de esta figura en el Derecho español.

PALABRAS CLAVE

Contrato público; contrato «open-house»; licitación; Derecho de contratación pública.

ABSTRACT

German contracting authorities usually enter into «open-house» contracts in order to purchase pharmaceuticals. These contracts are concluded with no competitive tendering procedure. Every economic operator fulfilling the requirements established by the contracting authority enters into an identical contract. The contracting authority does not designate an economic operator to whom contractual exclusivity is to be awarded, nor can it limit the number of participants. On the other hand, interested economic operators submit no tender, they only have to prove that they can meet the contracting authority's needs. The German legal community has discussed over the years whether these contracts breach EU public procurement law. The CJEU has settled the debate, confirming that these contracts fall outside the scope of EU Directives because there is no contracting authority's selection decision involved. This work discusses the emergence of «open-house» contracts in German law and the EU law approach thereto. See below a notion of «open-house» contracts tied to a specific legal regime, particularly regarding procedural aspects. Finally, there is a discussion on the status of «open-house» contracts within Spanish law.

KEYWORDS

Public contract; open-house contract; tendering; public procurement law.

SUMARIO

PLANTEAMIENTO. 1. LOCALIZACIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN. 1.1. EL ORIGEN EN EL DERECHO ALEMÁN. 1.2. LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LAS SENTENCIAS EUROPEAS DE REFERENCIA. 2. EL CONCEPTO DE CONTRATO «OPEN-HOUSE». 2.1. NOTAS DEFINITORIAS. 2.1.1. Partes. 2.1.2. Objeto. 2.1.3. Onerosidad. 2.1.4. Ausencia de selectividad. 2.1.5. ¿Apertura permanente? 2.2. NOMBRE DEL CONCEPTO. 3. EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS «OPEN-HOUSE». 4. LOS PROCEDIMIENTOS «OPEN-HOUSE». 4.1. Directrices en el Derecho europeo. 4.2. Directrices en el Derecho alemán. 4.2.1. Igualdad de trato y no discriminación. 4.2.2. Publicidad. 5. EL ENCAJE DE LOS CONTRATOS «OPEN-HOUSE» EN EL DERECHO ESPAÑOL. 5.1. LOS CONTRATOS «OPEN-HOUSE» EN LA LEGISLACIÓN BALEAR DE ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS. 5.2. LAS ACCIONES CONCERTADAS COMO CONTRATOS «OPEN-HOUSE». 5.3. LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS A LOS CONTRATOS «OPEN-HOUSE». REFLEXIONES FINALES.

PLANTEAMIENTO¹

Desde el mes de marzo de 2020 se han multiplicado en TED (*tender electronic daily* del Diario Oficial de la Unión Europea, DOUE) los anuncios de contratos o procedimientos «open-house» de poderes adjudicadores alemanes con el fin de adquirir productos farmacéuticos en el marco de la pandemia de la COVID-19. Conforme a esta fórmula, todos los operadores económicos que cumplen los requisitos fijados por el poder adjudicador celebran un contrato idéntico para el suministro de ciertos productos; posteriormente, el médico, el farmacéutico o el paciente eligen el medicamento del proveedor que prefieran. El ente contratante no selecciona a un operador jurídico frente a otro; tampoco puede limitar el número de participantes (Gabriel y Burholt, 2017, p. 323). Realiza una *offerta ad incertas personas* a diferencia de la *invitatio ad offerendum* que tiene lugar en la licitación de un contrato público (Gaßner y Strömer, 2014, p. 811). Por su parte, los proveedores interesados no presentan ninguna oferta, solo demuestran que están en condiciones de satisfacer la necesidad anunciada. A pesar de que estos procedimientos o contratos se pueden dar a conocer por la vía ordinaria de publicación de los contratos públicos y de que, en ocasiones, se pueden confundir con la contratación de emergencia (Schumm y Klumb, 2020), representan una forma distinta de adquirir bienes y servicios en el mercado que no exige la tramitación de una licitación previa.

La utilización de esta técnica, prevista en origen para la adquisición de medicamentos con rebaja de precios, se ha prolongado y extendido durante años en Alemania. Desde abril de 2007 hasta 2019, se registraron en el DOUE más de 2.300 anuncios de este tipo de contratos. Esto supone que un tercio de las adquisiciones de productos farmacéuticos se realizó mediante contratos «open-house», mientras que el resto se licitó conforme a las reglas de contratación pública. Sin embargo, la expansión de este tipo de compras ha ido acompañada de una viva discusión sobre la necesidad de someterlo o no a las reglas europeas de contratación pública (Gabriel, 2019, p. 568). La proyección internacional de las fórmulas «open-house» ha venido de la mano de la confirmación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de su compatibilidad con el Derecho de la contratación pública (sentencias Falk Pharma, C-410/14 y Tirkonnen, C-9/17). En estos pronunciamientos el TJUE asume en su práctica totalidad los argumentos elaborados en una parte de la comunidad jurídica germánica. Para el Tribunal, esta forma de adquirir bienes en el mercado no

¹ Tuve la oportunidad de presentar un borrador de este trabajo en el Seminario de Investigación en Derecho Administrativo, dirigido por la Profesora Sofía Simou, el 29 de enero de 2021. Agradezco sinceramente a los participantes sus observaciones, comentarios y críticas, que me han sido de gran utilidad para llevar a término este estudio.

Abreviaturas utilizadas: art.: artículo; arts.: artículos; Beschl.: Beschluss (resolución administrativa); BGBI.: Bundesgesetzblatt (diario oficial federal alemán); Cdo.: considerando; CE: Constitución Española de 1978; coord.: coordinadora; DAK: Deutsche Angestellten Krankenkasse (caja del seguro médico); DC: Directiva 2014/23/UE; DCP: Directiva 2014/24/UE; dir.: director; dirs.: directores; DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea; DS: Directiva 2014/25/UE; ed.: editora; GmbH: Gemeinschaft mit beschränkter Haftung (sociedad de responsabilidad limitada); LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; LSG: Landessozialgericht (Tribunal Superior de Justicia en Alemania – jurisdicción social); núm.: número; NZBau: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (revista); NZS: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (revista); pp.: páginas; OBCP: Observatorio de Contratos Públicos; OLG: Oberlandesgericht (Tribunal Superior de Justicia en Alemania – jurisdicción civil y penal); PharmR: Pharma Recht. Fachzeitschrift für das gesamte Arzneimittelrecht (revista); REALA: Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época; REDA: Revista Española de Derecho Administrativo; SGB: Sozialgesetzbuch (Código de la Seguridad Social alemán); ss.: siguientes; SSTJUE: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TED: tender electronic daily; TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; VG: Vergabekammer (órgano de recursos contractuales).

constituye un contrato público en la medida en que no entraña la selección de un operador económico frente a los demás. No hay decisión de adjudicación en exclusiva, en consecuencia, este tipo de compras no se somete a las Directivas de contratación pública, sin perjuicio de su posible sujeción a las reglas generales del Derecho primario.

En los últimos meses hemos asistido en España a un fracaso en cadena de las reglas de contratación pública. En un primer momento, al igual que en otros países de nuestro entorno, la ruptura del mercado acontecida en la primera ola de la pandemia dificultó la aplicación de algunas normas básicas de la contratación pública. Posteriormente, la necesidad de ejecutar los fondos vinculados al Plan europeo de Recuperación de forma ágil y eficaz ha conducido al descarte preliminar de las normas ordinarias de contratación pública –como se pone de manifiesto en las disposiciones sobre contratación pública del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia–. El legislador considera que la contratación vinculada a estos fondos debe transcurrir por cauces normativos aprobados específicamente para esta finalidad. Sin embargo, no solo es necesario realizar los ajustes oportunos en las normas de contratación pública, también es preciso identificar las posibilidades de adquisición de bienes y servicios que existen más allá del Derecho de los contratos públicos (Gimeno Feliu, 2020b).

En este escenario, los contratos «open-house» representan un espacio poco explorado en el que se abre un amplio margen de actuación para los Estados miembros, limitado por algunas reglas del Derecho primario europeo y del Derecho nacional. En un momento en el que es preciso agilizar las compras públicas sin menoscabar las garantías de la competencia y de control del gasto, merece la pena detenerse a analizar los contornos de esta figura, así como los requisitos que se derivan del ordenamiento jurídico, tanto europeo como interno. En esa línea, el presente trabajo propone un concepto de contrato «open-house». Para ello, parte de su origen en el Derecho alemán y de su tratamiento en la jurisprudencia del TJUE (1.); reconstruye las notas definitorias que lo conforman y analiza su denominación (2.); y determina tanto el Derecho aplicable (3.) como, en concreto, el procedimiento a seguir para su celebración (4.). El estudio concluye con un breve análisis sobre el posible encaje de los contratos «open-house» en el Derecho español (5.) y unas sucintas reflexiones finales.

1. LOCALIZACIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN

El concepto de contrato «open-house» surge en el Derecho alemán, pero termina de perfilarse gracias a los pronunciamientos del TJUE en torno a la compatibilidad de este tipo de fórmulas con las normas europeas de contratos públicos. Por esa razón, como paso previo a la elaboración teórica del concepto de contrato «open-house», hay que hacer un esfuerzo para localizar y contextualizar su origen. De este modo, se siguen los pasos descritos en la doctrina para una puesta en práctica correcta del Derecho comparado (al respecto, en detalle, Velasco Caballero, 2020, pp. 161-163). Con esa finalidad, seguidamente se identifican las normas de Derecho positivo que han dado lugar a esta figura y se exponen las reflexiones de la doctrina y la jurisprudencia alemanas. A continuación, se da cuenta con cierto detalle de los supuestos de hecho que suscitaron los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en el marco de sendas cuestiones prejudiciales.

1.1. El origen en el Derecho alemán

La configuración jurídica de los contratos «open-house» está ligada al particular modelo alemán de gestión sanitaria contenido, fundamentalmente, en el Libro V del Código de la Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch, SGB*). En este país las prestaciones sanitarias públicas se realizan a través de las cajas públicas o entidades gestoras del seguro médico (*Krankenkassen*). Estas cajas son corporaciones de Derecho público con autonomía, financiadas principalmente por los asegurados y los empleadores. La Ley les obliga a realizar las prestaciones sanitarias de la forma más eficiente posible (§ 4 SGB V). En esa tarea se someten a unas estrictas reglas, tanto desde el punto de vista del aseguramiento de las prestaciones, como de contratación pública (Hansen y Heilig, 2017, p. 290). Entre las prestaciones sanitarias garantizadas en este sistema destaca la provisión de medicamentos, que se lleva a cabo normalmente por las farmacias públicas vinculadas a las cajas del seguro médico. Estas farmacias están obligadas a proveer al asegurado de los medicamentos prescritos y a sustituirlos por medicamentos más baratos siempre que la receta médica solo

se refiera al principio activo o que no excluya expresamente la posibilidad de sustituir el medicamento prescrito por otro equivalente (§ 129 (1) 1 SGB V).

Con el fin de rebajar los costes vinculados a la adquisición de medicamentos, el legislador reformó el Código de la Seguridad Social en 2003 permitiendo que las cajas aseguradoras y las farmacéuticas celebraran contratos que incluyeran descuentos en el precio². De este modo se quería asegurar, asimismo, el suministro de dichos productos (Gabriel y Burholt, 2017, p. 323). El modelo fue un éxito. En 2015 se habían celebrado más de 21.000 contratos con descuento para la adquisición de más de 15.000 medicamentos (Hansen y Heilig, 2017, p. 291). Los contratos se llevaron a cabo de dos formas distintas: algunas cajas optaron por procedimientos ordinarios de contratación pública; otras cajas empezaron a utilizar en 2007 un sistema de acuerdos con algunas farmacéuticas para que toda su producción de ciertos genéricos tuviera descuento –a esta técnica se la denominó contratos de cartera de productos (*Portfolioverträge*)–.

La segunda fórmula de contratación facilitó en gran medida el acceso al mercado de productores de genéricos, sin necesidad de participar en procedimientos de licitación, largos y costosos (Hansen y Heilig, 2017, p. 291). Sin embargo, surgieron las dudas en la comunidad jurídica sobre la posibilidad de que se estuvieran adjudicando directamente contratos públicos sin la preceptiva licitación. En 2007, el órgano administrativo federal de recursos contractuales³ y el Tribunal Superior Regional de Düsseldorf⁴ se pronunciaron en contra de la posibilidad de adjudicar los contratos señalados sin un procedimiento competitivo. Consideraron que eran contratos públicos sometidos a las reglas de adjudicación del Derecho europeo. Posteriormente, en 2008, el legislador federal estaba tan convencido de la necesidad de aplicar las reglas de contratación pública en estos casos que reformó el Código de la Seguridad Social para que no cupiera ninguna duda al respecto⁵.

A pesar de esta reforma legal y de los pronunciamientos señalados, las *Krankenkassen* continuaron celebrando acuerdos sobre carteras de productos sin licitación previa. Así que el legislador federal reformó de nuevo el Código de la Seguridad Social para establecer que todos los contratos sobre carteras de productos celebrados con anterioridad se extinguirán el 30 de abril de 2013. En ese contexto, para compensar la elevación de costes que supondría el cambio de modelo, algunas cajas aseguradoras comenzaron a adquirir medicamentos con descuento a partir de sistemas «open-house», que también se llamaron «open-book» o procedimientos de participación o admisión (*Zulassungsverfahren*) (Hansen y Heilig, 2017, p. 292) –en la publicación de estos procedimientos en TED se utiliza habitualmente el término «open-house»–. De acuerdo con este sistema, las cajas del seguro médico señalan el descuento deseado en determinados medicamentos y contratan en idénticas condiciones con todas las farmacéuticas que estén interesadas (Gabriel y Burholt, 2017, p. 324). Posteriormente, será el médico, el farmacéutico o el paciente quien elegirá comprar los medicamentos a uno u otro operador; la caja aseguradora pagará a cada una de las farmacéuticas en función del gasto que se haya realizado efectivamente. En este modelo, los operadores no pueden influir en las condiciones establecidas, que se fijan unilateralmente por las cajas (Hansen y Heilig, 2017, p. 292). Además, para garantizar los principios de transparencia y de igualdad de trato, la celebración de estos contratos se publica a nivel europeo.

Esta fórmula de contratos o procedimientos «open-house» se ha valorado positivamente por una parte importante de la doctrina alemana. Desde una perspectiva económica se considera que puede ser útil cuando se produce una transición entre una patente que expira y el establecimiento de un mercado de genéricos; en este supuesto la utilización del modelo «open-house» puede contribuir a desarrollar el mercado. En la misma línea de garantía de buen funcionamiento del mercado, se entiende que estas técnicas pueden contribuir al mantenimiento de la competencia en supuestos de adquisición de principios activos que están protegidos por una patente –en el caso, claro está, de que esa competencia sea posible–. La mayor parte de las farmacéuticas parece estar conforme con este sistema que les permite ocupar un espacio en el mercado sin correr el riesgo de ser expulsados del mismo durante varios años en el caso de fracasar en un proceso de licitación pública (Bauer, Hunold et al., 2015, p. 208). Además, no tienen que arriesgar el coste de participar en una licitación cuyo resultado es incierto (Gaßner y Strömer, 2014, p. 811). No obstante, otras empresas señalan que la fija-

² La reforma se llevó a cabo mediante la Ley de garantía de las contribuciones al seguro médico y a las pensiones (*Beitragssatzsicherungsgesetz vom 23-12-2002, BGBI I S. 4637*).

³ Por todas, la resolución VK Bund, Beschl. v. 15-11-2007, VK 2-105/07, GesR 2008, 32-36f.

⁴ La referencia de la sentencia es: OLG Düsseldorf Beschl. v. 19-12-2007, VII-Verg 49/07, juris.

⁵ La modificación se llevó a cabo mediante la Ley sobre la estructura organizativa y el desarrollo del seguro médico de 15 de diciembre de 2008 (*GKV-Organisationsstruktur-Weiterentwicklungsgesetz vom 15-12-2008, BGBI I S. 2426*).

ción unilateral de precios por las cajas del seguro médico no tiene ninguna contrapartida positiva, ya que en los contratos públicos al menos se consigue la exclusividad durante su periodo de duración (Hansen y Heilig, 2017, p. 292). Desde el punto de vista de la calidad del servicio, se afirma que los contratos «open-house» aumentan la probabilidad de que el asegurado encuentre el medicamento prescrito en su farmacia, reduciendo las disfunciones que puedan derivarse de los problemas de suministro y producción (Gaßner y Strömer, 2014, p. 811; también Gabriel y Burholt, 2017, p. 325). Este efecto positivo aumenta en el caso de medicamentos que no pueden sustituirse por otros, como sucede en el caso de biosimilares (Hansen y Heilig, 2017, p. 292).

Las ventajas señaladas no han impedido que la comunidad jurídica alemana haya estado inmersa durante años en un debate sobre la compatibilidad de los contratos «open-house» con las normas europeas de contratación pública. En esta discusión han participado tanto los órganos de la jurisdicción social y de la jurisdicción civil, como los órganos administrativos de recursos contractuales, que han resuelto numerosos recursos interpuestos contra la celebración de estos contratos. A continuación, se describen brevemente los hitos más destacados en la discusión.

El Tribunal de lo Social del *Land* de Renania del Norte-Westfalia se pronunció a favor de los contratos «open-house» en 2010. Señaló que la existencia de una decisión de elección de un operador frente a otro era determinante para aplicar el Derecho de contratación pública. Por esa razón, en los contratos «open-house» no existiría contrato público, porque no hay selectividad o exclusividad de un operador frente a otro. Además, indicó que el Derecho europeo no obliga a los poderes adjudicadores a licitar contratos públicos para proveerse de bienes, obras y servicios en el mercado; pueden utilizar otras técnicas al margen de los contratos públicos (en detalle, Neun, 2016, p. 682)⁶. En sentido opuesto, la jurisprudencia del órgano federal de recursos contractuales (*Vergabekammer des Bundes*)⁷ entendió que la salvaguardia de la competencia en el mercado interior impide que los poderes adjudicadores adjudiquen contratos sin un procedimiento previo de licitación, por lo que procedió a anular varios procedimientos de este tipo (Brackmann, 2014, p. 530; Gaßner, 2016, p. 768; Portner y Rechten, 2017, p. 587). A su juicio, las normas de contratación pública no prevén la existencia de una adjudicación compartida entre varios operadores, no exclusiva, lo que supondría que los contratos «open-house» son contrarios a Derecho⁸.

Este debate se clausuró definitivamente con el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE preguntando por la compatibilidad de los contratos «open-house» con el Derecho europeo (Gaßner y Sauer, 2018, p. 289). El eje de la cuestión se centraba en determinar si una decisión de un poder adjudicador que no supone elegir a un operador frente a otros puede considerarse o no contrato público y, por tanto, si debe someterse a las reglas contenidas en las Directivas. El TJUE concluyó que la existencia de selección y exclusividad es un elemento esencial de los contratos públicos, por lo que los contratos «open-house» son conforme a Derecho y quedan al margen de la aplicación del Derecho secundario. Seguidamente se exponen los supuestos de hecho que dieron lugar a los pronunciamientos del Tribunal, con el fin de contextualizarlos adecuadamente.

1.2. Los supuestos de hecho de las sentencias europeas de referencia

El *leading case* europeo en materia de contratos «open-house» es la sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016 recaída en el asunto Falk Pharma (C-410/14). La sentencia resuelve una cuestión prejudicial interpuesta por el *Oberlandesgericht* de Düsseldorf (Alemania) en el marco del litigio suscitado entre Dr. Falk Pharma GmbH (empresa privada) y DAK Gesundheit (caja pública o entidad gestora del seguro médico), con intervención de Kohlpharma GmbH (empresa privada)⁹.

DAK había puesto en marcha un sistema de contratos de rebaja en el precio con farmacéuticas que comercializaban medicamentos cuyo principio activo fuese la mesalazina. Previamente había publicado en

⁶ LSG Renania del Norte-Westfalia, sentencia de 14 de abril de 2010 – L 21 KR 69/09 SFB, NZBau 2010, 653. En un sentido similar: LSG Baden-Württemberg, sentencia de 23 de enero de 2009, L 11 WB 59/71/08; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11-1-2012 – VII-Verg 67/11, BeckRS 2012, 06486; y 2. VK-Bund Beschl. 21-01-2015 – VK 2-113/14.

⁷ Estos órganos de recursos contractuales son muy similares a los españoles en la medida en que también tienen naturaleza administrativa y existen a nivel federal y regional (Díez Sastre, 2012: 146 ss.).

⁸ Entre otras, las siguientes resoluciones: VK-Bund Beschl. v. 21-1-2015 – VK 2-113/14; VK-Bund Beschl. v. 20-2-2014 – VK 1-4/14, juris, núm. margen 50 ss.; VK-Bund Beschl. v. 6-7-2011 – VK 3-80/11, juris, núm. margen 96 ss.; VK-Bund Beschl. v. 15-6-2011 – VK 3-65/11, juris, núm. margen 73 ss.; VK-Bund Beschl. v. 14-6-2011 – VK 3-62/11, juris, núm. margen 86 ss.; VK-Bund Beschl. v. 10-6-2011 – VK 3-59/11, juris, núm. margen 74 ss.; VK-Bund Beschl. v. 12-11-2009 – VK 3-193/09.

⁹ OLG Düsseldorf: «Open-house» Konzept, NZS 2014, pp. 822-826.

el DOUE un anuncio relativo a un procedimiento para la celebración de estos contratos, señalando que no se sometía al Derecho de contratos públicos –aunque el TJUE no utiliza el término, se trataría de un contrato «open-house»–. DAK trataba de cumplir, de este modo, con lo dispuesto en el SGB, que, en ciertas circunstancias, obliga a los farmacéuticos a suministrar este tipo de productos en el marco de un contrato de rebaja en el precio con una duración máxima de dos años (arts. 129.1 y 130a, apartado 8). En relación con el procedimiento, merece la pena detenerse en la descripción que realiza el TJUE:

«[d]icho procedimiento preveía la participación de todas las empresas interesadas que cumplieran los requisitos de admisión y la celebración con cada una de esas empresas de contratos idénticos, cuyas condiciones estaban preestablecidas y no eran negociables. Además, cualquier otra empresa que cumpliese dichos requisitos podía adherirse, en las mismas condiciones, al sistema de acuerdos de rebaja durante el periodo de rebaja de éste (sic).».

En el marco del procedimiento señalado, DAK celebró un contrato con Kohlpharma, la única empresa que manifestó su interés por el anuncio; unos días después se publicó en el DOUE. Semanas más tarde, Falk Pharma interpuso recurso ante el órgano federal de recursos contractuales, alegando que el sistema de acuerdos era incompatible con el Derecho de contratación pública –este tipo de recursos había sido muy habitual en la práctica en relación con este sistema de adquisición de medicamentos (Brackmann, 2014, p. 529)–. DAK y Kohlpharma adujeron que los poderes adjudicadores no están obligados a adjudicar contratos de carácter exclusivo, mientras que Falk Pharma interpretó que los poderes adjudicadores tienen obligación de convocar una licitación para adquirir bienes en el mercado. A juicio del órgano federal de recursos contractuales no parece que el Derecho primario o el Derecho secundario obliguen a celebrar contratos públicos en todas las adquisiciones. Del mismo modo que en su día se admitieron las concesiones de servicios –antes de su regulación en la Directiva 23/2014/UE (STJUE Eurawasser, C-206/08)–, caben otras técnicas distintas de los contratos públicos que integran el catálogo de formas disponibles para que los entes públicos se provean de bienes y servicios en el mercado (Brackmann, 2014, p. 530).

Esta decisión del órgano federal de recursos contractuales se impugnó por Falk Pharma ante el OLG de Düsseldorf. Este órgano judicial decidió dirigir una cuestión prejudicial al TJUE para zanjar el debate abierto desde hacía años en Alemania. Planteó dos preguntas al Tribunal: la primera es si puede entenderse que hay contrato público en el sentido del artículo 1.2 a) Directiva 2014/18/UE –vigente en el momento de plantear la cuestión– cuando un poder adjudicador organiza un procedimiento que conduce a celebrar uno o varios contratos sin seleccionar a uno o varios operadores económicos. En el caso de que la selección sea un elemento característico del contrato público, la segunda pregunta se centra en determinar cuáles son los requisitos procedimentales que deben concurrir para no seleccionar a uno o varios operadores económicos en el marco del procedimiento de este tipo. El órgano entiende que pueden ser los siguientes:

- a) publicación a nivel europeo del procedimiento;
- b) fijación de normas inequívocas sobre la celebración del contrato y la adhesión a este;
- c) establecimiento previo de las condiciones contractuales para que ningún operador económico pueda influir en el contenido del contrato;
- d) garantía de adhesión en todo momento;
- e) y publicación de la celebración de los contratos a nivel europeo.

Junto al supuesto de hecho de Falk Pharma, hay que referirse al asunto Tirkonen resuelto en la sentencia de 1 de marzo de 2018 (C-9/17). En este caso, se presenta cuestión prejudicial por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de Finlandia (*Korkein hallinto-oikeus*) en el marco de un procedimiento iniciado por Dña. María Tirkonen contra la agencia del espacio rural de este país. Esta agencia había abierto un procedimiento para seleccionar a los prestadores de servicios de asesoramiento a explotaciones agrarias. Conforme al sistema finlandés, los agricultores que cumplen ciertos requisitos pueden acudir a cualquiera de los asesores que sean parte del sistema; posteriormente, el Estado retribuye al asesor por el trabajo realizado en función de las horas de servicio (Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona, 13-12-2017, Tirkonen, Asunto C-9/17).

En el procedimiento de creación de este «pool» de asesores se abrieron dos fases: la primera se refería a criterios de aptitud y criterios mínimos; la segunda consistía en un examen. Dña. María Tirkonen fue excluida en la primera fase por no haber cumplido correctamente uno de los formularios. En su recurso alega que el procedimiento no se refería a la adjudicación de un contrato público, sino a un régimen de licencia y que, por tanto, se le debía reconocer el derecho a completar su expediente. Tras la desestimación

de su recurso interpuso recurso de casación, en cuya sede el Tribunal Supremo se pregunta por el carácter contractual o no del sistema de asesoramiento descrito desde el punto de vista del Derecho europeo. Al respecto, afirma el Tribunal nacional que en la licitación no se establecía ningún criterio de adjudicación que permitiera comparar las ofertas entre sí y que, por tanto, la agencia del espacio rural no pudo valorar ni comparar las proposiciones presentadas. Simplemente, todos los participantes que cumplían los requisitos y superaron el examen se incorporaron al sistema, que se configuró como un acuerdo marco. Ahora bien, a diferencia del supuesto de Falk Pharma, señala el Tribunal finlandés que en este caso el sistema no estaba abierto de forma permanente, sino que se cerraba durante un tiempo tras la adopción de la resolución de adjudicación definitiva. En esta situación, pregunta al TJUE si un sistema como este puede considerarse un contrato público desde el punto de vista del Derecho europeo.

En los dos casos señalados, Falk Pharma y Tirkonnen, el TJUE llega a la conclusión de que no existe un contrato público y que, por tanto, no se aplican las reglas del Derecho de la contratación pública. El motivo fundamental es que no existe una decisión de selección del poder adjudicador, que beneficie a unos operadores económicos frente a otros. En ese espacio encajaría el concepto de contrato «open-house» acuñado por la doctrina alemana, que se trata de definir seguidamente.

2. EL CONCEPTO DE CONTRATO «OPEN-HOUSE»

Como se ha visto hasta el momento, el concepto de contrato «open-house» surge en Alemania para designar una forma de adquisición de medicamentos en el mercado muy concreta, caracterizada, principalmente, por la inexistencia de una decisión de selección de un operador económico. A partir de esa caracterización es posible elaborar un concepto jurídico de contrato «open-house» útil para determinar su régimen jurídico y posible encaje en el ordenamiento jurídico de otros Estados miembros más allá del Derecho germánico. Con esa finalidad debe realizarse un proceso de abstracción de las notas del concepto que delimiten su intensión. Asimismo, debe valorarse la idoneidad del término utilizado para designarlo (Díez Sastre, 2018a, pp. 118-144). En esa tarea es imprescindible tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE. Ahora bien, hay que advertir que los pronunciamientos del TJUE en esta materia no están encaminados a caracterizar este tipo de adquisición de bienes en el mercado; de hecho, no se refieren en ningún momento al término contrato o procedimiento «open-house». El Tribunal se limita a resolver las preguntas planteadas en la respectiva cuestión prejudicial. Esas preguntas se orientan a dilucidar si este tipo de fórmulas debe considerarse o no sujeto a las disposiciones de las Directivas de contratación pública. Por esa razón, la propuesta de concepto de contrato «open-house» que se ensaya en este trabajo se nutre, en positivo, de la configuración que se le ha dado en el Derecho alemán y, en negativo, de la jurisprudencia del TJUE, centrada en destacar aquellos elementos que diferencian este tipo de contratos de los contratos públicos regulados en las Directivas –se realiza, de este modo, una definición *per genus proximum et differentiam specificam* (Díez Sastre, 2018a, p. 175)–.

2.1. Notas definitorias

La jurisprudencia del TJUE en los asuntos descritos se esfuerza en definir el concepto de contrato público y distinguirlo de otras formas de adquisición, como es el caso de los contratos «open-house». La definición de un concepto permite determinar su intensión, esto es, cuáles son las notas necesarias y suficientes que deben darse en un fenómeno de la realidad para entender que está comprendido en el concepto de que se trate. En el ámbito jurídico la fijación de la intensión de un concepto puede tener gran trascendencia, en la medida en que puede llevar a anudar consecuencias jurídicas a los fenómenos que se consideren englobados en el mismo (Díez Sastre, 2018a, p. 49). En el caso de los contratos «open-house», es posible identificar una serie de notas definitorias referidas a las partes, el objeto, la onerosidad, así como la existencia de selectividad o exclusividad. Además, cabe preguntarse si la apertura del sistema durante su vigencia es o no una nota definitoria de estos contratos. A continuación, se desarrolla cada una de ellas.

2.1.1. Partes

Una de las notas definitorias de los contratos «open-house» es la determinación de las partes del contrato. Desde el punto de vista del ente contratante, en la medida en que el concepto de contrato «open-house» se acuña en la órbita de influencia del Derecho europeo, la entidad pública debe ostentar la condición de

poder adjudicador (Gaßner, 2016, p. 767). Para ello debe reunir una serie de requisitos: tener personalidad jurídica propia, realizar una parte de actividad de interés general, al margen del funcionamiento normal del mercado, y estar controlada o financiada mayoritariamente por otro poder adjudicador. Esos requisitos deben interpretarse funcionalmente conforme a la jurisprudencia del TJUE¹⁰.

La exigencia de cumplimiento de los requisitos de poder adjudicador se explica porque las reglas europeas de contratación pública, derivadas tanto del Derecho primario como del Derecho secundario, se proyectan únicamente sobre este tipo de entidades, así como sobre las entidades adjudicadoras definidas en el marco de la contratación en sectores especiales («Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo (sic) parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, 2006/C 179/02»). De hecho, en el supuesto de Falk Pharma, la entidad adjudicadora era una caja pública del seguro médico (DAK); este tipo de entidades ostenta la condición de poder adjudicador según la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 11 de junio de 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07). En el asunto Tirkonen, la agencia de desarrollo rural de Finlandia también parece reunir la condición de poder adjudicador, aunque no se ofrecen datos para llevar a cabo ese análisis. Si un ente no reúne la condición de poder adjudicador, su contratación se somete a las reglas del Derecho interno, pero no a las normas europeas –así sucede en España, conforme a lo dispuesto en el Libro III de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)–. De modo que no habría problema para diferenciar un contrato «open-house» de un contrato público si quien contrata no es poder adjudicador, porque en ese caso no habría contrato público únicamente por esa razón subjetiva y no se aplicaría el Derecho europeo.

Desde la perspectiva del contratista, hay que destacar que el contrato «open-house» se dirige a un número indeterminado de operadores económicos que pueden tener interés en realizar la prestación requerida por la entidad pública. No puede hablarse de un contratista en exclusiva, como sucedería en un contrato público, sino de un conjunto de posibles contratistas. Como se ha señalado anteriormente, el ente contratante realiza una *oferta ad incertas personas* (Gaßner, 2016, p. 767). A estos efectos, podría formar parte del contrato «open-house» cualquier operador económico, definido en el artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE la condición de operador económico debe interpretarse de forma amplia. Puede ser una persona física o jurídica, una entidad pública o una agrupación de esas personas o entidades siempre que estén en condiciones de realizar la prestación que se requiere por la entidad contratante. A estos efectos es irrelevante que la persona o entidad tenga o no ánimo de lucro, o que solo realice esas actividades de forma ocasional; lo determinante es su capacidad para intervenir en el mercado ofreciendo bienes y servicios¹¹.

2.1.2. Objeto

La estructura de la relación establecida entre la entidad contratante y los proveedores en los contratos «open-house» condiciona el objeto idóneo en esta forma de adquisición. De forma que el objeto de este tipo de contratos presenta algunas diferencias con respecto al objeto de los contratos públicos (Gaßner, 2016, p. 768). Ciertamente, en los asuntos resueltos por el TJUE las prestaciones adquiridas mediante contratos «open-house» podrían haber sido objeto de un contrato público. En la sentencia Falk Pharma el contrato tenía como objeto el suministro de productos farmacéuticos y en la sentencia Tirkonen se contrataban servicios de asesoramiento en el ámbito de la agricultura.

Ahora bien, puesto que en los contratos «open-house» no puede existir una decisión de selección, ni, en consecuencia, criterios de valoración de ofertas, sería necesario identificar aquellas prestaciones en las que esta forma de adquisición ofrece más ventajas por las propias características del objeto del contrato o por la especial estructura del mercado. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando se vaya a comprar bienes y servicios comunes, que puedan describirse de forma sencilla y clara, y que se presten de forma tendencialmente homogénea, sin grandes diferencias entre los distintos proveedores. En esa línea, los contratos

¹⁰ Entre otras, SSTJUE Mannesmann, C-44/96; BFI Holding, C-360/96; Agorà, C-223/99 y C-260/99; Universale-Bau, C-470/99; Adolf Truley, C-373/00; Riitta Korhonen, C-18/01; Comisión c. España, C-84/03; Bayerischer Rundfunk, C-337/06; Ing. Aigner, C-393/06; Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07; Comisión c. Alemania, C-536/07; Wall AG, C-91/08; IVD, C-526/11; LitSpecMet, C-567/15; NKBM, C-215/17; y Asmel, C-3/19.

¹¹ Al respecto, SSTJUE CoNISMa, C-305/08; Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11; Spezzino, C-113/13; Data Medical Service, C-568/13; Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14; y Parsec Fondazione, C-219/19.

«open-house» pueden ajustarse bien a aquellos casos en que la entidad contratante tenga una necesidad constante de abastecimiento de algún tipo de producto o servicio; o en los supuestos en que los productos o servicios se destinan a los usuarios, que podrán elegir entre distintos proveedores. Más discutible sería la posibilidad de que un contrato de estas características tenga como objeto una obra, en la medida en que es necesario que la prestación pueda llevarse a cabo de forma igual por un número indeterminado de operadores, aunque es una posibilidad que no puede descartarse de antemano.

En cualquier caso, lo relevante es que el contrato «open-house» no está vinculado a ningún sector concreto de actividad por sus especiales características –como podría pensarse en el caso de las prestaciones sociales y sanitarias (Gaßner, 2016, p. 769; Csaki, 2018, p. 598)–. El TJUE admite su utilización en cualquier sector siempre que se reúnan las condiciones que permiten su exclusión del ámbito de aplicación de Derecho de contratos públicos. De manera que es una forma de adquisición al margen de las normas europeas, sin perjuicio del ámbito de actividad sobre el que se proyecte. La doctrina del Tribunal de Justicia debe aplicarse a cualquier procedimiento que conduzca a un resultado compartido o no exclusivo (Neun, 2016, p. 681; Kimmig, 2017, p. 30).

2.1.3. Onerosidad

La siguiente nota definitoria del concepto de contrato «open-house» es la onerosidad. Conforme al artículo 2.1.5) Directiva 2014/24/UE, los contratos públicos son «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios». La onerosidad se refiere simplemente a la generación de obligaciones y derechos patrimoniales recíprocos entre las partes del contrato (Vilalta Reixach, 2018, p. 348)¹². Por esa razón, el TJUE reconoce que los contratos celebrados con cada uno de los operadores económicos en el marco de un contrato «open-house» puede considerarse un contrato oneroso que cumple los requisitos para considerarse un contrato público. Al fin y al cabo, se trata de una forma de adquirir bienes y servicios en el mercado a cambio de un precio. La existencia de onerosidad es, probablemente, lo que permite caracterizar a estos acuerdos como verdaderos contratos, aunque no sean contratos públicos desde la óptica del Derecho europeo. Además, los separa de técnicas distintas que no tienen carácter contractual, como, por ejemplo, las licencias o autorizaciones sin límites ni cuotas.

2.1.4. Ausencia de selectividad

Las notas definitorias expuestas expresan pocas diferencias con los contratos públicos. Junto a ellas, la característica esencial, que ayuda a distinguir definitivamente un contrato «open-house» de un contrato público, es la ausencia de una decisión previa de selección por parte del poder adjudicador (Gaßner, 2016, p. 768). El TJUE entiende que no hay contrato público cuando, cumpliéndose el resto de los requisitos propios de un contrato público –desde un punto de vista subjetivo y objetivo–, no existe selección por el poder adjudicador de un operador económico frente a otros ni, por tanto, exclusividad del adjudicatario frente a sus competidores –tal y como alegaba el órgano de recursos alemán en la sentencia Falk Pharma– (Portner y Rechten, 2017, p. 587). De este modo, el Tribunal introduce un elemento teleológico esencial en el concepto de contrato público (Kimmig, 2017, p. 30). Además, pone fin a la oscilación jurisprudencial que debatía en Alemania si la existencia de una decisión selectiva era consecuencia de la existencia de un contrato público o un elemento no escrito del supuesto de hecho de las normas de contratación pública –a pesar de no aparecer expresamente en el tenor literal, ni en la motivación o sistemática de las normas de contratos públicos en el momento en que se planteó la cuestión prejudicial en 2014– (Gaßner y Strömer, 2014, p. 812; Käser, 2018).

Para el Tribunal, «la elección de una oferta –y, por tanto, de un adjudicatario– es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos públicos (...) y, por consiguiente, al concepto de contrato público» (STJUE Falk Pharma). Las disposiciones de las Directivas de contratos públicos sirven para realizar los principios del TFUE, así como para proteger los intereses de los operadores económicos europeos (Kimmig, 2017, p. 33). Cuando no existe una selección por el poder adjudicador, no existe ningún peligro para la competencia ni ninguna necesidad de aplicar las estrictas reglas de contratación pública. No hay riesgo

¹² SSTJUE Ordine degli Ingegneri delle Provincia di Lecce y otros, C-159/11; Piepenbrock, C-386/11; e IBA Molecular Italy Srl, C-606/17.

de discriminación —que conduzca a una preferencia de operadores nacionales frente a extranjeros—, ni de concesión de una ventaja económica a un operador económico cuando se articula un sistema que admite a todos los operadores que reúnen los requisitos previamente establecidos (Csaki, 2018: 599). El resultado es un concepto de contrato público inescindiblemente unido a la existencia de una decisión selectiva (Wollenschläger, 2010, p. 526; Gaßner, 2016, p. 768; Kimmig, 2017, p. 33). Esta interpretación jurisprudencial se alinea perfectamente con lo dispuesto en distintos preceptos de las vigentes Directivas de contratos (Directiva 2014/23/UE, en adelante, DC; Directiva 2014/24/UE, en adelante, DCP; y Directiva 2014/25/UE, en adelante, DS)¹³. Sin ánimo de exhaustividad, pueden ofrecerse los siguientes ejemplos:

- a) En la propia definición de contratación pública, el artículo 1.2 DCP incluye expresamente la idea de selección de los operadores económicos: «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, los suministros o los servicios estén o no destinados a un fin público».
- b) En la DCP, al regular el procedimiento restringido y la invitación a candidatos en determinados procedimientos se alude a los «candidatos seleccionados» (arts. 28.4 y 54.1 DCP; también en los arts. 46.2 y 74.1 DS); del mismo modo que se habla de los «participantes seleccionados» en relación con el diálogo competitivo (art. 30.3 DCP); y de la comunicación de datos a los «candidatos descartados» (art. 55.2 DCP) —el artículo 40 DC también se refiere a la información sobre los «licitadores seleccionados»—. En sede de modificación de contratos, se establece como una de las condiciones para entender que una modificación es sustancial el límite de la posible «selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente» (art. 72.4 a) DCP). Para llevar a cabo esa tarea de selección deben emplearse criterios de adjudicación, que son fundamentales para la contratación pública, como indica el Considerando 89 DCP: «La noción de criterios de adjudicación es clave en la presente Directiva [...] en último término, todas las ofertas ganadoras deben haberse escogido con arreglo a lo que el poder adjudicador considere la mejor solución, económicamente hablando, entre las recibidas».
- c) El Considerando 4 DCP alude a la existencia de diversas acciones públicas que suponen el desembolso de fondos públicos sin ser contratos públicos: es el caso de las subvenciones y de las «situaciones en las que todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a desempeñar una determinada tarea, sin ningún procedimiento de selección», como los modelos de elección por clientes o los cheques de servicios, que son simples regímenes de autorización (por ejemplo, licencias de medicamentos o servicios médicos). En esos casos, dice la Directiva que «no deben entenderse como una contratación» —en la versión inglesa su utiliza el término procurement para referirse a esa contratación, lo que deja más claro que esos supuestos quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, aunque puedan considerarse contratos a nivel interno—.
- d) Por último, en la regulación de las concesiones y de la contratación en los sectores excluidos también aparecen claras referencias a la selectividad como criterio de aplicación de sus reglas. Se habla del «procedimiento que conduce a la selección del concesionario» (Cdo. 68 DC), así como de la selección y evaluación cualitativa de los candidatos (arts. 38 DC y 78 DS); y en el Considerando 13 DC se afirma que: «Los regímenes en los que todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a realizar una determinada tarea, sin selectividad alguna, tales como los sistemas de elección por el cliente y de bonos de servicios, no deben considerarse concesiones [...]».

Tanto la jurisprudencia del TJUE como las Directivas abren un espacio más allá de los contratos públicos, que permite adquirir bienes y servicios en el mercado sin necesidad de licitar. Los contratos «open-house» ocupan ese espacio, en cuanto que se refieren a la celebración de contratos sin que exista una decisión previa que elija a un operador frente a otros. En la práctica, esa inexistencia de selectividad se traduce en la imposibilidad de utilizar criterios de valoración o adjudicación de ofertas que permita comparar entre ofertas¹⁴. Solo pueden emplearse criterios de selección o admisión (*Zulassung*) (Dreher, 2019, p. 276).

¹³ La cursiva en las citas de las distintas Directivas a lo largo del texto es mía.

¹⁴ STJUE Tirkonnen, C-9/17.

Al respecto, hay que atender a la diferencia entre criterios de selección y de adjudicación que ha establecido el TJUE. El Tribunal recuerda que no son criterios de adjudicación aquellos que no están orientados a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que se vinculan a «la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión»¹⁵. En los contratos «open-house» solo cabrían criterios de selección, que aseguren la capacidad de los proveedores para ejecutar la prestación en las condiciones establecidas por la entidad contratante.

2.1.5. ¿Apertura permanente?

La última de las notas definitorias de los contratos «open-house» tiene que ver con su carácter abierto, esto es, con la posibilidad de que cualquier operador interesado se sume al contrato durante su periodo de vigencia. La apertura permanente de este sistema de contratación se ha considerado tradicionalmente un elemento esencial en la doctrina alemana. En ese sentido, se plantea la posibilidad de que los contratos «open-house» sean cruzados, incorporando a nuevos operadores económicos o a nuevos poderes adjudicadores (Gaßner, 2016, p. 768). Sin embargo, el TJUE ha negado la necesidad de esta característica para entender que no hay contrato público. La sentencia del asunto Tirkonnen señala que es posible que el sistema se cierre durante un periodo de tiempo, sin que ello suponga que se esté ante la celebración de un contrato público o de un acuerdo marco. Entiende el Tribunal que lo determinante es la ausencia de criterios de adjudicación en el procedimiento que permitiera valorar y comparar las ofertas admisibles. Si no existió una decisión de selección no se está ante un contrato público, con independencia de que la posibilidad de contratar estuviera abierta o se cerrara durante el periodo de vigencia de los contratos. De manera que un contrato «open-house» puede cerrarse por el tiempo que dure su vigencia del mismo modo que un acuerdo marco. La diferencia, una vez más, radica en la ausencia de criterios de valoración de ofertas y, por tanto, de una decisión de selección o adjudicación.

2.2. Nombre del concepto

Tras la determinación de las notas definitorias del concepto de contrato «open-house», hay que referirse a la idoneidad del término, esto es, del nombre con el que se designa. La jurisprudencia del TJUE no utiliza en ningún momento el término contrato «open-house». Se refiere de forma neutra a la celebración de sistemas de acuerdos que permiten la participación de varios operadores. Ya se ha señalado que el TJUE no tiene intención de perfilar los contratos «open-house» en sus sentencias. Solo pretende trazar la línea que separa a los contratos públicos de otras figuras. El término contrato «open-house» sí se utiliza, sin embargo, de forma habitual, en la doctrina y jurisprudencia alemanas para referirse a este tipo de fórmulas. Esta denominación se apoya en la tradición alemana de que el sistema de contratación esté abierto a cualquier operador económico durante su periodo de vigencia; aunque, en Alemania, algunos autores prefieren utilizar otros nombres para referirse al mismo fenómeno: es el caso de los contratos no exclusivos (Kimmig, 2017, p. 30) o de los procedimientos de admisión o participación (*Zulassungsverfahren*) (Gabriel y Burholt, 207, p. 323; Käser, 2018).

Estas reflexiones son importantes en la medida en que esta forma de contratar puede tener interés más allá del Derecho alemán, lo que supone que debe denominarse de alguna manera. Al respecto, hay que atender a los criterios de formación de los conceptos jurídicos referidos al término (Díez Sastre, 2018a, pp. 193-196). Aunque el TJUE no exija la apertura del sistema de contratos durante su vigencia, parece que la terminología de contrato «abierto» o de contrato «open-house» puede seguir siendo útil para referirse a un contrato donde todos los operadores pueden acceder sin necesidad de presentar ofertas y sin que exista una decisión de selección. Además, se trata de una terminología que entraña con la denominación de contrato «in-house» tan arraigada en el Derecho de los Estados miembros a partir de la jurisprudencia Teckal del TJUE¹⁶. Esto garantiza su familiaridad, así como su resonancia, al estar expresado en lengua inglesa. De este modo se mantiene también el término de origen del concepto, permitiendo contextualizarlo y seguir su evolución en el futuro.

¹⁵ SSTJUE Lianakis, C 532/06 y Ambisig, C-601/13, referidas a la distinción entre criterios de solvencia o aptitud y criterios de adjudicación o de valoración de las ofertas.

¹⁶ STUE Teckal, C-107/98.

3. EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS «OPEN-HOUSE»

La inexistencia de una decisión de selección en los contratos «open-house» justifica la exclusión del ámbito de aplicación de las reglas de contratación pública contenidas en las Directivas de 2014 (Portner y Rechten, 2017, p. 588; Dreher, 2019, p. 276). Si no hay contrato público que pueda afectar a la competencia en el mercado porque no se elige a un operador frente a otro, no hay que aplicar las reglas de contratación pública. Ahora bien, el hecho de que este tipo de contratos se sitúe al margen de las Directivas de contratación pública no supone que estén en un limbo jurídico. Es necesario dilucidar qué normas se les aplican tanto a nivel europeo como a nivel interno.

En efecto, los contratos «open-house» no se someten a reglas aplicables a los contratos públicos, como pueden ser, por supuesto, las relativas a los procedimientos de adjudicación, las comunicaciones electrónicas o la obligación de remitir información estadística (Gaßner, 2016, p. 768). Pero esto no excluye la aplicación de las normas del Derecho primario bajo determinadas circunstancias. Del mismo modo que sucede con los contratos públicos no sometidos o parcialmente sometidos al Derecho europeo, en el caso de que pueda identificarse un interés transfronterizo cierto¹⁷, habría que aplicar los principios del Derecho primario vinculados a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (Neun, 2016, p. 684; Hansen y Heilig, 2017, p. 295; Csaki, 2018, p. 599). Si ese interés transfronterizo no existiera, habría que remitirse a las normas del Derecho interno.

A nivel interno, hay que tener en cuenta que el TJUE no condiciona la consideración que se haga en cada Estado miembro en torno a la naturaleza de estos acuerdos, que debe determinarse en el ordenamiento jurídico nacional. En el Derecho alemán, donde se ha desarrollado la figura, este tipo de contratos tendría naturaleza civil. Se trata de contratos sometidos a una serie de reglas nacionales que trascienden los principios europeos: es el caso de la obligación de abrir un procedimiento de participación con publicidad (Gaßner, 2016, pp. 768-769); de la sujeción de este tipo de contratos a las reglas generales del Código Civil relativas a los contratos (Gaßner y Sauer, 2018, p. 291); así como de la aplicación de reglas de Derecho presupuestario que rigen la adquisición de bienes y servicios en el mercado por debajo de los umbrales de las directivas europeas. En esta misma línea, se señala la importancia que tiene la aplicación del principio de buena fe en la relación entablada entre el ente público y los operadores económicos (Gaßner, 2016, p. 769). La inexistencia de un régimen jurídico completo para este tipo de fórmulas en el Derecho interno se ha criticado en la doctrina. Sería necesario ofrecer mayor seguridad jurídica, sin mermar demasiado la posible creatividad del sector público en la utilización de esta herramienta. La reforma de 2016 que transpuso las Directivas europeas de 2014 se considera una oportunidad perdida para introducir una regulación suficiente de este tipo de contratos (Gaßner, 2016, p. 770).

4. LOS PROCEDIMIENTOS «OPEN-HOUSE»

La referencia general al Derecho aplicable a los contratos «open-house», debe complementarse con un análisis detallado a las directrices que se han establecido en torno al procedimiento que debe preceder a su celebración. El hecho de que no sea preciso licitar, no supone que se produzca una adjudicación directa (Gabriel, 2019: 568). La utilización de un procedimiento que no entraña selección es la causa de que no se consideren contratos públicos, pero ello no obsta a que deban someterse a algunos requisitos procedimentales que se han decantado en el Derecho europeo y, en mayor medida, en el Derecho alemán.

4.1. Directrices en el Derecho europeo

En la sentencia Falk Pharma, el órgano de recursos contractuales alemán pregunta al TJUE por los requisitos que garantizarían la conformidad a Derecho de un procedimiento «open-house». En concreto, alude a exigencias procedimentales ligadas a principios de Derecho primario: igualdad y no discriminación, así como de la obligación de transparencia. Al respecto, el Tribunal señala que solo cuando el objeto del contrato «open-house» tenga interés transfronterizo cierto, sería preciso someter su celebración a las normas fundamentales del TFUE. En concreto, debería respetar los principios de igualdad y no discriminación,

¹⁷ Sobre ese concepto, entre otras, SSTJUE SECAP y Santorso, C-147/06 y 148/06; «Spezzino» y otros, C-113/13; Generali-Providencia Biztosító, C-470/13; Enterprise Focused Solutions, C-278/14; y Comune di Fossano, C-318/15.

así como la obligación de transparencia, que se traduce en obligaciones de publicidad adecuadas con el fin de que los operadores económicos potencialmente interesados tengan conocimiento del procedimiento y de sus características esenciales (Käser, 2018; Dreher, 2019, p. 284). Más allá de estas precisiones, el Tribunal no llega a concretar cuáles han de ser los particulares requisitos procedimentales que deben concurrir (Gaßner, 2016, p. 769; también, Portner y Rechten, 2017, p. 588). Entiende que los Estados miembros tienen cierto margen de apreciación para establecer las medidas que garanticen el cumplimiento de esos principios en sus ordenamientos jurídicos¹⁸. El Derecho europeo abre, así, un amplio margen a los Estados miembros para concretar la forma de llevar a práctica este tipo de fórmula.

4.2. Directrices en el Derecho alemán

El debate suscitado en la comunidad jurídica alemana en torno a la conformidad a Derecho de los contratos «open-house» ha llevado aparejado el desarrollo de una serie de requisitos que deben acompañar su celebración y que se articulan en torno a las exigencias básicas de igualdad y no discriminación y publicidad.

4.2.1. Igualdad de trato y no discriminación

Los contratos «open-house» suponen la apertura de un procedimiento de participación con unas condiciones establecidas de antemano unilateralmente por el ente contratante que deben darse a conocer a los posibles interesados. Esto significa que es necesario abrir un procedimiento sobre la base de una documentación que contenga los requisitos vinculados a la ejecución de la prestación, descritos de forma neutral, sin favorecer a determinados productos o servicios (Portner y Rechten, 2017, p. 590). La información que se ofrezca por esta vía debe ser, además, adecuada para permitir la participación de los operadores económicos interesados. Debe contener suficiente información sobre el procedimiento, el clausulado del contrato que se firmará al terminar la tramitación, una descripción de la prestación a realizar, los criterios utilizados para la admisión de los operadores económicos, así como un modelo de aceptación por el operador de las condiciones del procedimiento (Wollenschläger, 2010, p. 592 y ss.; Portner y Rechten, 2017, p. 589).

Como se ha señalado, la principal característica de este procedimiento es que no puede incluir criterios de adjudicación que permitan comparar entre distintas ofertas. No se aplica el Derecho de la contratación pública porque no se genera una ventaja competitiva o una posición beneficiosa para un operador económico con respecto a otros. Por esa misma razón, no es posible negociar ningún aspecto de la prestación con los posibles interesados en el marco del procedimiento de participación (Schumm y Klumb, 2020; también Gaßner, 2016, p. 767 y Portner y Rechten, 2017, p. 589). El ente contratante se compromete a celebrar un contrato idéntico con cada uno de los operadores económicos que cumplan los requisitos establecidos en el procedimiento (Gaßner, 2016, p. 768). Solo puede entenderse que no hay selectividad ni exclusividad en la medida en que todos los interesados sean tratados del mismo modo. Si se beneficiara a uno por encima de los demás, dejaría de estarse ante una fórmula al margen del Derecho de contratos públicos (Gaßner y Sauer, 2018, p. 292).

Un problema importante que se plantea en relación con la garantía de igualdad de trato y no discriminación es lograr un tratamiento igual entre todos los operadores en la distribución de la prestación requerida. Como ejemplo, señala la doctrina al

emanar que una posibilidad sería que, entre todos los operadores económicos que han entrado en el sistema, preste el servicio aquel que lo haga con mayor rapidez. La rapidez en el suministro sería un criterio objetivo y admisible en todo caso (Gaßner, 2016, p. 769). Sin embargo, parece que ese criterio sí introduce una valoración cualitativa de la forma de llevar a cabo la prestación entre unos y otros operadores. Así que podría pensarse en otros criterios que no introduzcan ningún elemento de selección. Es lo que sucedería en un sistema de reparto por cuotas iguales entre todos los participantes, en un modelo de rotación con un sorteo previo o en la selección del operador de forma libre por parte del usuario de la prestación. Sea cual sea el criterio elegido, debe garantizarse la objetividad del reparto de la prestación entre todos los operadores y la igualdad de trato entre ellos (al respecto, en detalle, Malaviya, 2009, p. 138 ss.; Wollenschläger, 2010, p. 558 ss.).

¹⁸ Entienden, a mi juicio, erróneamente, que sí se asumen las exigencias apuntadas por el órgano de recursos alemán, Schumm y Klumb, 2020.

4.2.2. Publicidad

Junto a la garantía de igualdad de trato y no discriminación, el Derecho alemán pone especial énfasis en la publicidad que debe darse en la celebración de los contratos «open-house». A este respecto, se diferencia entre la publicidad del procedimiento y la publicidad de los contratos celebrados con posterioridad (Portner y Rechten, 2017, p. 588).

Por lo que respecta a la publicidad del procedimiento, el órgano federal de recursos contractuales señaló hace años que la publicación en la sede electrónica del poder adjudicador era insuficiente¹⁹. El deber de transparencia y la garantía de las libertades del mercado interior exigen que la publicidad se lleve a cabo a nivel europeo. Solo se ese modo se asegura que operadores de otros países con interés en la prestación puedan tomar parte en el procedimiento (Portner y Rechten, 2017, p. 588). Puesto que no existe una vía de publicación europea genérica, se considera que una buena forma de cumplir con esa exigencia es publicar el procedimiento en el diario electrónico de licitaciones (*tenders electronic daily*, TED), la versión online del Suplemento del DOUE (DO S) dedicado a la contratación pública europea.

Desde 2015 hasta 2021 se han publicado en TED más de 1.500 contratos de este tipo licitados por distintos poderes adjudicadores alemanes, la mayor parte cajas públicas del seguro médico. Y entre los meses de marzo y junio de 2020 se contabilizan más de 230 contratos adjudicados por esta vía en Alemania; la mayoría referidos a la adquisición de productos sanitarios y farmacéuticos²⁰. Los contratos aparecen como procedimientos «open-house» referidos a acuerdos marco que se adjudican mediante procedimiento abierto y con un único criterio de adjudicación, el precio. De este modo, se logra publicidad a nivel europeo cumplimentando los distintos elementos que exige TED para publicar licitaciones de contratos públicos. Esta práctica introduce, no obstante, un alto grado de inseguridad jurídica. Puede confundir a los operadores económicos que deben diferenciar las características de este tipo de contratos «open-house» de los contratos públicos, ya que todos se publican por el mismo medio y con la misma apariencia.

Por otro lado, existen dudas en cuanto a la obligatoriedad de la publicidad de los contratos celebrados. El TJUE no llegó a responder a la pregunta formulada sobre esta cuestión en la sentencia Falk Pharma. Parece que solo le preocupaba que se garantizara la publicidad del procedimiento con el fin de asegurar su conocimiento por potenciales operadores económicos interesados. De modo que puede interpretarse que esta publicidad no es obligatoria. Sin embargo, en la doctrina alemana se aducen argumentos a favor de esta exigencia (Portner y Rechten, 2017, p. 589). Así, el Considerando 126 de la Directiva 2014/24/UE señala la importancia de la transparencia en las decisiones en materia de contratación pública para evitar la corrupción. En esta misma línea, la STJUE Tele Austria (C-324/98) señaló que la publicidad debe servir a la apertura de la competencia, pero también para controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. Estas razones se consideran suficientes en la doctrina alemana para entender que los contratos «open-house» celebrados tras la tramitación del oportuno procedimiento también deben ser objeto de publicidad (Portner y Rechten, 2017, p. 589). Este es el único medio que permite controlar, además, que, efectivamente, la prestación se está llevando a cabo por todos los proveedores en las condiciones establecidas en la documentación previa.

5. EL ENCAJE DE LOS CONTRATOS «OPEN-HOUSE» EN EL DERECHO ESPAÑOL

Las reflexiones realizadas hasta el momento en torno a la caracterización jurídica de los contratos «open-house» conducen inevitablemente a la pregunta sobre su posible encaje en el Derecho español. Un análisis en profundidad de esa posibilidad excede del objeto de este trabajo. Aquí solo se identifican algunos casos que pueden estar relacionados con los contratos «open-house». Se trata de la utilización de esta figura en la reciente legislación de Illes Balears sobre la adquisición de medicamentos y, de forma breve, de otros casos que pueden canalizar las técnicas «open-house», como pueden ser las acciones concertadas o conciertos sociales y los procedimientos de licitación de la legislación de contratos públicos²¹.

¹⁹ BKartA, Beschl. v. 12-11-2009 – VK 3-193/09, BeckRS 2012, 50935.

²⁰ Información obtenida en TED; última consulta, 25 de enero de 2021.

²¹ En el nivel local, hay que referirse al Ayuntamiento de Vinaròs (Castellón) que ha sido pionero poniendo en marcha un modelo «open-house» para adquirir los cheques de alimentos y productos de primera necesidad que se ponen a disposición de las personas y familias en situación de vulnerabilidad.

Antes de iniciar este análisis, es necesario destacar, al menos, dos diferencias fundamentales con el Derecho alemán que conducen a unos efectos muy distintos en la posible incorporación de los contratos «open-house» en nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, hay que tener presente el reconocimiento legal de los contratos administrativos, que se relacionan con la noción europea de contrato público de una manera muy distinta a los contratos públicos alemanes considerados, a nivel interno, como contratos privados (Díez Sastre, 2012, p. 64 ss.). Por otro lado, es preciso atender a la densa normativa básica estatal en este ámbito (LCSP), muy alejada de la norma federal alemana en materia de contratos públicos (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB). El legislador estatal ha extendido el concepto de contrato público más allá de las exigencias del Derecho europeo (Díez Sastre, 2018b: p. 29 ss.), reduciendo considerablemente el margen disponible para la legislación autonómica de desarrollo. En concreto, la LCSP solo se remite a la normativa de las Comunidades Autónomas para regular «instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social» (D. A. 49.^a LCSP). Por esa razón, un problema fundamental que debe resolverse en el Derecho español es determinar si las Comunidades Autónomas tienen competencia, y con qué alcance, para articular formas de celebración de contratos «open-house».

5.1. Los contratos «open-house» en la legislación balear de adquisición de medicamentos

Recientemente se ha introducido una novedosa regulación a nivel autonómico en el ámbito de la compra de medicamentos que tiene como finalidad incorporar a nuestro ordenamiento jurídico los contratos «open-house». El legislador balear ha excluido expresamente del ámbito de aplicación de las reglas de contratación pública la adquisición de medicamentos con precios de venta de laboratorio fijados administrativamente para el Sistema Nacional de Salud o con precios de referencia (art. 16 Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19). Explica el legislador autonómico en la Exposición de Motivos que en estos casos no se deben aplicar los principios de la contratación pública en la medida en que se ha producido una negociación previa sobre los precios por una entidad pública. Además, señala que esta técnica atiende a la doctrina del TJUE de la sentencia Falk Pharma.

Descendiendo al detalle de la regulación, la Ley prevé que en los medicamentos con protección de patente se realice una adquisición directa (art. 17 Ley 2/2020). Para la compra de genéricos, medicamentos de referencia y, en principio, biosimilares, se introducen dos posibilidades: conforme a la primera es posible elegir entre los distintos productos ofertados por todos los proveedores que asuman una serie de condiciones previamente establecidas por el órgano competente para adquirirlos; además, se permite la incorporación de nuevos proveedores que asuman las condiciones señaladas (art. 18.1 Ley 2/2020). De acuerdo con la segunda posibilidad, puede elegirse a uno de los proveedores llevando a cabo un procedimiento de selección con criterios cualitativos previa valoración de las ofertas presentadas (art. 18.2 Ley 2/2020). En los tres casos señalados, para la adquisición tanto de medicamentos con protección de patente, como de genéricos, medicamentos de referencia y biosimilares, se afirma que el acuerdo de adquisición tiene naturaleza privada.

El legislador balear ha introducido, de este modo, tres fórmulas que considera al margen de la aplicación de las reglas de contratación pública porque existe un proceso de negociación previa del precio de los productos adquiridos. Sin embargo, en sentido estricto solo una de las tres modalidades de adquisición previstas encajaría en el concepto de los contratos «open-house». Se trata de la relativa a la adquisición hospitalaria de medicamentos genéricos que permite que se incorpore al contrato cualquier proveedor interesado que asuma las condiciones establecidas por la entidad adjudicadora. En ese caso, es claro que para el Derecho europeo no existe contrato público y no es necesario aplicar las reglas de contratación pública de las Directivas. De manera que podría interpretarse que el legislador autonómico se apoya en la competencia atribuida por la D. A. 49.^a LCSP para regular «instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de interés social». En esta interpretación, el concepto europeo de contrato público serviría para integrar la remisión legal a la normativa autonómica. El «instrumento no contractual» sería aquel que no es un contrato público a nivel europeo, aunque pueda ser contrato a nivel nacional. No hay que olvidar que el concepto tradicional de contrato del sector público y de contrato administrativo de la LCSP (arts. 2.1 y 25.1) llevaría, muy probablemente, a introducir este tipo de contratos en el ámbito de aplicación de la legislación básica; a no ser que se interpretara que la nota de selectividad también es esencial para aplicar las reglas nacionales de contratación del sector público.

Por lo que respecta a las otras dos formas de adquisición de medicamentos establecidas en la normativa balear, no es posible entender que encajan en el concepto de contratos «open-house». La justificación de la inaplicación de las normas de contratación pública deberá apoyarse en otros motivos. No puede decirse que no hay contrato público. El legislador balear argumenta, como se ha dicho, que en estos casos no se aplican las normas de contratación pública porque existe un sistema de fijación administrativa del precio de los medicamentos (García Álvarez, 2020). Es más, la compra de medicamentos se ha planteado por parte de la doctrina como un sector peculiar donde confluyen derechos constitucionales, como la protección de la salud (art. 43 CE) y derechos fundamentales, como el derecho a la vida y la integridad física (art. 15 CE). Por esa razón, se justifica la posibilidad de utilizar formas de adquisición al margen de la contratación pública (Gimeno Feliu y García-Álvarez, 2020, p. 102-103). Se aduce que, en realidad, la causa del contrato no es el propio de un contrato de suministros ordinario y que el eje de la adjudicación debe ser la mejor asistencia a los pacientes.

El problema que plantea esta interpretación es que en la sentencia Falk Pharma el TJUE no excluye la aplicación de las reglas de contratos públicos porque el sector de la adquisición de medicamentos presente especialidades propias. Es más, en los servicios a las personas, como los servicios sociales y sanitarios, se introducen particularidades regulativas, pero no se afirma que no se celebran contratos públicos sometidos al Derecho europeo (Cdo. 114 DCP y Cdo. 54 DC). En Falk Pharma el TJUE señala que no existe un contrato público porque no se produce una decisión de selección de un operador frente a otro. De manera que cuesta entender que en estos casos no se aplique el Derecho europeo de contratos públicos, aunque sea de forma modulada. Por otro lado, a nivel interno, ya se ha señalado que las Comunidades Autónomas solo pueden regular «instrumentos no contractuales» en los términos de la D. A. 49.^a LCSP. No se hace ninguna excepción apoyada en la especialidad de la causa y finalidad del contrato. De manera que la competencia autonómica para regular estas formas de adquisición al margen de la legislación básica se pone en entredicho en la medida en que si se está celebrando un contrato público –y siempre que, como se ha señalado antes, se integre esta previsión competencial con el concepto de contrato público perfilado por la jurisprudencia del TJUE–.

Otro argumento a favor de la exclusión de la adquisición de medicamentos de las reglas de contratos públicos es que en las acciones concertadas y en la compra pública pre-comercial existen criterios de selección, sin que pueda hablarse de contratos públicos (Gimeno Feliu, 2020b). Sin embargo, la jurisprudencia del TJUE pivota sobre la idea de selectividad o exclusividad para excluir la aplicación de las reglas de contratación pública, tanto para el caso concreto de las acciones concertadas (Díez Sastre, 2020) –a las que se hace referencia más adelante–, como de los contratos «open-house» en general. En el caso de la compra pública pre-comercial, la exclusión del ámbito de aplicación de las Directivas de contratación pública y de la legislación de contratación pública a nivel interno se basa en la articulación no contractual de la relación entre la entidad adjudicadora y el operador económico. Aunque exista selectividad, en esos casos no se entabla entre las partes la relación propia de un contrato público. De hecho, las Directivas señalan los casos en que los contratos de servicios públicos de investigación y desarrollo se someten a las reglas de contratos (art. 14 DCP): a) cuando los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad; y b) cuando el servicio prestado se remunere íntegramente por el poder adjudicador (Gimeno Feliu, 2020a; Jaramillo Villacís, 2020). Así se pone de manifiesto que, cuando la relación de onerosidad es propia de un contrato público, existe una contraprestación propia de un contrato público y concurren las demás notas definitorias de los contratos públicos, se está necesariamente en el ámbito de aplicación de las Directivas.

Para terminar con el análisis de la fórmula balear, hay que atender a las reglas procedimentales. En todas las modalidades de compra previstas en la norma autonómica se establecen las siguientes exigencias:

«[...]a tramitación exige:

- a) Justificación de la necesidad y de la existencia de crédito.
- b) Solicitud formal a la empresa cuya aceptación implica el compromiso de cumplimiento de los plazos de entrega» (arts. 17.2 y 18.3 Ley 2/2020).

Esta regulación parece demasiado parca si se compara con el desarrollo de los principios de igualdad y no discriminación y de publicidad que se ha llevado a cabo en el Derecho alemán; así como con las exigencias del Derecho primario en los casos en que el contrato pueda tener interés transfronterizo cierto. El hecho de que pueda caber la posibilidad de adquirir bienes y servicios al margen de las reglas

de contratación pública no anula el deber de mantener unas garantías mínimas en el marco del mercado interior. La regulación balear debería reforzar el procedimiento previo a la celebración de estos contratos. En esa tarea pueden ser útiles las consideraciones realizadas en el Derecho alemán que se han expuesto más arriba.

5.2. Las acciones concertadas como contratos «open-house»

Las acciones concertadas o conciertos sociales se han caracterizado en la normativa de algunas Comunidades Autónomas como «instrumentos no contractuales» en el marco de lo establecido en la D. A. 49.^a LCSP²² (Garrido Juncal, 2017, p. 88; Gimeno Feliu, 2018, p. 45). Se trata de una forma de adquisición de prestaciones en el ámbito social o sanitario, según los casos, que se tramita de acuerdo con los procedimientos establecidos al efecto en la normativa autonómica, al margen de la legislación básica en materia de contratación pública.

Tanto la competencia autonómica en la materia como la exclusión de la aplicación de las reglas de contratación se apoyan en la naturaleza no contractual de este tipo de técnicas, lo que necesariamente lleva a pensar que quizás se trate de una forma de celebrar contratos «open-house». En estos casos los sujetos, el objeto y el carácter oneroso son los propios de un contrato público; el hecho de que estas acciones concertadas se reserven a entidades sin ánimo de lucro no obsta para poder considerarlos, en su caso, contratos públicos. De manera que solo se tratará de «instrumentos no contractuales», en el sentido de que no son contratos públicos, si no hay una decisión de selección de unos operadores frente a otros. El problema está en que, en la mayoría de los casos, la legislación autonómica prevé dos fases diferenciadas: una primera fase de cumplimiento de requisitos previos y una segunda fase de valoración de las distintas entidades, en la que se prefiere a unas entidades frente a otras (Díez Sastre, 2020, p. 258 ss.). En los casos en que existe una decisión de selección de unos proveedores frente a otros, no puede hablarse de una forma de contrato «open-house» y tampoco, por tanto, de un «instrumento no contractual». De hecho, los problemas vinculados a la exclusión de este tipo de fórmulas de la legislación básica de contratos públicos ha sido objeto de una reciente cuestión prejudicial planteada ante el TJUE (C-436/20) por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Habrá que esperar al pronunciamiento del TJUE para aclarar la naturaleza de estas acciones concertadas y su encaje, en su caso, en los contratos «open-house» o en los contratos públicos.

5.3. La aplicación de la legislación de contratos a los contratos «open-house»

La tercera de las opciones de encaje de los contratos «open-house» en el Derecho español consiste en celebrarlos en el marco de las normas de contratación pública. Aunque no parece que sea una práctica habitual en la actualidad, la Sentencia del Tribunal Supremo 7308/2009, de 20 de noviembre de 2009, da cuenta de un buen ejemplo en este sentido. El Consejo General del Poder Judicial abrió en 2004 una licitación en el marco de la legislación de contratación pública vigente en su momento con el fin de adquirir bases de datos de legislación y jurisprudencia para su utilización por los miembros de la carrera judicial. A pesar de abrir un procedimiento de licitación pública ordinario, los pliegos determinaban que todos los proveedores que cumplieran ciertas condiciones serían adjudicatarios en las mismas condiciones. En una resolución posterior referida a otro asunto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (resolución 890/2014, de 5 de diciembre) hace alusión a este caso, afirmando que la naturaleza de ese contrato es «atípica», porque el contrato no se adjudicaba a la oferta más ventajosa, sino que se admitía a todas las ofertas que cumplieran con las prescripciones técnicas, siendo los miembros de la carrera judicial los encargados de elegir cuál preferían utilizar. Aunque el concepto de contrato «open-house» no estaba acuñado en ese momento, no cabe duda de que se trata de un ejemplo de esta forma de adquisición. Este caso pone de manifiesto que sería hipotéticamente posible celebrar contratos «open-house» en el marco de la legislación de contratos públicos, siempre que se excluya la aplicación de las reglas orientadas a valorar y comparar las ofertas de los licitadores y que esa exclusión se admita posteriormente por los órganos encargados de velar por la aplicación de las reglas de contratación pública.

²² Sirvan como ejemplo los siguientes casos: artículo 3 Ley 11/2016, de 15 de diciembre, Aragón; artículo 3 Ley 7/2017, de 30 de marzo, Valencia; y artículo 8 Ley 10/2018, de 22 de noviembre, Extremadura.

REFLEXIONES FINALES

El debate abierto en Alemania en torno a los contratos «open-house» y la solución ofrecida por el TJUE recuerdan a la comunidad jurídica que el presupuesto de aplicación del Derecho europeo en materia de contratos públicos sigue explicándose en clave económica. Allí donde no hay riesgo de distorsionar la competencia y el buen funcionamiento del mercado, porque no hay selectividad, no rigen las normas de las Directivas. Puede haber contrato a nivel nacional, pero no hay contrato a nivel europeo. La lógica económica de la contratación pública sigue siendo, así, una directriz fundamental en la interpretación del alcance y sentido de las normas europeas. Además, el Tribunal manda un mensaje claro a las entidades adjudicadoras nacionales que no están obligadas a utilizar únicamente los contratos públicos como forma de proveerse de bienes y servicios en el mercado. Y podría irse más allá: los contratos «open-house» ponen de manifiesto que los contratos públicos no siempre son necesariamente la forma óptima de garantizar el buen funcionamiento del mercado.

Por supuesto, el criterio de la selectividad puede criticarse en cuanto que define los contratos públicos desde un prisma de protección del mercado y de la competencia²³, sin tener en cuenta otros elementos que han impregnado el Derecho de contratos públicos a nivel interno en los Estados miembros y que también tienen su reflejo en los principios del Derecho primario europeo, como pueden ser la eficiencia y control del gasto público (Kimmig, 2017, p. 33). Sin embargo, no parece posible –al menos de momento– determinar en qué casos la utilización de contratos públicos es más eficiente económicamente que el recurso a las fórmulas «open-house». Así que puede ser razonable confiar en que los aplicadores del Derecho tienen más información que el legislador a la hora de optar por una u otra fórmula de adquisición de bienes en el mercado.

En un plano distinto, el papel de los actores involucrados en la discusión sobre los contratos «open-house» en Alemania puede ofrecer datos interesantes para analizar los posibles riesgos de la especialización en el Derecho. Los órganos de recursos contractuales alemanes fueron tendencialmente reacios a admitir los contratos «open-house» como una técnica al margen de las normas de contratación pública. La inexistencia de una previsión expresa en el Derecho de contratación pública justificaba su prohibición, desde su punto de vista. Además, hay que tener en cuenta que su competencia solo se vincula a la existencia de contratos públicos, lo que puede incentivar una interpretación expansiva de este concepto. Por el contrario, los órganos judiciales fueron más flexibles, en general, para entender que los contratos «open-house» constituyan una forma distinta de actuar en el mercado. Ciertamente, las razones que subyacen a esta distinta toma de postura pueden ser múltiples, pero la especialización podría jugar un papel importante en la explicación.

Para concluir, en tiempos de pandemia los contratos «open-house» ofrecen una alternativa a la contratación que puede simplificar y agilizar la adquisición de bienes y servicios (Schumm y Klumb, 2020). En Alemania, se han llegado a calificar de «regalo» para los poderes adjudicadores creativos, que pueden ensayar por esta vía nuevas formas de satisfacer sus necesidades en el mercado (Gaßner, 2016). Se trata de un concepto gestado en el Derecho alemán, compatible con el Derecho europeo y que abre un margen eficaz de gestión para los Estados miembros; parece que este puede ser un momento idóneo para aprovecharlo en el Derecho español.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bauer, C., Hunold, M., Hüschelrath, K., Jahn, R., Kotschedoff, M., Laitenberger, U., Lux, G., May, U., Walendzik, A., Wasem, J., Weegen, L. (2015). *Rabattvertragsausschreibungen in der Generikaindustrie in Deutschland: Auswirkungen auf Marktstruktur, Anbietervielfalt und Wettbewerb*. Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845260655>
- Brackmann, R. (2014). Das «Open-House-Modell» – am Vergaberecht vorbei? *NZBau*, 2014(9), 529-530.
- Csaki, A. (2018). Vorliegen einer Auswahlentscheidung bei öffentlichem Auftrag – «Open-House-Modell». *NZBau* 2018(10), 598-600.
- Díez Sastre, S. (2020). La acción concertada como nueva forma de gestión de los servicios sanitarios. En A. Agulló Agüero (dir.) y E. Marco Peñas (coord.), *Financiación de la sanidad: tributación, gestión, control del gasto y reparto constitucional del poder financiero* (pp. 231-261). Tirant lo Blanch.
- Díez Sastre, S. (2018a). *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y formación de los conceptos jurídicos*. Marcial Pons.

²³ SSTJUE BFI Holding, C-360/93 y Comisión c. Alemania, C-271/08.

- Díez Sastre, S. (2018b). Los ejes de la reforma y la nueva sistemática de la LCSP: el régimen jurídico aplicable. En S. Díez Sastre (ed.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización. Especial referencia a la contratación de las entidades locales* (2.ª edición). Iuris Utilitas.
- Díez Sastre, S. (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Marcial Pons.
- Dreher, M. (2019). Die Open-House-Verfahren. Entwicklung und Stand der vergaberechtsfreien Zulassungsverfahren. *NZBau*, 2019(5), 275-284.
- Gabriel, M. (2019). Offenes Haus, geschlossene Tür: Der Vergaberechtsschutz bei Open-House-Verfahren vor dem Aus. *NZBau*, 2019(9), 568-570.
- Gabriel, M. y Burholt, CH. (2017). First come first served? – Open-house Rabattverträge für «substitutionsschwache» Generika-Arzneimittel aus vergabe- und kartellrechtlicher Sicht. *PharmR*, 2017(8), 323-332.
- García Álvarez, G. (2020). Regulación y compra pública de medicamentos. *REDA*, 205, 61-96.
- Garrido Juncal, A. (2017). Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate. *Revista Catalana de Dret Públic*, 55, 84-100. <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i55.2017.3007>
- Gaßner, M. (2016). Das Open-house-Urteil des EuGH – Ein Geschenk für kreativer Beschaffer [Anmerkung zu EuGH Urt. v. 2-6-2016 – C-410/14]. *NZS*, 2016(20), 767-770.
- Gaßner, M. y Sauer, S. (2018). Open-House-Verträge und Biosimilars im Spannungsfeld unterschiedlicher Regulierungsmechanismen. *PharmR*, 2018(6) 288-295.
- Gaßner, M. y Strömer, J. M. (2014). Mutiges Querdenken oder Abschied von der klassischen Subsumtion? – Der «Open-house» – Beschluss der OLG Düsseldorf vom 13. August 2014 – VII – Verg 13/14. *NZS*, 2014(21), 811-815.
- Gimeno Feliu, J. M. (2020a). Las fronteras del contrato público. Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del Derecho europeo. *REDA*, 205, 19-60.
- Gimeno Feliu, J. M. (2 de diciembre de 2020b). *Las fronteras del contrato público: el caso de la adquisición de medicamentos*. OBCP. www.obcp.es
- Gimeno Feliu, J. M. (2018). La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 52, 12-65.
- Gimeno Feliu, J. M. y García Álvarez, G. (2020). *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*. Aranzadi.
- Hansen, K. y Heilig, C. (2017). Beschaffung von Arzneimitteln durch die Krankenkassen im vergaberechtsfreien Zulassungsverfahren. *NZS*, 2017(8), 290-296.
- Jaramillo Villacís, A. L. (15 de junio de 2020). *Compra pública pre-comercial: ¿qué abarcan los servicios de I+D?* OBCP. www.obcp.es
- Käser, B. (2018). Open-House-Verträge – sog. Zulassungsverfahren. En A. Dageförde, *Handbuch für den Fachanwalt für Vergaberecht*. Bundesanzeiger Verlag. <http://www.reguvis.de>
- Kimmig, B. (2017). Der Open-House-Vertrag vor dem EuGH. *Bucerius Law Journal*, 2017(1), 30-36. <https://law-journal.de/archiv/jahrgang-2017/heft-1/open-house/>
- Malaviya, N. (2009). *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren. Zur staatlichen Güterverteilung in Konkurrenzsituationen*. Mohr Siebeck.
- Neun, A. (2016). Vergaberechtsfreiheit des «Open-House-Modells». *NZBau*, 2016(11), 681-684.
- Portner, D. y Rechten, S. (2017). Das Open-House-Modell – Möglichkeiten für eine praxisgerechte Verfahrensausgestaltung. *NZBau*, 2017(10), 587-592.
- Schumm, M. y Klumb, V. (2020). Vergabe- und EU-Beihilfenrecht. En H. Schmidt (ed.), *COVID-19 Rechtsfragen zur Corona-Krise* (pp. 38-42). C. H. Beck.
- Velasco Caballero, F. (2020). *Administraciones públicas y Derechos administrativos*. Marcial Pons.
- Vilalta Reixach, M. (2018). Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. En J. M.ª Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Aranzadi, 325-267.
- Wollenschläger, F. (2010). *Verteilungsverfahren. Die Staatliche Verteilung knapper Güter: Verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung*. Mohr Siebeck.